

Rechtsgutachtliche Stellungnahme zur Auslegung des § 27 Abs 4 Z 2 EEffG

von

RA Hon.-Prof Dr. Wilhelm Bergthaler und Dr. Kerstin Holzinger
(HASLINGER/NAGELE & PARTNER RECHTSANWÄLTE GmbH)

im Auftrag der
Wirtschaftskammer Österreich

1. Gesetzliche Grundlagen – Wortlaut und Auslegungsvarianten

1.1 Gesetzliche Rahmenbedingungen – Grundlagen

Ganz generell sieht das EEffG für unterschiedliche Gruppen von Unternehmen unterschiedliche Verpflichtungen vor:

- **§ 9 EEffG (Verfassungsbestimmung)** verpflichtet Unternehmen für die Jahre 2015 bis 2020, abhängig von ihrer Größe, dazu, Maßnahmen zur Verbesserung der Energieeffizienz zu setzen, zu dokumentieren und der Monitoringstelle zu melden. **Große Unternehmen** (§ 5 Z 19 – Z 21 EEffG unterteilt Unternehmen abhängig von der Anzahl der Beschäftigten, der Umsatzhöhe oder der Höhe der Bilanzsumme in große, mittlere und kleine Unternehmen) sind gem § 9 Abs 2 EEffG zur regelmäßigen Durchführung eines externen Energieaudits oder zur Einführung eines Energiemanagement- oder Umweltmanagementsystems verpflichtet; sie haben die von ihnen in diesem Zusammenhang gesetzten Maßnahmen zu dokumentieren und der Monitoringstelle zu melden. Kleine und mittlere Unternehmen können gem § 9 Abs 3 EEffG nach Möglichkeit eine Energieberatung durchführen, deren Durchführung und Ergebnisse dokumentieren und der Monitoringstelle melden lassen.
- **§ 10 EEffG (Verfassungsbestimmung)** verpflichtet Energielieferanten, „*die Endenergieverbraucher in Österreich im Vorjahr entgeltlich beliefert haben und nicht mittels Branchenverpflichtung gemäß § 11 zur Durchführung von Energieeffizienzmaßnahmen verpflichtet sind*“, in bestimmtem Ausmaß zum Nachweis der „*Durchführung von Energieeffizienzmaßnahmen bei sich selbst, ihren eigenen Endkunden oder anderen Endenergieverbrauchern*“.

- **§ 11 EEffG** ermächtigt den BMWFW Branchenverpflichtungen (Selbstverpflichtungen) mit Energielieferanten, die gemittelt über die Jahre 2010 bis 2012 weniger als 150 GWh an Energie abgesetzt haben (oder Unternehmensverbänden, die solche Unternehmen repräsentieren), abzuschließen. So erhalten kleinere Energielieferanten die Möglichkeit, *gemeinsam* ein kumuliertes Maß an Energieeffizienzmaßnahmen nachweisen zu können (in diesem Sinn ErlRV 182 BlgNR 25 GP 20).

Eine Verpflichtung zur Setzung von Energieeffizienzmaßnahmen trifft nach dem EEffG sohin bloß Energielieferanten gem § 10 und § 11 EEffG, nicht jedoch Unternehmen nach § 9 EEffG. Verpflichtete Energielieferanten können ihre Einsparverpflichtung (alternativ) wie folgt erfüllen:

- » Setzung von Maßnahmen;
- » Beschaffung von Maßnahmen;
- » Ausschreibung von Maßnahmen gem § 20 EEffG;
- » Anschluss an eine „Branchenverpflichtung“ gem § 11 und gemeinsame Zielerfüllung.

1.2 Gesetzliche Rahmenbedingungen zur Meldung von Energieeffizienzmaßnahmen; Vorgaben der Verordnung

Gemäß § 10 Abs 3 EEffG sind die von den verpflichteten Energielieferanten nachzuweisenden Maßnahmen zu dokumentieren und **"für jedes Jahr bis zum 14. Februar des Folgejahres"** der Monitoringstelle **zu melden**. Können die Maßnahmen im jeweiligen Verpflichtungszeitraum nicht gesetzt werden, sind sie innerhalb einer Nachfrist von drei Monaten (sohin bis 14. Mai) **nachzumelden**. Alternativ zur Setzung „eigener“ Maßnahmen können Energielieferanten Maßnahmen „beschaffen“ oder eine Ausschreibung gem § 20 EEffG durchführen (vgl § 10 Abs 4 EEffG). Werden keine Maßnahmen im verpflichtenden Ausmaß nachgewiesen, hat ein Energielieferant einen entsprechenden Ausgleichsbeitrag (§ 21 EEffG) zu leisten.

Gem § 24 Abs 5 EEffG wird *„für die Dokumentation und Evaluierung der gesetzten Maßnahmen eine Datenbank von der [Monitoringstelle] zur Verfügung gestellt. Jedes meldepflichtige Unternehmen hat seine Maßnahmen in dieser Datenbank regelmäßig, mindestens jedoch einmal jährlich zu erfassen.“*

Im Anschluss daran bestimmt der zitierte Abs 5 im 3. Satz: *"Unternehmen, die dieser*

Meldeverpflichtung nicht unterliegen, können ihre Maßnahmen ebenfalls in der Datenbank individuell erfassen; diese sind getrennt auszuweisen“.

Somit können sowohl verpflichtete Energielieferanten nach § 10 EEffG als auch Unternehmen, die keiner Meldeverpflichtung nach § 10 EEffG unterliegen (also etwa jene nach § 9 EEffG) Maßnahmen in die Datenbank einmelden (vgl in diesem Sinne auch ErlRV 182 BlgNr 25 GP 25).

