



IM NAMEN DER REPUBLIK!

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Handstanger, Hofrat Dr. Mayr, Hofrätin Mag. Hainz-Sator sowie die Hofräte Dr. Pürgy und Mag. Brandl als Richter, unter Mitwirkung der Schriftführerin Mag.^a Sowa, über die Revision der Bezirkshauptmannschaft St. Veit an der Glan in 9300 St. Veit an der Glan, Hauptplatz 28, gegen das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Kärnten vom 19. Jänner 2018, Zl. KLVwG-1638/4/2017, betreffend Feststellung nach § 348 GewO 1994 (mitbeteiligte Partei: K Aktiengesellschaft, vertreten durch die bpv Hügel Rechtsanwälte GmbH, Priv.-Doz. DDr. Christian F. Schneider, ARES-Tower, Donau-City-Straße 11, 1220 Wien), zu Recht erkannt:

Die Revision wird als unbegründet abgewiesen.

Der Bund hat der mitbeteiligten Partei Aufwendungen in der Höhe von € 1.106,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Entscheidungsgründe:

I.

- 1 1. Mit Schriftsatz vom 18. Oktober 2016 beantragte die K. AG (mitbeteiligte Partei) bei der Bezirkshauptmannschaft St. Veit an der Glan (belangte Behörde, Revisionswerberin) die gewerberechtliche Betriebsanlagengenehmigung für eine näher bezeichnete E-Tankstelle. In der Folge wurden weitere gleichartige Anträge betreffend andere Standorte eingebracht.
- 2 Bei der belangten Behörde entstanden Zweifel, ob auf die zugrunde liegende Tätigkeit die Bestimmungen der Gewerbeordnung 1994 anwendbar seien.
- 3 2. Nach Befassung der zuständigen Landeskammer der gewerblichen Wirtschaft und Einräumung von Parteiengehör stellte die belangte Behörde mit Bescheid vom 11. Juli 2017 gemäß § 348 Abs. 1 in Verbindung mit § 2 Abs. 1 Z 20 Gewerbeordnung 1994 (GewO 1994) von Amts wegen fest, dass die Bestimmungen der GewO 1994 auf die Tätigkeit des Errichtens und Betreibens





von E-Tankstellen (Abgabe von Elektrizität über derartige Einrichtungen an Elektrokraftfahrzeuge) durch die mitbeteiligte Partei nicht anzuwenden seien.

- 4 Die belangte Behörde verwies auf § 2 Abs. 1 Z 20 GewO 1994, wonach die GewO 1994 auf den Betrieb von Elektrizitätsunternehmen im Sinn des § 7 (gemeint: Abs. 1) Z 11 Elektrizitätswirtschafts- und -organisationsgesetz 2010 (EIWOG 2010) nicht anzuwenden sei. Nach § 7 Abs. 1 Z 11 EIWOG 2010 sei eine Person, die in Gewinnabsicht von den Funktionen der Erzeugung, der Übertragung, der Verteilung, der Lieferung oder des Kaufs von elektrischer Energie mindestens eine wahrnehme und die kommerzielle, technische oder wartungsbezogene Aufgaben im Zusammenhang mit diesen Funktionen wahrnehme, mit Ausnahme der Endverbraucher, als Elektrizitätsunternehmen anzusehen. Da die mitbeteiligte Partei selbst Energie produziere, sei sie ein Elektrizitätsunternehmen im Sinn dieser Bestimmung. Nach (näher zitierten, aber nicht unbestrittenen) Lehrmeinungen sei zwar der „bloße“ Handel mit elektrischer Energie nicht von den Bestimmungen der GewO 1994 ausgenommen. Der (hier zu beurteilende) Handel mit selbst erzeugter Energie falle demgegenüber - so die belangte Behörde weiter - nicht in den Anwendungsbereich der GewO 1994.
- 5 Ergänzend trat die belangte Behörde dem - seitens der mitbeteiligten Partei unter Verweis auf eine Stellungnahme des Amtes der Kärntner Landesregierung vom 7. März 2017 vorgebrachten - Argument entgegen, wonach es die Kompetenzrechtslage gebiete, den (in § 7 Abs. 1 Z 11 EIWOG 2010 verwendeten) Begriff „Kauf“ einschränkend auszulegen. Nach Ansicht der belangten Behörde ergebe sich vielmehr die Absicht des historischen Gesetzgebers, jegliche Verrichtungen im Zusammenhang mit der Erzeugung und Lieferung von Strom dem Kompetenztatbestand Elektrizitätswesen zuzuordnen.
- 6 **3.** Gegen diesen Bescheid erhob die mitbeteiligte Partei Beschwerde mit dem Antrag, den bekämpften Bescheid aufzuheben und festzustellen, dass auf die in Aussicht genommene Tätigkeit die GewO 1994 anzuwenden sei.





- 7 Die mitbeteiligte Partei brachte darin vor, dass die bloße Tätigkeit (auch) als Elektrizitätsunternehmen nicht auf sämtliche Tätigkeiten „durchschlage“. Es sei vielmehr zu prüfen, ob es sich bei der vorliegend zu beurteilenden Tätigkeit um den „Betrieb eines Elektrizitätsunternehmens“ handle. Der Verkauf von Elektrizität über den Vertriebsweg einer E-Tankstelle sei unter keinen der Tatbestände zur Definition eines Elektrizitätsunternehmens gemäß § 7 Abs. 1 Z 11 EIWOG 2010 zu subsumieren und daher nicht dem Betrieb eines Elektrizitätsunternehmens zuzuordnen. Ein Stromhändler, der Elektrizität in Gewinnabsicht verkaufe, sei nicht mit einem Elektrizitätsunternehmen gleichzusetzen. Zudem könne von einem Stromhändler nur bei einem Verkauf von Elektrizität über feste Leitungswege gesprochen werden, der beim Betrieb einer E-Tankstelle jedoch nicht gegeben sei. Der Betreiber einer E-Tankstelle sei somit auch nicht Stromhändler nach § 7 Abs. 1 Z 65 EIWOG 2010.
- 8 **4.** Mit dem angefochtenen Erkenntnis vom 19. Jänner 2018 behob das Landesverwaltungsgericht Kärnten auf Grund dieser Beschwerde nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung den Bescheid der belangten Behörde vom 11. Juli 2017 und stellte fest, dass auf die Errichtung und den entgeltlichen Verkauf von Strom über E-Tankstellen die Gewerbeordnung 1994 anzuwenden sei. Die ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG wurde für zulässig erklärt.
- 9 Nach Darstellung des Verfahrensganges hielt das Verwaltungsgericht fest, nach § 2 Abs. 1 Z 20 GewO 1994 sowie § 7 Abs. 1 Z 11 EIWOG 2010 sei ausschließlich der Betrieb von Elektrizitätsunternehmen vom Geltungsbereich der GewO 1994 ausgenommen. Ein solcher Betrieb erfordere eine Gewinnabsicht, eine bestimmte Funktion (Erzeugung, Übertragung, Verteilung, Lieferung oder Kauf von elektrischer Energie) sowie damit zusammenhängende kommerzielle, technische oder wartungsbezogene Aufgaben. Andere, darüber hinausgehende Tätigkeiten (Funktionen) würden demgegenüber dem Regime der GewO 1994 unterliegen.
- 10 Zu beurteilen sei vorliegend der Verkauf von Elektrizität an einer E-Tankstelle. Es handle sich dabei nicht um die Erzeugung, Übertragung oder Verteilung von Elektrizität. Aus dem Umstand, dass die Definition des § 7 Abs. 1



Z 11 ElWOG 2010 ausdrücklich den Kauf erfasse, lasse sich schließen, dass der Verkauf von Energie nicht erfasst werden sollte. Das ElWOG 2010 biete auch keinen Anhaltspunkt dafür, dass der Verkauf im Begriff der Lieferung (als „zur Verfügung stellen“) inkludiert wäre. Die Formulierungen des § 2 Abs. 1 Z 20 GewO 1994 sowie des § 7 ElWOG 2010 würden somit eine Anwendbarkeit der GewO 1994 rechtfertigen.

- 11 Bei einer E-Tankstelle - so das Verwaltungsgericht weiter - handle es sich um eine direkt an das öffentliche Verteilernetz angeschlossene Anlage eines Kunden, an die das aufzuladende Fahrzeug nur während des Ladevorgangs kurzfristig angeschlossen werde. Der Betreiber einer E-Tankstelle schließe somit gleichsam als Endverbraucher einen Netznutzungs- und Stromlieferungsvertrag ab, der Fahrzeughalter stehe in keinem Vertragsverhältnis zum Netzbetreiber.
- 12 Zudem ergebe sich aus den in § 7 Abs. 1 Z 65 und 40 ElWOG 2010 enthaltenen Definitionen des Stromhändlers und des Kunden, dass das ElWOG 2010 zwischen Stromhändlern und Elektrizitätsunternehmen unterscheide, weshalb Stromhändler nicht zwangsläufig gleichzeitig Elektrizitätsunternehmen seien. Stromhändler würden - so das Verwaltungsgericht gestützt auf § 1 Abs. 2 der Verordnung des Bundesministers für Handel und Gewerbe, Industrie und Bauten vom 26. Juli 1922, BGBl. Nr. 570, über das konzessionierte Gewerbe des Betriebs von Anlagen zur Erzeugung und Leitung von Elektrizität - elektrische Energie unter Verwendung fester Leistungswege verkaufen. Die Abgabe von Strom an Fahrzeuge sei aber nicht leitungsgebunden und der Betreiber einer E-Tankstelle sei somit weder ein Stromhändler noch ein Elektrizitätsunternehmen.
- 13 Die Zulassung der ordentlichen Revision wurde mit dem Fehlen von Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Anwendbarkeit der GewO 1994 auf die Errichtung und den Betrieb von E-Tankstellen (sowie divergierender Literaturmeinungen dazu) begründet.



- 14 **5.** Gegen dieses Erkenntnis erhob die belangte Behörde die vorliegende
ordentliche Amtsrevision. Zur Zulässigkeit schließt sich die Revision den
diesbezüglichen Ausführungen des Verwaltungsgerichtes an.
- 15 Der seitens des Verwaltungsgerichtes befasste Landeshauptmann von Kärnten
erstattete eine als Revisionsbeantwortung bezeichnete Stellungnahme, in der er
beantragt, „der Amtsrevision zuzustimmen“.
- 16 Die mitbeteiligte Partei erstattete eine Revisionsbeantwortung, in der beantragt
wird, die Amtsrevision unter Zuspruch der Kosten als unbegründet abzuweisen.

II.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

- 17 **1.** Die Revision ist im Hinblick auf die seitens des Verwaltungsgerichtes und
der Revisionswerberin aufgeworfene Rechtsfrage zulässig.
- 18 **2.1.** Die maßgeblichen Bestimmungen der Gewerbeordnung 1994
(GewO 1994), BGBl. Nr. 194 in der Fassung BGBl. I Nr. 107/2017, lauten
auszugsweise:
- „§ 2. (1) Dieses Bundesgesetz ist - unbeschadet weiterer ausdrücklich
angeordneter Ausnahmen durch besondere bundesgesetzliche
Vorschriften - auf die in den nachfolgenden Bestimmungen angeführten
Tätigkeiten nicht anzuwenden:

[...]

20. den Betrieb von Elektrizitätsunternehmen (§ 7 Z 11
Elektrizitätswirtschafts- und -organisationsgesetz 2010 - EIWOG 2010)
und jenen Erdgasunternehmen (§ 7 Abs. 1
Z 16 Gaswirtschaftsgesetz 2011 - GWG 2011), die nicht Erdgashändler
(§ 7 Abs. 1 Z 14 GWG 2011) sind;

[...]

§ 52. (1) Die Ausübung gewerblicher Tätigkeiten mittels Automaten, die für
die Selbstbedienung durch Kunden bestimmt sind, unterliegt nicht dem § 46
Abs. 1 bis 3, jedoch haben die Gewerbetreibenden die Aufstellung derartiger
Automaten außerhalb des Standortes und außerhalb einer gemäß § 46 Abs. 3
geführten Betriebsstätte der Bezirksverwaltungsbehörde vorher anzuzeigen.