§ 27 EEffG ermächtigt den BMWFW in Einvernehmen mit dem BMASK und dem BMLFUW, mittels Verordnung Richtlinien für die Tätigkeit der Monitoringstelle zu erlassen. Gem § 27 Abs 2 Z 4 EEffG haben diese Richtlinien insbesondere Regelungen über die Bewertung und Zurechnung von Energieeffizienzmaßnahmen gem §§ 9 bis 11 EEffG zu enthalten.

Bezüglich der Regelungen über die Bewertung und Zurechnung von Energieeffizienzmaßnahmen ist gem § 27 Abs 4 Z 2 EEffG folgende Vorgabe zu beachten:

*„Die **dreimalige Weiterübertragung** von in einem Kalenderjahr gesetzten Maßnahmen ist **bis 14. Februar des Folgejahres zulässig**; für die Übertragung ist gemäß den Bestimmungen des Zivilrechts eine schriftliche Vereinbarung zwischen demjenigen, der die Maßnahme gesetzt hat und dem verpflichteten Dritten abzuschließen und auf dem Maßnahmennachweis zu dokumentieren“.*

§ 27 Abs 4 Z 4 EEffG bestimmt hinsichtlich des „Bankings“ von Energieeffizienzmaßnahmen:

*„Geht eine in einem Kalenderjahr gesetzte Maßnahme über die jährliche Mindestverpflichtung **eines verpflichteten Lieferanten** hinaus, erfolgt auf Wunsch des Verpflichteten im entsprechenden Umfang eine **Anrechnung auf Folgejahre**“.*

Die zwischenzeitig erlassene Energieeffizienz-Richtlinienverordnung (BGBl II 394/2015) regelt in Anlage 1a unter dem Titel "*Betriebliche Energieeffizienzmethode (für individuelle Energieeffizienzmaßnahmen)*" die Rahmenbedingungen für die Evaluierung von Energieeinsparungen, die Unternehmen gem § 5 Abs 1 Z 18 – 21 EEffG bei sich selbst setzen (§ 2 Abs 2 Z 4 der VO). Die letzten 3 Abschnitte lauten wörtlich wie folgt:

"Einreichung der Energieeffizienzmaßnahme

Es können nur Energieeffizienzmaßnahmen anerkannt werden, die tatsächlich gesetzt

wurden. Solche Energieeffizienzmaßnahmen können jederzeit ab der Einrichtung eines geeigneten Meldeprozesses, längstens jedoch bis zu dem im EEffG festgelegten Termin bei der Monitoringstelle gemeldet werden.

Übertragbarkeit der Energieeffizienzmaßnahme

Der Verfügungsberechtigte hat das Recht, die von ihm gesetzten Energieeffizienzmaßnahmen an Dritte zu übertragen. Die Übertragung erfolgt schriftlich durch zivilrechtliche Vereinbarung, aus der insbesondere Käufer, Verkäufer, Energieeffizienzmaßnahme, Menge in kWh, Preis und Datum der Übertragung hervorgehen. Weiters sind der Übertragung die Energieeffizienzmaßnahmen-Dokumentationsunterlagen (bzw. das Dokumentationsblatt) beizufügen.

Schlussklausel

Für die auf Basis dieser Methode gesetzten Energieeffizienzmaßnahmen gelten die Übertragungseinschränkungen für öffentlich geförderte Energieeffizienzmaßnahmen gemäß § 27 Abs. 4 Z 2 EEffG."

1.3 Wortlaut und Motive; Auslegungsvarianten – erste Abwägung

1.3.1 Wortlaut und Motive

a) Wortlaut:

Im Zentrum der vorliegenden Stellungnahme steht § 27 Abs 4 Z 2 EEffG, der lautet:

*„Die dreimalige **Weiterübertragung** von in einem Kalenderjahr gesetzten Maßnahmen ist bis 14. Februar des Folgejahres zulässig; für die **Übertragung** ist gemäß den Bestimmungen des Zivilrechts eine schriftliche Vereinbarung zwischen demjenigen, der die Maßnahme gesetzt hat und dem verpflichteten Dritten abzuschließen und auf dem Maßnahmennachweis zu dokumentieren“.*

Dabei fällt zunächst auf, dass der Gesetzgeber zwischen "Weiterübertragung" einerseits und "Übertragung" andererseits unterscheidet. Das ist – wie die Materialien belegen – nicht bloß eine terminologische Unschärfe, sondern eine bewusste Differenzierung: Schon in den Erläuterungen wird klar gestellt, dass – bei damals noch anderem Entwurfstand – „eine **zweimalige Übertragungsmöglichkeit**“ bestehe, was – so die Materialien ausdrücklich – „der im Gesetz festgeschriebenen, **einmaligen Weiterübertragung**“ entspricht“ (ErlRV 182 BlgNR 25 GP 26 oben).

Seitens des BMWFW wurde dieses Verständnis in Fragenbeantwortungen und Leitfäden wiederholt bestätigt:

FAQs Seite 40, 61. Wie oft sind Maßnahmen **übertragbar**?

Vier Mal - das Gesetz spricht von einer **dreimaligen Weiterübertragung**. Hintergrund für diese Beschränkung ist, einen etwaigen spekulativen Handel mit Energieeffizienznachweisen zu verhindern.

(http://www.bmfwf.gv.at/EnergieUndBergbau/Energieeffizienz/Documents/FAQ%20barrierefrei_endgültige%20Fassung_Nov%202015%20.pdf)

Leitfaden EEffG Lieferanten Seite 26, 5.6 Übertragung von Maßnahmen

Bei der Übertragung von anrechenbaren Maßnahmen handelt es sich grundsätzlich um eine schriftliche, zivilrechtliche Vereinbarung. Entscheidend dabei ist lediglich, dass eine anrechenbare Maßnahme auch tatsächlich gesetzt und ausreichend im Sinne des § 27 Abs. 3 dokumentiert wurde. Woher der verpflichtete Energieversorger die Maßnahme - die er der Monitoringstelle meldet - hat, ist irrelevant. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass die **Übertragung einer Maßnahme maximal vier Mal zulässig** ist (§ 27 Abs. 4 Z 2 spricht von einer „**dreimaligen Weiterübertragung**“). (<http://www.bmfwf.gv.at/EnergieUndBergbau/Energieeffizienz/Documents/Leitfaden%20EEffG%20Lieferanten%20Barrierefrei%20.pdf>)

Diesem Sprachgebrauch des Gesetzgebers folgend ist also zwischen "*Weiterübertragung*" und (dem logischen Gegenstück) "*Erstübertragung*" zu unterscheiden; beide werden auch mit dem Überbegriff "*Übertragung*" bezeichnet.

§ 27 Abs 4 Z 2 EEffG regelt im ersten Satz ausdrücklich nur "*Weiterübertragungen*"; damit bezieht sich – bei wörtlichem Verständnis – der gesetzte Endtermin ("*bis 14. Februar des Folgejahres zulässig*") nur auf Weiterübertragungen.

b) Motive:

Nach den Materialien soll die Beschränkung des § 27 Abs 4 Z 2 EEffG dazu dienen, einen „**nicht gewünschten kommerziellen Handel mit Energieeffizienzmaßnahmen**“ zu vermeiden, (ErIRV 182 BlgNR 25 GP 25). Diesen Regelungszweck bestätigt auch die Antwort des BMFWF im oben zitierten FAQ-Dokument, geht es demnach doch darum, "*einen **spekulativen Handel mit Energieeffizienznachweisen zu verhindern***" (siehe obiges Zitat).

Vor dem Hintergrund dieses Regelungszwecks ist zu fragen, ob ein Weiterübertragungsverbot (nach Ablauf einer kurzen Handelsfrist) als Schutz vor unerwünschten Handelspraktiken verstanden und wirksam werden kann oder ob dieser Zweck gebietet, das Weiterübertragungsverbot nach dem 14. Februar so zu verstehen, dass es implizit auch eine spätere Erstübertragung ausschließt.

Im System des EEffG ist zunächst – unter dem Aspekt einer Handelsbeschränkung –

die eingangs getroffene Unterscheidung zwischen Erstübertragung und Weiterübertragung durchaus aussagekräftig:

- Die **Erstübertragung** vom nicht-verpflichteten Unternehmen auf den Energielieferanten, dient dazu die Effizienzmaßnahme im System zu verwerten. Die Maßnahme wird damit für das gesamtstaatliche Ziel nutzbar gemacht.
- Demgegenüber dienen **Weiterübertragungen** nur dem Handel zwischen Unternehmen; in gesamtstaatlicher Sicht erfüllen sie keinen zusätzlichen Zweck.

Schon aufgrund dieser Überlegung stellt die Umsetzung einer beabsichtigten Handelsbeschränkung mittels eines Weiterübertragungsverbots eine grundsätzlich geeignete rechtstechnische Lösung dar.

Aus rechtstechnischer Sicht ist es – aufgrund des mehrfachen Verweises auf zivilrechtliche Übertragungsakte – naheliegend, die Funktion eines Weiterübertragungsverbot bzw einer Weiterübertragungsbeschränkung auch nach zivilrechtlichem Verständnis zu erforschen.

Sog "Weiterveräußerungsverbote" finden sich in der Kautelarjurisprudenz vielfach (idR aus urheber- und vertriebsrechtlichen Gründen, vgl insb die Judikatur zum sog. "*Erschöpfungsgrundsatz*" und zur "*Erschöpfung der Verbreitungsrechte*", näher zu den einzelnen Fallgruppen *Kucsko*, Geistiges Eigentum [2003] 1177 ff); ein typischer Anwendungsfall sind zB Verträge über Digitalprodukte, im Rahmen welcher dem Erwerber (Erstkäufer) regelmäßig die Weiterveräußerung untersagt wird, weil - so die Überlegung - der Erwerb den Eigenbedarf des jeweiligen Erwerbers decken soll, aber eine Handelstätigkeit des Erwerbers mit diesen Produkten unerwünscht ist. Aus regelungstechnischer Sicht kann es also in Fallkonstellationen, in denen eine Handelstätigkeit oder bestimmte Handelspraktiken unerwünscht sind, durchaus Sinn machen, nur Weiterübertragungen zu beschränken, Erstübertragungen aber von solchen Beschränkungen auszunehmen.

Im Kontext einer Regelung, die unerwünschte Handelspraktiken eindämmen soll, sind demnach Erstübertragung und Weiterübertragung nicht nur zeitlich versetzte (aufeinanderfolgende) Übertragungsakte, sondern weisen auch entscheidende qualitative Unterschiede auf: die **Erstübertragung** stellt nach diesem Verständnis einen **zulässigen Beschaffungsakt**, die **Weiterübertragung** eine **nur limitiert zulässige Handelstätigkeit** dar.

Aus den Motiven des Gesetzgebers ist also kein zwingender Grund ersichtlich, warum, das Weiterübertragungsverbot nach dem 14. Februar (implizit) auch spätere Erstübertragungen ausschließen sollte.