Die Abgabe von Betriebsstoffen an Kraftfahrer im Betrieb von Zapfstellen gemäß § 157, ausgenommen Stromtankstellen, gilt jedenfalls als Betriebsstätte.

[...]

Tankstellen

§ 157. (1) Gewerbetreibende, die Betriebsstoffe an Kraftfahrer im Betrieb von Zapfstellen abgeben, sind unbeschadet des § 32 zu folgenden Tätigkeiten berechtigt:

[...]

f) Feststellungsverfahren der Oberbehörde über die Anwendbarkeit der gewerberechtlichen Vorschriften und über den aufrechten Bestand von Gewerbeberechtigungen

§ 348. (1) Wird eine Gewerbeanmeldung erstattet oder um die Genehmigung einer gewerblichen Betriebsanlage angesucht oder bei der Behörde die Feststellung beantragt, ob die Genehmigungspflicht einer Anlage im Sinne des § 74 gegeben ist, bestehen aber Zweifel, ob auf die betreffende Tätigkeit die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes anzuwenden sind, so hat die Behörde über diese Frage zu entscheiden. [...]

[...]“

19 **2.2.** Die maßgeblichen Bestimmungen des Elektrizitätswirtschafts- und -organisationsgesetzes 2010 (EIWOG 2010), BGBl. I Nr. 110 in der Fassung BGBl. I Nr. 108/2017, lauten auszugsweise:

„Begriffsbestimmungen

§ 7. (Grundsatzbestimmung) (1) Im Sinne dieses Bundesgesetzes bezeichnet der Ausdruck

[...]

11. ‚Elektrizitätsunternehmen‘ eine natürliche oder juristische Person oder eine eingetragene Personengesellschaft, die in Gewinnabsicht von den Funktionen der Erzeugung, der Übertragung, der Verteilung, der Lieferung oder des Kaufs von elektrischer Energie mindestens eine wahrnimmt und die kommerzielle, technische oder wartungsbezogene Aufgaben im Zusammenhang mit diesen Funktionen wahrnimmt, mit Ausnahme der Endverbraucher;

12. ‚Endverbraucher‘ eine natürliche oder juristische Person oder eingetragene Personengesellschaft, die Elektrizität für den Eigenverbrauch kauft;

[...]





14. ‚Entnehmer‘ einen Endverbraucher oder einen Netzbetreiber, der elektrische Energie aus einem Übertragungs- oder Verteilernetz entnimmt;
[...]
17. ‚Erzeuger‘ eine juristische oder natürliche Person oder eine eingetragene Personengesellschaft, die Elektrizität erzeugt;
18. ‚Erzeugung‘ die Produktion von Elektrizität;
[...]
40. ‚Kunden‘ Endverbraucher, Stromhändler sowie Elektrizitätsunternehmen, die elektrische Energie kaufen;
[...]
45. ‚Lieferant‘ eine natürliche oder juristische Person oder eingetragene Personengesellschaft, die Elektrizität anderen natürlichen oder juristischen Personen zur Verfügung stellt;
[...]
48. ‚Netzanschluss‘ die physische Verbindung der Anlage eines Kunden oder Erzeugers von elektrischer Energie mit dem Netzsystem;
49. ‚Netzbenutzer‘ jede natürliche oder juristische Person oder eingetragene Personengesellschaft, die Elektrizität in ein Netz einspeist oder aus einem Netz entnimmt;
[...]
53. ‚Netzzugang‘ die Nutzung eines Netzsystems;
54. ‚Netzzugangsberechtigter‘ eine natürliche oder juristische Person oder eingetragene Personengesellschaft, die Netzzugang begehrt, insbesondere auch Elektrizitätsunternehmen, soweit dies zur Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlich ist;
55. ‚Netzzugangsvertrag‘ die individuelle Vereinbarung zwischen dem Netzzugangsberechtigten und einem Netzbetreiber, der den Netzanschluss und die Inanspruchnahme des Netzes regelt;
56. ‚Netzzutritt‘ die erstmalige Herstellung eines Netzanschlusses oder die Erhöhung der Anschlussleistung eines bestehenden Netzanschlusses;
[...]
65. ‚Stromhändler‘ eine natürliche oder juristische Person oder eingetragene Personengesellschaft, die Elektrizität in Gewinnabsicht verkauft;
[...]





68. ‚Übertragung‘ den Transport von Elektrizität über ein Höchstspannungs- und Hochspannungsverbundnetz zum Zwecke der Belieferung von Endkunden oder Verteilern, jedoch mit Ausnahme der Versorgung;
- [...]
74. ‚Versorger‘ eine natürliche oder juristische Person oder eingetragene Personengesellschaft, die die Versorgung wahrnimmt;
75. ‚Versorgung‘ den Verkauf einschließlich des Weiterverkaufs von Elektrizität an Kunden;
76. ‚Verteilernetzbetreiber‘ eine natürliche oder juristische Person oder eingetragene Personengesellschaft, die verantwortlich ist für den Betrieb, die Wartung sowie erforderlichenfalls den Ausbau des Verteilernetzes in einem bestimmten Gebiet und gegebenenfalls der Verbindungsleitungen zu anderen Netzen sowie für die Sicherstellung der langfristigen Fähigkeit des Netzes, eine angemessene Nachfrage nach Verteilung von Elektrizität zu befriedigen;
77. ‚Verteilung‘ den Transport von Elektrizität über Hoch-, Mittel- oder Niederspannungs-Verteilernetze zum Zwecke der Belieferung von Kunden, jedoch mit Ausnahme der Versorgung;

[...]

Recht zum Netzanschluss

§ 44. (Grundsatzbestimmung) (1) Die Ausführungsgesetze haben - unbeschadet der Bestimmungen betreffend Direktleitungen sowie bestehender Netzanschlussverhältnisse - das Recht des Betreibers eines Verteilernetzes vorzusehen, innerhalb des von seinem Verteilernetz abgedeckten Gebietes alle Endverbraucher und Erzeuger an sein Netz anzuschließen (Recht zum Netzanschluss).

[...]

Datenaustausch

§ 65. (1) Stromhändler und sonstige Lieferanten, die Endverbraucher beliefern, sind verpflichtet, Verträge über den Datenaustausch mit dem Verantwortlichen der Bilanzgruppe, deren Mitglieder sie beliefern, dem Netzbetreiber, an dessen Netz der Kunde angeschlossen ist, sowie mit dem zuständigen Bilanzgruppenkoordinator abzuschließen.