1.3.2 Auslegungsvarianten

a) Variante 1: keinerlei Übertragung nach dem 14. Februar des Folgejahres zulässig

Im Kontext der unter 1.1. und 1.2. wiedergegebenen Bestimmungen wird in der aktuellen Debatte vertreten, dass sog "*nicht-verpflichtete Unternehmen*" (also etwa solche nach § 9 EEffG) verpflichtet wären, ihre Maßnahmen bis zum 14. Februar des Folgejahres zu melden; innerhalb dieser Frist dürften diese Maßnahmen maximal drei Mal (weiter)übertragen werden. Daraus sei zu folgern, dass es diesen Unternehmen weder gestattet sei, Maßnahmen später einzumelden (also nach Ablauf des Jahres, in dem sie gesetzt wurden), **noch solche Maßnahmen nach dem 14. Februar des Folgejahres überhaupt zu übertragen**. Vielmehr müsse für **nicht rechtzeitig übertragene Maßnahmen ein gänzlicher Wertverfall** eintreten. Ein "*Banking*" sei eben nur verpflichteten Unternehmen gestattet.

Dies Auffassung **postuliert über den Wortlaut des § 27 Abs 4 Z 2 EEffG hinausgehende, weitergehende Beschränkungen, die in der zitierten Bestimmung nicht ausdrücklich erwähnt sind, sondern äußerstenfalls implizit (dazu sogleich) erschlossen werden könnten**. Ausdrücklich wird in § 27 Abs 4 Z 2 EEffG – wie eingangs gezeigt – nur die "**Weiterübertragung**" zeitlich und der Anzahl nach limitiert (die Erstübertragung hingegen nicht; sie wird im EEffG auch als "*Beschaffung*" bezeichnet – vgl § 10 Abs 4 EEffG); in der Energieeffizienz-RichtlinienVO wird zutreffender Weise – und in auffälliger Differenzierung zu § 24 Abs 2 Z 4 – der allgemeinere Terminus "*übertragen*" verwendet - ohne jedweden Hinweis auf eine solche weitergehende Beschränkung.

Dies wirft schon grundsätzlich die Frage auf, warum der Gesetzgeber – wenn er im Sinne der Variante 1 jedwede Übertragung nach dem 14. Februar des Folgejahres ausschließen wollte – zunächst terminologisch genau zwischen Weiterübertragung und Übertragung differenziert und nur die Weiterübertragung ausdrücklich limitiert. Auch **aus grundrechtlicher und rechtstaatlicher Perspektive wäre schwer erklärlich, warum gerade der eingriffsintensivste Aspekt** der (nach dieser Auffassung beabsichtigten) Regelung – nämlich die Unzulässigkeit jedweder Übertragung (auch der Erstübertragung) nach dem 14. Februar und der damit

verbundenen Totalverlust des Werts von Effizienzmaßnahmen – **weder in Gesetz noch Verordnung ausdrücklich geregelt wäre**, sondern (wenn überhaupt) nur implizit erschließbar (zu diesen verfassungsrechtlichen Aspekten näher unter 2.4).

Der mögliche Einwand, wonach aus einer Regelung, die zum 14. Februar eine letztmalige Weiterübertragung zulässt, implizit hervorgehe, dass die – dieser beabsichtigten Weiterübertragung denklogisch vorausgehende Erstübertragung – ebenfalls nur bis 14.2. ausdrücklich möglich sei, wurde schon oben unter 1.3.1 b) entkräftet. Mit diesem Einwand wird der grundlegende qualitative Unterschied verkannt, den Erst- und Weiterübertragung haben. Wie unter 1.3.1 herausgearbeitet wurde, sind Erstübertragung und Weiterübertragung sind nicht nur zeitlich versetzte (aufeinanderfolgende) Übertragungsakte, sondern weisen auch entscheidende qualitative Unterschiede auf, weil – im Kontext einer beabsichtigten Handelsbeschränkung – die Erstübertragung einen zulässigen Beschaffungsakt, die Weiterübertragung hingegen eine nur limitiert zulässige Handelstätigkeit darstellt.

- b) Variante 2: Weiterübertragungen nach dem 14. Februar unzulässig; Erstübertragungen zulässig

Wie unter 1.3.1 gezeigt wurde, sprechen sowohl der Gesetzeswortlaut als auch die Motive dafür, dass der Gesetzgeber bewusst nur "*Weiterübertragungen*" zeitlich limitiert; die Erstübertragung von nicht-verpflichteten auf verpflichtete Unternehmen (die "*Beschaffung*" bzw – iSd Anlage 1a zur Energieeffizienz-RichtlinienVO die "*Übertragung*" zur "*Beschaffung*") hingegen nicht; Anlage 1a erklärt folgerichtig ohne zeitliche Einschränkung: "*Der Verfügungsberechtigte hat das Recht, die von ihm gesetzten Energieeffizienzmaßnahmen an Dritte zu übertragen*"; die nähere Ausgestaltung erfolgt – so der Verordnungsgeber weiter – "*durch zivilrechtliche Vereinbarung, aus der insbesondere Käufer, Verkäufer, Energieeffizienzmaßnahme, Menge in kWh, Preis und Datum der Übertragung hervorgehen*", wird aber der privatautonomen Einigung überlassen.

Sowohl die Differenzierung in der Terminologie als auch die fehlende Befristung für die Erstübertragung stellen – wie die verschiedenen Versionen in der Genese belegen – **keine unbeabsichtigten Unschärfen** dar, sondern sind bewusst gesetzt und durch das Motiv der Handelsbeschränkung gerechtfertigt. Der Verordnungsgeber wollte eben zum Ausdruck bringen, dass die (Erst-)Übertragung dem Unternehmen im Rahmen der Privatautonomie weitgehend frei steht.