(2) Stromhändler und sonstige Lieferanten, die Endverbraucher beliefern, sind verpflichtet, sämtliche preisrelevanten Daten für mit Standardprodukten versorgte Endverbraucher unverzüglich nach ihrer Verfügbarkeit der Regulierungsbehörde in einer von dieser vorgegebenen elektronischen Form für die Eingabe in den Tarifikkulator zu übermitteln. [...]

[...]

Netzzugangsberechtigung

§ 75. (Grundsatzbestimmung) (1) Die Ausführungsgesetze haben vorzusehen, dass alle Kunden berechtigt sind, mit Erzeugern, Stromhändlern sowie Elektrizitätsunternehmen Verträge über die Lieferung von elektrischer Energie zur Deckung ihres Bedarfes zu schließen und hinsichtlich dieser Strommengen Netzzugang zu begehren.

[...]

Grundversorgung

§ 77. (Grundsatzbestimmung) (1) Stromhändler und sonstige Lieferanten, zu deren Tätigkeitsbereich die Versorgung von Haushaltskunden zählt, haben ihren Allgemeinen Tarif für die Grundversorgung von Haushaltskunden in geeigneter Weise (zB Internet) zu veröffentlichen. [...]

[...]

Ausweisung der Herkunft (Labeling)

§ 78. (1) Stromhändler und sonstige Lieferanten, die in Österreich Endverbraucher beliefern, sind verpflichtet, einmal jährlich auf oder als Anhang zu ihrer Stromrechnung sowie auf relevantem Informationsmaterial für Endverbraucher den Versorgermix auszuweisen, der die gesamte Stromaufbringung des Stromhändlers für Endverbraucher berücksichtigt. [...]

(2) Stromhändler und sonstige Lieferanten, die in Österreich Endverbraucher beliefern, sind verpflichtet, einmal jährlich auf oder als Anhang zu ihrer Stromrechnung für Endverbraucher die Umweltauswirkungen, zumindest über CO₂-Emissionen und radioaktiven Abfall aus der durch den Versorgermix erzeugten Elektrizität, auszuweisen. [...]

[...]

Allgemeine Geschäftsbedingungen für die Belieferung mit elektrischer Energie

§ 80. (1) (Grundsatzbestimmung) Versorger haben Allgemeine Geschäftsbedingungen für die Belieferung mit elektrischer Energie für Kunden, deren Verbrauch nicht über einen Lastprofilzähler gemessen wird, zu erstellen. [...]"





- 20 **3.** Die Revisionswerberin bringt zur behaupteten Rechtswidrigkeit des angefochtenen Erkenntnisses zunächst vor, die mitbeteiligte Partei sei bereits deshalb als Elektrizitätsunternehmen im Sinn von § 7 Abs. 1 Z 11 ElWOG 2010 anzusehen, weil sie die Funktion der Erzeugung von Energie wahrnehme. Ein Elektrizitätsunternehmen liege - so die Revisionswerberin unter Verweis auf näher zitierte Lehrmeinungen - auch dann vor, wenn ein Erzeuger den selbst erzeugten Strom in Gewinnabsicht an Dritte abgebe. Zwar sei - nach anderen Lehrmeinungen - der „bloße“ Handel mit elektrischer Energie nicht von der GewO 1994 ausgenommen. Allerdings sei darunter nur ein solcher Handel zu verstehen, der nicht im Zusammenhang mit selbst erzeugter Energie stehe. Der Handel mit selbst erzeugter Energie durch die mitbeteiligte Partei (als Elektrizitätsunternehmen) falle jedenfalls nicht in den Anwendungsbereich der GewO 1994.
- 21 Zudem sei die Auffassung, dass der „bloße“ Handel von elektrischer Energie der GewO 1994 unterliege, in der Lehre strittig. Zahlreiche Literaturmeinungen würden davon ausgehen, dass Betreiber von E-Tankstellen sowohl Stromhändler als auch Elektrizitätsunternehmen seien, weil sie Strom in Gewinnabsicht liefern würden. Darauf, ob das ElWOG 2010 zwischen Stromhändlern und Elektrizitätsunternehmen unterscheide, komme es nicht an, weil die Ausnahmebestimmung des § 2 Abs. 1 Z 20 GewO 1994 nur auf den Begriff des Elektrizitätsunternehmens abstelle. Es sei daher ohne Belang, ob auch die Eigenschaft als Stromhändler erfüllt sei.
- 22 Entgegen der Ansicht des Verwaltungsgerichtes handle es sich beim Betreiber einer E-Tankstelle nicht um einen Endverbraucher, weil dieser Elektrizität nicht für den Eigenverbrauch, sondern mit dem Ziel der Weiteräußerung kaufe. Endverbraucher sei vielmehr der Inhaber des E-Kraftfahrzeuges.
- 23 Schließlich ergebe sich nach Ansicht der Revisionswerberin aus dem Elektrizitätsgesetz 1929, BGBl. Nr. 250, das zur Auslegung des maßgeblichen Kompetenztatbestandes heranzuziehen sei, dass die entgeltliche Stromlieferung - ungeachtet ihrer technischen und infrastrukturellen Art und Weise - vom Anwendungsbereich der GewO 1994 ausgenommen sei. Die Intention des historischen Gesetzgebers sei gewesen, jede Verrichtung im



Zusammenhang mit der Erzeugung und Lieferung von Strom gestützt auf den Kompetenztatbestand Elektrizitätswesen zu regeln.

- 24 **4.** Die mitbeteiligte Partei hält dem zunächst entgegen, sie sei beim Betrieb von E-Tankstellen Entnehmerin (im Sinn des § 7 Abs. 1 Z 14 EIWOG 2010) und somit Endverbraucherin (im Sinn des § 7 Abs. 1 Z 12 EIWOG 2010), was wiederum die Eigenschaft als Elektrizitätsunternehmen ausschließe. Da die mitbeteiligte Partei beim Betrieb einer E-Tankstelle elektrische Energie aus dem Verteilernetz entnehme, diesbezüglich aber kein Netzbetreiber sei, könne sie definitionsgemäß nur Endverbraucherin sein. Dass die Definition des Endverbrauchers auf den Kauf „für den Eigenverbrauch“ abstelle, ändere daran nichts, weil es für den Eigenverbrauch nicht auf den Verwendungszweck ankomme. Es stehe einer Zuordnung zum Eigenverbrauch nicht entgegen, dass die mitbeteiligte Partei den aus dem Netz entnommenen Strom an Elektrofahrzeugbetreiber weitergebe. Die Auffassung der Revisionswerberin, es handle sich bei den Elektrofahrzeugbetreibern um Endverbraucher, sei schon deshalb verfehlt, weil Endverbraucher - wie sich aus § 44 Abs. 1 EIWOG 2010 ergebe - über einen Netzanschluss verfügen würden, was bei Betreibern von E-Fahrzeugen nicht der Fall sei. Während die mitbeteiligte Partei als Endverbraucherin über einen Netznutzungs- und Stromlieferungsvertrag verfüge, stünden die Halter der zu betankenden E-Fahrzeuge in keinem Vertragsverhältnis zum Netzbenutzer (gemeint wohl: Netzbetreiber). Ausgehend davon sei die mitbeteiligte Partei beim Betrieb von E-Tankstellen kein Elektrizitätsunternehmen und unterliege insoweit den Bestimmungen der GewO 1994.
- 25 Darüber hinaus liege beim Betrieb einer E-Tankstelle nach Ansicht der mitbeteiligten Partei keine der in § 7 Abs. 1 Z 11 EIWOG 2010 genannten Funktionen vor. Es handle sich beim (hier gegenständlichen) Verkauf von Elektrizität über den Vertriebsweg einer E-Tankstelle weder um die Erzeugung noch den Kauf von Elektrizität. Da die mitbeteiligte Partei insoweit nicht im Bereich des Netzbetriebs tätig sei, liege auch keine Übertragung oder Verteilung vor. Schließlich sei die mitbeteiligte Partei insoweit auch nicht als Lieferant tätig, weil sie Elektrizität nicht zur Verfügung stelle, sondern bloß



verkaufen wolle, ohne auf feste Leitungswege zurückzugreifen. Dies wäre für das Vorliegen einer Tätigkeit eines Elektrizitätsunternehmens aber erforderlich, weil - so die mitbeteiligte Partei unter Bezugnahme auf die Verordnung BGBl. Nr. 570/1922 - dem Begriff des Stromhändlers stets der Verkauf von Elektrizität unter Verwendung fester Leitungswege immanent gewesen sei. Dies treffe beim Betrieb von E-Tankstellen durch die mitbeteiligte Partei aber nicht zu, weil die „Leitung“ der Elektrizität von der E-Tankstelle zum E-Fahrzeug nicht über eine (in diesem Sinn) feste Leitung erfolge. Der feste Leitungsweg bzw. das Netz ende vielmehr mit dem Anschluss der E-Tankstelle an das Verteilernetz. Die weitere Abgabe von Strom an E-Fahrzeuge erfolge nicht leitungsgebunden. Der Betreiber einer E-Tankstelle sei daher nicht nur kein Elektrizitätsunternehmen, sondern auch kein Stromhändler. Auch der unionsrechtlich zugrunde liegende Begriff des Großhändlers (gemäß der Elektrizitätsbinnenmarkttrichtlinie 2009/72/EG) setze den Vertrieb von Elektrizität innerhalb von Netzen bzw. über Netze voraus.

- 26 Die Erzeugung von Elektrizität und der Verkauf über E-Tankstellen seien - so die mitbeteiligte Partei weiter - getrennt voneinander zu betrachten. Die Kommerzialisierung von selbst erzeugter Energie durch deren Vertrieb über E-Tankstellen mache aus dem Verkaufsvorgang noch keine Tätigkeit eines Elektrizitätsunternehmens. Für die Anwendbarkeit der GewO 1994 danach zu differenzieren, ob es sich um den Verkauf von selbst erzeugter Elektrizität handle oder nicht, würde - etwa dann, wenn bei einer E-Tankstelle teilweise selbst erzeugter Strom und teilweise der Strom eines anderen Erzeugers vertrieben werde - zu einem sinnwidrigen Ergebnis führen.
- 27 **5.1.** Die Ausnahmebestimmung des § 2 Abs. 1 GewO 1994 stellt in ihrem Einleitungssatz auf „Tätigkeiten“ ab. In der hier gegenständlichen Z 20 wird wiederum auf den „Betrieb“ von Elektrizitätsunternehmen verwiesen. Ausgehend davon kommt es für die Auslegung des § 2 Abs. 1 Z 20 GewO 1994 nicht entscheidungswesentlich darauf an, ob es sich bei der mitbeteiligten Partei (als Antragstellerin im gewerberechtlichen Verfahren) dem Grunde nach um ein Elektrizitätsunternehmen handelt. Der Umstand, dass die mitbeteiligte Partei auch Elektrizität erzeugt, führt für sich genommen noch



nicht dazu, dass im vorliegenden Zusammenhang der Ausnahmetatbestand des § 2 Abs. 1 Z 20 GewO 1994 erfüllt ist. Maßgeblich ist vielmehr, ob die Tätigkeit, die Grundlage des betriebsanlagenrechtlichen Antrags ist, - konkret somit der entgeltliche Verkauf von Elektrizität im Wege einer E-Tankstelle sowie die Errichtung dieser E-Tankstelle - als „Betrieb“ eines Elektrizitätsunternehmens anzusehen ist.