Von diesem Wortlaut ist **auch eine Übertragung in Teilen** erfasst (zur grundsätzlichen Zulässigkeit und Methodik der Teilung vgl. § 17 Abs 2 der Energieeffizienz-RichtlinienVO), sodass denkbar ist, dass dem Energielieferanten nur jener Teil übertragen wird, den dieser im betreffenden Jahr verwerten kann (alternativ zur Vollübertragung, bei der dann der Energielieferant ein Banking durchführt). Mit diesem Recht zur anteiligen Übertragung wird dem nicht verpflichteten Unternehmen zwar kein "Banking" im eigentlichen Sinn erlaubt (ein solches ist ja den Energielieferanten vorbehalten), aber die **Möglichkeit** eingeräumt, die gesetzten **Effizienzmaßnahmen gestaffelt über mehrere Jahre oder verteilt auf mehrere Energielieferanten (jeweils erstmalig) zu übertragen.**

Ein nicht-verpflichtetes Unternehmen könnte daher seine Maßnahme termingerecht (dies verlangt Anlage 1a mit der Wortfolge "*längstens jedoch bis zu dem EEfG festgelegten Termin*") einmelden und erst später an einen Energielieferanten **erstübertragen**; dieser wiederum könnte, da er in dem Jahr, in dem die Maßnahme gesetzt wurde, seine Mindestverpflichtung erfüllt hat, dafür optieren (arg "*auf Wunsch*"), dass diese Maßnahme auf das aktuell laufende oder die Folgejahre angerechnet werde. Nur eine Weiterübertragung im Folgejahr wäre diesfalls dem Energielieferanten verwehrt.

1.3.3 Erste Abwägung

Der **Unterschied in den Rechtsfolgen** ist evident:

- Bei Auslegungsvariante 1 ist die Vertragsfreiheit des nicht-verpflichteten Unternehmens stark limitiert; es hat nur in einer sehr kurzen Zeitspanne die Möglichkeit, die von ihm gesetzten Effizienzmaßnahmen in das System einzubringen und den Wert zu realisieren; es gerät, infolge des drohenden Zeitablaufs, unter starken Verhandlungs- und Einigungsdruck (weil nach Zeitablauf die Maßnahme nicht mehr werthaltig wäre). Für die gesamtstaatlichen Ziele würden solche Maßnahmen verloren gehen.
- Bei Auslegungsvariante 2 könnte das nicht verpflichtete Unternehmen die Erstübertragung auch noch später durchführen (ohne Zeit- und Einigungsdruck); gleichermaßen können die Energielieferanten solche Maßnahmen auch noch später zur Verwertung erwerben. Eine spekulative Handelstätigkeit mit diesen Maßnahmen wäre aber – durch das Weiterübertragungsverbot – unterbunden. Für

die gesamtstaatlichen Ziele würden solche Maßnahmen nutzbar bleiben. Der Eingriff in die Vertragsfreiheit bliebe deutlich geringer.

Erblickt man den **Sinn und Zweck des Gesetzes** der zitierten Gesetzespassagen darin, dass auch nicht-verpflichtete Unternehmen zur Setzung (und dann Übertragung) von Energieeffizienzmaßnahmen einen Anreiz erhalten sollen (in diesem Sinne ErlRV 182 BlgNR 25 GP 25), erweist sich Auslegungsvariante 2 vorteilhafter, weil diese – durch die längere Verwertbarkeit von Maßnahmen – auch den Anreiz, diese zu setzen, erhöht. Demgemäß entsprechen diese Auslegungsvarianten auch den in § 4 EEffG niedergeschriebenen „*Gesamtstaatlichen Zielen und Richtwerten*“; immerhin hat die Republik Österreich selbst unionsrechtliche Verpflichtungen im Zusammenhang mit Energieeffizienz zu erfüllen. Je höher der Anreiz für nicht-verpflichtete Unternehmen, selbst auch Maßnahmen zu setzen, umso eher können diese Ziele erfüllt werden.

Auch aus **systematischer Sicht** ist die Auslegungsvariante 2 zu befürworten. Immerhin ermöglicht § 10 Abs 3 EEffG Energielieferanten ein Nachmelden von Maßnahmen, die „*im jeweiligen Verpflichtungszeitraum nicht gesetzt werden*“ bis zum 14. Mai des Folgejahres. Würde man – im Sinne der Auslegungsvariante 1 – eine Erstübertragung von Energieeffizienzmaßnahmen von nicht-verpflichteten Unternehmen auf Energielieferanten nur bis zum 14. Februar des Folgejahres gestatten, so würden diese bereits als Maßnahmen, die im Sinne der genannten Bestimmung nachgemeldet werden, ausscheiden. Es könnten daher nur solche Maßnahmen nachgemeldet werden, die das jeweils verpflichtete Unternehmen selbst gesetzt hat. Dieses Ergebnis kann jedoch nicht mit § 10 Abs 4 EEffG vereinbart werden, der ausdrücklich ermöglicht, dass verpflichtete Energielieferanten „*an Stelle des Setzens oder **der Beschaffung** von verpflichtenden Maßnahmen*“ (Hervorhebung nicht im Original) ihre Verpflichtung auch durch Ausschreibungen im entsprechenden Ausmaß erfüllen können.