- 28 **5.2.** Ob es sich bei der zugrunde liegenden Tätigkeit um den Betrieb eines Elektrizitätsunternehmens handelt, ist zunächst anhand der in der Definition des § 7 Abs. 1 Z 11 EIWOG 2010 genannten Funktionen zu beurteilen (die darin ebenfalls verlangte Gewinnabsicht ist vorliegend unstrittig gegeben).
- 29 Angesichts der Definitionen der Z 18 und 68 des § 7 Abs. 1 EIWOG 2010 handelt es sich bei der gegenständlichen Tätigkeit jedenfalls nicht um die Erzeugung oder Übertragung von elektrischer Energie. Entgegen der Auffassung der Revisionswerberin ist es in diesem Zusammenhang auch nicht von Relevanz, ob es sich bei der verkauften Elektrizität um (hier von der mitbeteiligten Partei) selbst erzeugte oder um von einem anderen Erzeuger gekaufte Elektrizität handelt, weil es für die vorzunehmende Beurteilung allein auf den Verkauf von Elektrizität über E-Tankstellen und nicht die davon getrennt zu betrachtende Frage der Erzeugung ankommt.
- 30 Dass mit dem Verkauf von Elektrizität im Wege einer E-Tankstelle die Funktion der Verteilung gemäß § 7 Abs. 1 Z 77 EIWOG 2010 wahrgenommen wird, wurde nicht vorgebracht und ist angesichts der Definition der Verteilung als Transport von Elektrizität mit Ausnahme der Versorgung sowie der Definition der - von der Funktion der Verteilung gerade ausgenommenen - Versorgung als Verkauf von Elektrizität an Kunden auch zu verneinen. Es ist auch nicht ersichtlich, dass diese Tätigkeit etwa mit dem, dem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 1. Oktober 2018, Ro 2018/04/0046, zugrunde liegenden Sachverhalt vergleichbar wäre und insoweit vom Vorliegen und Betrieb eines Verteilernetzes auszugehen wäre, zumal - wie sich insbesondere aus den Regelungen in § 7 Abs. 1 Z 76 sowie den §§ 42 ff EIWOG 2010 ergibt - ein Verteilernetz die Abdeckung eines Gebietes voraussetzt. Auch die Regelungen zum Netzzugang und zum





Netzzutritt als erstmaliger Herstellung eines Netzanschlusses (insbesondere in § 7 Abs. 1 Z 53 und 56, den §§ 15 ff sowie § 54 ElWOG 2010) sprechen dagegen, das bloße „Anschließen“ eines E-Fahrzeuges an eine Ladestation zum Zweck des Aufladens der Batterie als Netzanschluss, Netzzugang oder Netzzutritt an ein bzw. zu einem Verteilernetz anzusehen (vgl. auch *Oberndorfer*, Die Versorgung über Direktleitungen, in Hauer [Hrsg.], Aktuelle Fragen des Energierechts 2007, 85 [102], dem zufolge das öffentliche Netz mit dem Netzanschlusspunkt endet; siehe zu möglichen Problemen bei einer Zuordnung von Ladestationen zum öffentlichen Netz auch *Storr*, Der rechtliche Rahmen für Elektroautos, in Stöger/Storr [Hrsg.], Schwerpunkte Energieeffizienz und Verfahrensrecht [2013], 33 [47 ff]; zur Ortsgebundenheit einer Kundenanlage bzw. des Netzzugangs vgl. *Hauenschild*, E-Tankstellen - welches Regime ist anwendbar? FÖE 2011 33 [34]).

- 31 Auch wenn der Tätigkeit als Betreiber einer E-Tankstelle der - in der Definition des § 7 Abs. 1 Z 11 ElWOG 2010 angesprochene - Kauf von Elektrizität vorausgehen kann, besteht die hier fragliche Tätigkeit nicht im Kauf, sondern im Verkauf von Elektrizität. Dass mit dem Kauf von Elektrizität auch der Verkauf erfasst sein soll, ist schon begrifflich nicht anzunehmen. Dagegen spricht auch der Umstand, dass in § 7 Abs. 1 Z 75 ElWOG 2010 die eigens definierte - und in der Aufzählung des § 7 Abs. 1 Z 11 ElWOG 2010 nicht enthaltene und daher nicht den Betrieb eines Elektrizitätsunternehmens begründende - Funktion der Versorgung vorgesehen ist, die im Verkauf (einschließlich des Weiterverkaufs) von Elektrizität an Kunden besteht.
- 32 Zu prüfen ist allerdings, ob der hier gegenständliche Verkauf von Elektrizität im Wege einer E-Tankstelle als ein „zur Verfügung stellen“ und damit (im Sinn der Definition des Lieferanten in § 7 Abs. 1 Z 45 ElWOG 2010) als Lieferung anzusehen ist. Das ElWOG 2010 verwendet im Zusammenhang mit der Abgabe von Elektrizität an Dritte verschiedene Begriffe. Der Versorger (siehe § 7 Abs. 1 Z 74 und 75 ElWOG 2010) wird dahingehend definiert, dass er Elektrizität an Kunden verkauft (einschließlich des Weiterverkaufs), der Stromhändler (§ 7 Abs. 1 Z 65 ElWOG 2010) verkauft Elektrizität in



Gewinnabsicht, der Lieferant (§ 7 Abs. 1 Z 45 EIWOG 2010) wiederum stellt Elektrizität anderen Personen zur Verfügung.

- 33 Während sich Stromhändler und Versorger nur dahingehend voneinander unterscheiden, dass in einem Fall Gewinnabsicht verlangt und im anderen Fall der Abnehmer näher spezifiziert wird, besteht zu der - in § 7 Abs. 1 Z 11 EIWOG 2010 von diesen drei Begriffen als einziger genannten - Lieferung insofern ein Unterschied, als diese nicht vom Verkauf spricht, sondern vom „zur Verfügung stellen“. Der Umstand, dass die Funktion der Versorgung (und damit der Verkauf) anders als die Lieferung in der Aufzählung des § 7 Abs. 1 Z 11 EIWOG 2010 nicht enthalten ist, spricht dafür, dass der bloße Verkauf für sich genommen keine Funktion darstellt, die den Betrieb eines Elektrizitätsunternehmens begründet. Zudem lässt sich den Regelungen der §§ 7 Abs. 1 Z 40 sowie 75 Abs. 1 EIWOG 2010 entnehmen, dass zwischen Stromhändlern und Elektrizitätsunternehmen (zu denen bei Vorliegen von Gewinnabsicht auch Lieferanten zählen) zu unterscheiden ist.
- 34 Zwar unterscheidet das EIWOG 2010 ungeachtet der unterschiedlichen Definitionen offenbar nicht immer klar zwischen den genannten Begriffen. So ist mehrfach (vgl. die §§ 65, 77 und 78) von Stromhändlern und „sonstigen Lieferanten“ die Rede, was darauf hindeutet, dass Lieferant ein Überbegriff ist, der auch Stromhändler erfasst, und Stromhändler somit als Lieferanten anzusehen sind. Nach § 77 Abs. 1 EIWOG 2010 wird die Versorgung als Tätigkeitsbereich von Stromhändlern und sonstigen Lieferanten genannt, während in § 80 Abs. 1 EIWOG 2010 die Belieferung mit elektrischer Energie als Aufgabe der Versorger genannt wird (vgl. etwa *Raschauer*, Handbuch Energierecht [2006] 47, der - zu den inhaltsgleichen Definitionen nach dem früheren EIWOG - davon ausgeht, dass die Begriffe Versorger und Lieferant gleichbedeutend sind).
- 35 Allerdings ist in einigen Bestimmungen des EIWOG 2010 die Rede davon, dass Lieferanten in einem Netz tätig sind bzw. in einem Netzbereich Kunden haben (siehe § 45 Z 9 bzw. § 77a Abs. 2 EIWOG 2010). Da beim gegenständlichen Verkauf von Elektrizität im Wege einer E-Tankstelle - wie dargestellt - nicht vom Vorliegen eines Verteilernetzes (bzw. von einer nach