Schließlich sprechen auch **praktische Erwägungen** für ein Verständnis, wie es der Auslegungsvariante 2 zu Grunde liegt; bisweilen wird es schwierig sein, Maßnahmen, die gegen Jahresende gesetzt werden (bspw bei Geschäftsbereichen, die zum Jahresende ihre Maxima erreichen) bis zum 14. Februar des Folgejahres gemessen, dokumentiert und dann auch wirksam auf einen verpflichteten Lieferanten übertragen zu haben.

Wortlaut, Systematik und Teleologie des EEffG sowie der Richtlinien-Verordnung sprechen demnach für die Auslegungsvariante 2. Im folgenden Abschnitt sollen die

beiden Varianten – im Hinblick auf das Gebot der verfassungskonformen Interpretation – auch noch aus verfassungsrechtlicher Sicht beleuchtet werden.

2. Verfassungsrechtliche Überlegungen

2.1 Vertragsfreiheit als Schutzgegenstand der Grundrechte

Dass die Vertragsfreiheit unter dem Schutz verfassungsrechtlich eingeräumter Rechte steht, ist unbestritten. Nach einhelliger Auffassung in Judikatur und Lehre stützt sich dieser Schutz auf drei Grundrechte:

- Zunächst sind vom Schutzbereich der verfassungsgesetzlich gewährleisteten **Rechte auf Unverletzlichkeit des Eigentums** (Art 5 StGG und Art 1 1. ZP-EMRK) alle „vermögenswerten Privatrechte“ erfasst (vgl. *Mayer/Kucsko-Stadtmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹ [2015] Rz 1478 mwH). Der VfGH geht in seiner Rechtsprechung von einem sehr weiten Eigentumsbegriff aus und bezieht neben dem Eigentum an körperlichen Sachen etwa auch das Miet- und Pachtrecht (VfSlg 5499/1967 und VfSlg 7160/1973), das aus einem Kaufvertrag erfließende Recht (VfSlg 55627/1967) sowie generell die **Privatautonomie** (VfSlg 18.829/2009) und damit ein Recht auf Eigentumserwerb in den Schutzbereich mit ein. Schon früh hat der VfGH die **Vertragsfreiheit** in einem Erkenntnis zum Erdölbevorratungs- und MeldeG ausdrücklich der Eigentumsgarantie der EMRK zugeordnet (VfSlg 1227/1989). Gleichermaßen stellt nach der Rechtsprechung des EGMR das **Verbot oder die Erschwerung, über Eigentum zu verfügen**, einen Eingriff in den Schutzbereich des Eigentums dar (vgl. die Nachweise bei *Peukert* in Frowein/Peukert, EMRK-Komm³ [2009] 650).
- Der EuGH hat in seiner Judikatur ebenfalls sehr früh einen grundrechtlichen Schutz der **Vertragsfreiheit** vertreten. 1991 stellte er in der *Rs Neu ua* (Rs C-90/90; Slg 1991 I-3617) fest, dass die **Berufsfreiheit** jedenfalls die Wahl des Geschäftspartner umfasst; zudem ist auch die Freiheit der Vertragsgestaltung geschützt (Rs C-240/97, *Kommission/Spanien*, Slg 1999 I-06571).
- Vor dem Hintergrund dieses grundrechtlichen Verständnisses folgert *Grabenwarter* auch für die **Garantie der unternehmerischen Freiheit in § 16 GRC**, dass mit dieser auch die Privatautonomie geschützt ist (*Grabenwarter*, Unternehmertum

und unternehmerische Freiheit in Grabenwarter ua [Hrsg], Die Grundrechte des Wirtschaftslebens nach dem Vertrag von Lissabon [2011] 17 [22]).

Im Lichte dieser grundrechtlichen Gewährleistungen kann auch eine Energieeffizienzmaßnahme als vom Schutzbereich der Eigentumsfreiheit sowie des Art 16 GRC erfasst angesehen werden, denn das EEffG

- eröffnet zunächst – durch Einräumung von Verfügungsrechten über Effizienzmaßnahmen – einen Markt, erschafft sozusagen „**handelbares Wirtschaftsgut**“, und zwar **durch die Verfassungsbestimmung** des § 10 EEffG, welche eine Beschaffung von Dritten ermöglicht,
- **beschränkt** allerdings in einem zweiten Schritt **auf einfachgesetzlicher Ebene** (§ 27 Abs 4 Z 2 EEffG) **dessen privatautonome Verwertbarkeit**, in dem es Verträge nur in einem sehr eingeschränkten zeitlichen und inhaltlichen Rahmen zulässt.

Das EEffG greift damit in die privatautonomen Verfügungsbefugnisse und die Vertragsfreiheit der Unternehmen ein. Da mit den Energieeffizienzmaßnahmen gesetzliche Verpflichtungen erfüllt werden können und diese auf Investitionen der Unternehmen basieren, disponiert der Gesetzgeber damit auch unmittelbar über Vermögenswerte.

2.2 (Unverhältnismäßige) Eigentumsbeschränkung

Eine Beschränkung der Handelbarkeit von Energieeffizienzmaßnahmen stellt sich demgemäß als Eigentumsbeschränkung dar, die nur dann und insoweit verfassungskonform ist, als sie **im öffentlichen Interesse gelegen und verhältnismäßig** ist.

Vor diesem Hintergrund ist zunächst zu fragen, ob die Beschränkung der Handelbarkeit von Energieeffizienzmaßnahmen insoweit, dass lediglich eine dreimalige (Weiter-) Übertragung zulässig ist und auch nur bis zum 14. Februar des jeweiligen Folgejahres, tatsächlich im öffentlichen Interesse gelegen ist. Soweit der Gesetzgeber dazu ausführt, dass diese Beschränkungen dazu dienen sollen, um „*Unübersichtlichkeiten und Doppelanrechnungen*“ sowie einen „*nicht gewünschten kommerziellen Handel mit Energieeffizienzmaßnahmen*“ zu vermeiden (ErIRV 182 BlgNR 25 GP 25), bleibt fraglich, ob die Festlegung des 14. Februar als „Stichtag“ – und zwar nicht nur für (mehrfache) Weiterübertragungen, sondern auch für die

Erstübertragung – tatsächlich unbedingt erforderlich ist, um dieses Ziel zu verwirklichen.

Immerhin könnte durch eine großzügigere Bemessung des für die (Erst-)Übertragung zur Verfügung stehenden Zeitraumes die eingangs angesprochene Problematik für nicht verpflichtete Unternehmen beseitigt bzw zumindest gemildert werden. Diesfalls bliebe ausreichend Zeit für nicht verpflichtete Unternehmen, um auch zum Jahresende gesetzte Maßnahmen noch „gesichert“ übertragen zu können.

Bei der **Auslegungsvariante 2** sind nachgemeldete Maßnahmen ohnehin nur einmal (erst-) übertragbar, danach aber nicht mehr (unbeschränkt) handelbar; die vom Gesetzgeber befürchteten **spekulativen Marktverzerrungen sind – infolge dieser beschränkten Handelbarkeit – daher nicht zu befürchten**. Schon insoweit ist die Auslegungsvariante 2 jedenfalls der Auslegungsvariante 1 vorzuziehen.

Nun könnte diesem Ansatz entgegengehalten werden, dass der Vermögenswert der "Energieeffizienzmaßnahme" erst durch die entsprechende gesetzliche Verpflichtung geschaffen wurde; durch diese entstand sohin ein "künstlichen Markt". Entfielen der gesetzliche Rahmen des EEffG, so entfielen wiederum auch der Marktwert von Energieeffizienzmaßnahmen, sodass – gerade wenn und weil ein Vermögenswert von vornherein einen Gesetzesrahmen als konstituierendes Merkmal voraussetzt – ein bestimmter (einschränkender) Teil dieses Rahmens nur schwer als (verfassungswidrige) Beschränkung dargestellt werden könnte. Dies verkennt aber den Freiheitsgehalt der Privatautonomie, derzufolge ungeachtet dessen, dass der Marktwert von Energieeffizienzmaßnahmen auf eine gesetzliche Regelung zurückzuführen ist, grundsätzlich – im Sinne einer allgemeinen Handlungsfreiheit – von einer unbeschränkten Handelbarkeit von Energieeffizienzmaßnahmen auszugehen ist. Unabhängig davon, woraus sich der Wert der Energieeffizienzmaßnahme ergibt, sind die Beschränkungen der Übertragbarkeit als Beschränkungen der Privatautonomie und damit als Eingriff in die Eigentumsfreiheit zu verstehen.

Zwischenresümee:

Vor diesem Hintergrund ist die Auslegungsvariante 2 vorzuziehen, weil sie das vom Gesetzgeber angeführte öffentliche Interesse (die Beschränkung/Vermeidung spekulativen Handels) erfüllt. Im Vergleich dazu stellt sich Variante 1 als überschießender, unverhältnismäßiger Eingriff in die Privatautonomie dar.

2.3 Gleichheitssatz

Soweit der Gleichheitssatz die Ungleichbehandlung von Gleichem bzw. Gleichbehandlung von Ungleichen verbietet, kann argumentiert werden, dass auch nach dem 14. Februar nicht-verpflichteten Unternehmen eine Übertragung ihrer Maßnahmen auf Energielieferanten möglich sein muss. Immerhin hätten diese – anders als Energielieferanten – bei einem strengen Verständnis der einschlägigen Bestimmungen des EEffG nach Auslegungsvariante 1 keine Möglichkeit der Verwertung ihrer Maßnahmen durch Übertragung auf einen späteren Verpflichtungszeitraum (für sie gibt es keinen solchen), weshalb von ihnen gesetzte Maßnahmen, wenn sie nicht rechtzeitig übertragen werden können, verfallen. Ein **gänzlicher Wertverfall** von gesetzten Effizienzmaßnahmen, der allein davon abhängt, ob bis zum 14. Februar eine vertragliche Einigung mit den Energielieferanten zu einer Übertragung gelingt, und – als unmittelbare Konsequenz – Effizienzmaßnahmen, die beim durchführenden Unternehmen verbleiben, für wertlos erklärt, hingegen solche, die an Energielieferanten übertragen wurden, für vollumfänglich werthaltig, liefe auf eine durch die Grundintention des EEffG – die gesamtstaatliche Erreichung von Effizienzsteigerungen – nicht gedeckte, völlig unsachliche Ungleichbehandlung hinaus.

Aber auch generell erweist sich das strikte Festhalten am 14. Februar des Folgejahres als letztmöglichen Zeitpunkt einer (Erst-) Übertragung von Maßnahmen als unsachlich. Immerhin bewirkt es lediglich, dass die Bereitschaft von selbst nicht verpflichteten Unternehmen zum Jahresende hin Maßnahmen zu setzen, deren zeitgerechte Übertragung sie nicht sicherstellen können, abnehmen wird und konterkariert damit den Zweck des Gesetzes selbst.