der Definition des § 7 Abs. 1 Z 77 EIWOG 2010 über ein Verteilernetz erfolgenden Verteilung) auszugehen ist, liegt insoweit keine Tätigkeit innerhalb eines Netzes vor. Zudem liegt zahlreichen Bestimmungen des EIWOG 2010 - etwa im Zusammenhang mit einem Lieferantenwechsel, der Anmeldung und Abmeldung, der Aufbewahrung und Übermittlung von Daten sowie der Bereitstellung von Informationen (siehe die §§ 76, 77a, 81 Abs. 4 sowie 82 Abs. 2) - erkennbar die Vorstellung zugrunde, dass einer Lieferung und damit einem „zur Verfügung stellen“ von Elektrizität an Kunden bzw. (End)Verbraucher in zeitlicher Hinsicht eine gewisse Dauerhaftigkeit innewohnt und dass eine lückenlose Versorgung der Kunden mit Elektrizität sichergestellt werden soll. Diese Vorgaben treffen auf die hier gegenständliche Tätigkeit ebenfalls nicht zu, was dagegen spricht, den Verkauf von Elektrizität im Wege einer E-Tankstelle als Lieferung im Sinn des EIWOG 2010 anzusehen.

- 36 Gegen die Auffassung, der Verkauf von Elektrizität (hier im Wege einer E-Tankstelle) sei nach dem Verständnis der Ausnahmebestimmung des § 2 Abs. 1 Z 20 GewO 1994 dem Betrieb eines Elektrizitätsunternehmens zuzuordnen (und somit von dieser Ausnahme erfasst), lässt sich auch die Parallelregelung für Erdgasunternehmen ins Treffen führen:
- 37 Während die Ausnahmebestimmung im Elektrizitätsbereich einzig auf den Betrieb von Elektrizitätsunternehmen abstellt, ist für den Gaswirtschaftsbereich nur der Betrieb von jenen Erdgasunternehmen (im Sinn des § 7 Abs. 1 Z 16 Gaswirtschaftsgesetz 2011 - GWG 2011) vom Anwendungsbereich der GewO 1994 ausgenommen, die nicht Erdgashändler (gemäß § 7 Abs. 1 Z 14 GWG 2011) sind.
- 38 Das deutet zwar zunächst darauf hin, dass die Ausnahme von der GewO 1994 für den Gaswirtschaftsbereich eingeschränkter ist als für den Elektrizitätsbereich. Allerdings ist diese Regelung vor dem Hintergrund der Definitionen des Erdgasunternehmens (§ 7 Abs. 1 Z 16 GWG 2011) und des Erdgashändlers (§ 7 Abs. 1 Z 14 GWG 2011) zu sehen. Ein Erdgashändler ist demnach eine Person, die - ohne eine Fernleitungs- oder Verteilerfunktion wahrzunehmen - Erdgas kauft oder verkauft. Ein Erdgasunternehmen ist eine



Person, die in Gewinnabsicht von den Funktionen Fernleitung, Verteilung, Lieferung, Verkauf, Kauf oder Speicherung von Erdgas mindestens eine wahrnimmt und für die kommerziellen, technischen oder wartungsbezogenen Aufgaben im Zusammenhang mit diesen Funktionen verantwortlich ist, mit Ausnahme der Endverbraucher. Die Definition des Erdgasunternehmens in § 7 Abs. 1 Z 16 GWG 2011 entspricht zwar somit dem Grunde nach derjenigen für Elektrizitätsunternehmen in § 7 Abs. 1 Z 11 EIWOG 2010. Allerdings ist im GWG 2011 - anders als im EIWOG 2010 - der Verkauf ausdrücklich als eine derjenigen Funktionen genannt, deren Wahrnehmung das Vorliegen eines Erdgasunternehmens begründet.

- 39 Die (gleichsame) Rückausnahme für Erdgashändler in § 2 Abs. 1 Z 20 GewO 1994 wurde durch die GewO-Novelle BGBl. I Nr. 111/2002 aufgenommen. Auch wenn die Erläuterungen dazu (RV 1117 BlgNR 21. GP 72) lediglich von der Behebung eines Redaktionsversehens und der Anpassung einer Zitierung sprechen, steht diese Änderung in einem zeitlichen und inhaltlichen Konnex zur Änderung des (damals maßgeblichen) § 6 GWG durch die GWG-Novelle BGBl. I Nr. 148/2002, durch die der (zuvor nicht enthaltene) Verkauf von Erdgas in die Aufzählung derjenigen Funktionen aufgenommen wurde, deren Wahrnehmung das Vorliegen eines Erdgasunternehmens nach sich zieht. Dass die Ausnahmebestimmung des § 2 Abs. 1 Z 20 GewO 1994 die (den Verkauf von Erdgas wahrnehmenden) Erdgashändler ihrerseits ausnimmt und damit dem Anwendungsbereich der GewO 1994 unterwirft, ist somit vor dem Hintergrund zu sehen, dass der Verkauf (und damit die Tätigkeit als Erdgashändler) ohne eine solche Ausnahme angesichts der Definition des § 7 Abs. 1 Z 16 GWG 2011 jedenfalls zum Betrieb eines Erdgasunternehmens zu zählen wäre. Demgegenüber erscheint eine entsprechende Rückausnahme für Stromhändler nicht zwingend angezeigt, weil der Verkauf von Elektrizität in der Definition des Elektrizitätsunternehmens in § 7 Abs. 1 Z 11 EIWOG 2010 nicht genannt wird. Anhaltspunkte dafür, dass durch § 2 Abs. 1 Z 20 GewO 1994 Tätigkeiten im Elektrizitätsbereich in größerem Umfang von der GewO 1994 ausgenommen werden sollten als Tätigkeiten im Gaswirtschaftsbereich, finden sich nicht. Es ist daher davon auszugehen, dass die GewO 1994 Stromhändler bzw. den