Zu bedenken ist weiters, dass die Bedrohung von Energieeffizienzmaßnahmen mit dem gänzlichen Wertverfall zum 14. Februar (sofern keine Übertragung an einen Energielieferanten gelingt) zu einem durch den Gesetzeszweck nicht gedeckten **wettbewerbsverzerrendes Verhandlungsungleichgewicht** führen würde. Effizienzmaßnahmen würden **gegen Fristende – weil mit gänzlichem Wertverlust bedroht – erst recht spekulativen Preisentwicklungen ausgesetzt**. Der Gesetzeszweck würde damit konterkariert; dem Preisverfall kurz vor Fristende wären gerade jene Unternehmen, welche die Energieeffizienzmaßnahme gesetzt haben, ohne jedwede rechtliche Alternative schutzlos ausgesetzt sähen. Damit hätte der Gesetz- und Verordnungsgeber ein völlig **wettbewerbsverzerrendes Verhandlungsungleichgewicht** geschaffen, was sich aus verfassungsrechtlichen

Gründen verbietet: Der VfGH leitet nämlich aus dem Gleichheitssatz einen **Grundsatz der Wettbewerbsneutralität** ab (grundlegend VfSlg 10.043/1984), der zur Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen, die den Wettbewerb verzerren, das Vorliegen von Gründen verlangt, die schwerer wiegen als der Nachteil, den die belasteten (bzw nicht begünstigten) Personen ihren Mitbewerbern gegenüber erleiden (vgl dazu näher *Pöschl*, Gleichheit vor dem Gesetz [2008] 607). Gegenständlich ist die Wettbewerbsverzerrung, die mit einem Festhalten an der Auslegungsvariante 1 verbunden wäre, offenkundig darin gelegen, dass nicht-verpflichtete Unternehmen in der Verwertung von selbst gesetzten Energieeffizienzmaßnahmen beschränkt sind, während Energielieferanten (insbesondere durch „Banking“) weitergehende Verwertungsmöglichkeiten haben. Der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität verlangt nun – über die bekannten Maßstäbe des Sachlichkeitsgebotes hinaus – eine besondere Rechtfertigung der wettbewerbsverzerrenden Maßnahmen. Eine solche ist jedoch gegenständlich nicht ersichtlich.

2.4 Zum Bestimmtheitsgebot für eingriffsnahe Gesetze

In Anbetracht der besonderen Eingriffsintensität (Eingriffsnähe) des EEffG in verfassungsrechtliche geschützte Rechtsgüter sind – im Anschluss an die einschlägige Judikatur des VfGH (grundlegend *Berka*, Die Grundrechte [1999] 149 Rz 256; VfSlg 5240/1966; 10.737/1985) – gesteigerte Bestimmtheitserfordernisse iSd Art 18 B-VG an die gesetzliche Regelung zu stellen.

Vor diesem Hintergrund wäre – unter Zugrundelegung der Variante 1 – **nicht erklärlich, warum gerade der eingriffsintensivste Aspekt** der (nach dieser Auffassung beabsichtigten) Regelung – nämlich die Unzulässigkeit jedweder Übertragung (auch der Erstübertragung) nach dem 14. Februar und der damit verbundenen Totalverlust des Werts von Effizienzmaßnahmen – **weder in Gesetz noch Verordnung ausdrücklich geregelt wäre**, sondern (wenn überhaupt) nur implizit erschließbar.

Auch diese rechtsstaatlichen Überlegungen sprechen für Variante 2.

3. **Ergebnis**

Wortlaut, Systematik und Gesetzeszweck des § 27 Abs 4 Z 2 EEffG sprechen dafür, dass nur "*Weiterübertragungen*" mit der Frist bis 14. Februar des Folgejahres limitiert sind, Erstübertragungen von "*nicht verpflichteten Unternehmen*" auf Energielieferanten

aber auch noch später stattfinden können. Die zwischenzeitig erlassene Energieeffizienz-Richtlinienverordnung deckt dieses Verständnis, weil sie Übertragungen iSd Privatautonomie weitgehend der Parteienvereinbarung unterstellt.

Unter dem Aspekt des vom Gesetzgeber beabsichtigten Schutzes vor "*kommerziellem Handel*" ist es gerechtfertigt (aber auch ausreichend), dass nach dem 14. Februar nur mehr eine **Erstübertragung** ("*Beschaffung*") zulässig ist, aber keine "**Weiterübertragung**" mehr; gleiches gilt für anteilige Erstübertragungen.

Insbesondere vor dem Hintergrund der verfassungsgesetzlich geschützten Privatautonomie (Art 5 StGG; Art 1 1. ZP MRK; Art 16 GRC) und der aus dem Gleichheitssatz resultierenden Wettbewerbsneutralität erweist sich die Beschränkung von Weiterübertragungen als ausreichend, um das öffentliche Interesse zu wahren. Eine darüberhinausgehende, dem Gesetzgeber – über den Wortlaut des § 27 Abs 4 Z 2 EEffG hinaus - implizit unterstellte Anordnung, dass jedwede später Erstübertragung unzulässig wäre und nach dem 14. Februar ein Totalverlust des Werts der Effizienzmaßnahme eintreten würde, würde demgegenüber zu einem überschießenden Eingriff in die Privatautonomie und einer gleichheitswidrigen Wettbewerbsverzerrung führen. Ein solcher wäre auch insoweit verfassungsrechtlich bedenklich, als gerade der eingriffsintensivste Aspekt der Regelung den gesteigerten Bestimmtheitserfordernissen des Art 18 B-VG nicht entspricht.

Die einschlägigen Bestimmungen des EEffG sind daher auch in verfassungskonformer Interpretation dahingehend auszulegen, dass **Unternehmen iSd § 9 EEffG auch nach dem 14. Februar des Folgejahres Energieeffizienzmaßnahmen auf Energielieferanten übertragen können.**

Wien, 14.12.2015