bloßen Verkauf von Elektrizität auf Grund der insoweit unterschiedlichen Definitionen im EIWOG 2010 einerseits und im GWG 2011 andererseits als nicht dem Betrieb eines Elektrizitätsunternehmens zugehörig ansah und aus diesem Grund eine - der Rückausnahme für Erdgashändler entsprechende - Regelung für Stromhändler unterblieb.

- 40 **5.4.** Diese Sichtweise wird für die hier gegenständlichen E-Tankstellen auch durch weitere Bestimmungen der GewO 1994 gestützt. So regelt § 157 GewO 1994 unter der Überschrift „Tankstellen“ (insbesondere) Nebenrechte für Gewerbetreibende, die Betriebsstoffe an Kraftfahrer im Betrieb von Zapfstellen abgeben. Eine Einschränkung auf bestimmte Betriebsstoffe enthält diese Regelung nicht (vgl. auch *Grabler/Stolzlechner/Wendl*, Kommentar zur GewO [2011] § 157 Rz. 1, *Stolzlechner/Seidler/Voglsang*, Kurzkomentar Gewerbeordnung [2018], § 157 Rz. 1, *Gruber/Paliego-Barfuß*, Die Gewerbeordnung⁷ § 157 Rz. 1, die den Betrieb von E-Tankstellen zur Ausübung des freien Gewerbes der Tankstellen zählen und somit als dem Anwendungsbereich der GewO 1994 unterliegend ansehen; aA *Riesz*, in *Ennöckl/Raschauer/Wessely* [Hrsg.], GewO [2015] § 157, Rz. 5).
- 41 Des Weiteren wurde mit der GewO-Novelle BGBl. I Nr. 96/2017 im Zusammenhang mit der Ausübung gewerblicher Tätigkeiten mittels Automaten in § 52 Abs. 1 GewO 1994 ein letzter Satz angefügt, dem zufolge die Abgabe von Betriebsstoffen an Kraftfahrer im Betrieb von Zapfstellen gemäß § 157, ausgenommen Stromtankstellen, jedenfalls als Betriebsstätte gilt. Auch wenn sich den Erläuterungen zu dieser Novellierung (IA 2044/A BlgNR 25. GP) keine Aussagen zur darin enthaltenen Ausnahme für Stromtankstellen entnehmen lassen, spiegelt die Regelung doch klar das Verständnis des Gesetzgebers wider, dass Stromtankstellen von § 157 und damit vom Anwendungsbereich der GewO 1994 grundsätzlich erfasst sind, weil andernfalls eine Ausnahme für Stromtankstellen von der in § 52 Abs. 1 GewO 1994 aufgenommenen Regelung ins Leere gehen würde und somit überflüssig wäre.



- 42 **5.5.** Dieser Auffassung stehen auch - von der Revisionswerberin ins Treffen geführte - kompetenzrechtliche Erwägungen nicht entgegen. Die Revisionswerberin leitet aus dem von ihr als maßgeblich erachteten Elektrizitätsgesetz, BGBl. Nr. 250/1929, auf das Wesentliche zusammengefasst ab, dass jegliche Verrichtung im Zusammenhang mit der Erzeugung und Lieferung von Strom in Anwendung des Kompetenztatbestandes Elektrizitätswesen zu regeln sei.
- 43 Es kann nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofes dahinstehen, ob für die vorliegend zu beantwortende Frage der Zuordnung des Betriebs von E-Tankstellen als Versteinerungsmaterial - wie von der Revisionswerberin behauptet - primär das Elektrizitätsgesetz (1929) oder - wie vom Verwaltungsgericht und der mitbeteiligten Partei geltend gemacht - die Verordnung über das konzessionierte Gewerbe des Betriebs von Anlagen zur Erzeugung und Leitung von Elektrizität, BGBl. Nr. 570/1922, heranzuziehen ist. Zwar wird in der von der Revisionswerberin ins Treffen geführten Ausnahmebestimmung (von der Gewerbeordnung) des § 3 Elektrizitätsgesetz (1929) auf „Stromlieferungsunternehmen“ abgestellt. Diese werden in § 1 Abs. 1 Elektrizitätsgesetz (1929) aber als „Unternehmungen zur Erzeugung oder Leitung elektrischer Energie zum Zweck der entgeltlichen Abgabe an andere“ definiert. Angesichts der genannten Funktionen der Erzeugung und Leitung vermag der Verwaltungsgerichtshof auch aus dem von der Revisionswerberin ins Treffen geführten Elektrizitätsgesetz (1929) nicht abzuleiten, dass ein Verkauf von elektrischer Energie im Wege einer E-Tankstelle aus kompetenzrechtlichen Überlegungen jedenfalls dem Kompetenztatbestand Elektrizitätswesen zuzuordnen ist und daher von der GewO 1994 ausgenommen sein muss.
- 44 **6.** Vor diesem Hintergrund ist das Verwaltungsgericht im Ergebnis zutreffend davon ausgegangen, dass die hier gegenständliche Tätigkeit des Verkaufs von Strom über E-Tankstellen und die dafür erforderliche Errichtung einer E-Tankstelle von der Ausnahmebestimmung des § 2 Abs. 1 Z 20 GewO 1994 nicht erfasst und somit die Bestimmungen der GewO 1994 anzuwenden sind.



45 Die vorliegende Revision war daher gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

46 Die Entscheidung über den Aufwandersatz beruht auf den §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2014.

W i e n , am 18. September 2019

