

# Memorandum

ENTWURF

An: Österreichs Energie

Von: bpv Hügel RAe OG – RA Priv.-Doz. DDr. Christian F. Schneider

Datum: 23. Dezember 2015

Betreff: „Banking“ von Maßnahmen durch Unternehmen iSd § 9 EEffG

F:\daten\Akten\Oesterreichs Energie\OEE-EEF.P\m1122015 Banking01.docx

## 1. Fragestellung

1. In einem Merkblatt der WKÖ zum EEffG wird die Auffassung vertreten, dass Energieeffizienzmaßnahmen, die nicht von verpflichteten Lieferanten iSd § 10 EEffG, sondern von Dritten gesetzt werden, nicht mit 14.2. des Folgejahres verfallen würden. Dies würde zur Folge haben, dass solche Dritte einmal gesetzte Effizienzmaßnahmen zeitlich unbefristet „bankten“ und dann an Lieferanten iSd § 10 EEffG übertragen können, wenn dies auf Grund der Marktverhältnisse günstig erscheint.
2. Begründet wird der Standpunkt der WKÖ mit § 27 Abs 4 Z 2 EEffG, wonach die dreimalige Weiterübertragung von in einem Kalenderjahr gesetzten Maßnahmen bloß bis zum 14.2. des Folgejahres zulässig ist. Da das Gesetz auf die Weiterübertragung abstellt, wäre zwischen der Erstübertragung und späteren Weiterübertragungen zu unterscheiden; nur letztere wären bloß bis zum 14.2. des Folgejahres zulässig.
3. Dem Vernehmen nach stützt sich die WKÖ bei ihren Aussagen im Merkblatt auf ein bislang unveröffentlichtes Rechtsgutachten, welches diesen Standpunkt überdies auch grundrechtlich (vermutlich mit der Eigentumsgarantie und dem Gleichheitssatz) zu begründen versucht.
4. Wir sind ersucht worden, zu prüfen, ob der vorbeschriebene Standpunkt der WKÖ im Recht begründet ist.

## 2. Rechtliche Beurteilung

### 2.1 Falsche rechtliche Prämissen

5. Der Rechtsstandpunkt der WKÖ, wonach zwischen der zeitlich unbefristeten Erstübertragung und den nur bis 14.2. des Folgejahres zulässigen Weiterübertragungen zu unterscheiden ist, stützt sich auf § 27 Abs 4 Z 2 EEffG, der auszugsweise wie folgt lautet:

*„die dreimalige Weiterübertragung von in einem Kalenderjahr gesetzten Maßnahmen ist bis 14. Februar des Folgejahres zulässig;...“*

6. Bei oberflächlicher Betrachtung scheint tatsächlich zuzutreffen, dass der Begriff der Weiterübertragung dabei dahingehend zu verstehen ist, dass von einer Weiterübertragung die Erstübertragung

zu unterscheiden ist. Dafür können scheinbar die Erläut zum Begutachtungsentwurf<sup>1</sup> bzw jene zur RV<sup>2</sup> zu § 27 Abs 4 Z 2 EEffG ins Treffen geführt werden, die vor dem Hintergrund dessen zu sehen sind, dass in § 27 Abs 4 Z 2 EEffG damals bloß die einmalige Weiterübertragung vorgesehen war.

7. § 27 Abs 4 Z 2 EEffG idF des Begutachtungsentwurfs lautete nämlich wie folgt:

*„Die einmalige Weiterübertragung von in einem Kalenderjahr gesetzten Maßnahmen auf gemäß § 10 und § 11 verpflichtete Dritte ist bis Ende Jänner des Folgejahres zulässig;...“*

8. Und § 27 Abs 4 Z 2 EEffG idF der RV lautete wie folgt:

*„die einmalige Weiterübertragung von in einem Kalenderjahr gesetzten Maßnahmen ist bis Ende Jänner des Folgejahres zulässig;...“*

9. Die Erläut zum Begutachtungsentwurf<sup>3</sup> führten dazu folgendes aus:

*„Die Übertragung einer Maßnahme ist lediglich zweimal möglich. Hinter dieser Regelung steht die Überlegung, dass eine mehrmalige Übertragung zu Unübersichtlichkeit führen könnte, die Doppelanrechnungen begünstigen würde oder in einen nicht gewünschten kommerziellen Handel mit Effizienzmaßnahmen münden würde, der die wirtschaftliche Planbarkeit von Effizienzmaßnahmen durch verpflichtete Unternehmen konterkariert. Gegen eine lediglich einmalige Übertragung spricht jedoch wiederum, dass die Beauftragung von Energyservice-Unternehmen mit der Beschaffung von Effizienzmaßnahmen nicht verhindert werden soll: wenn diesem Energyservice-Unternehmen von demjenigen Dritten, der eine Maßnahme setzt, die Maßnahme übertragen wird, muss es dem Energyservice-Unternehmen erlaubt sein, diese wiederum weiter zu übertragen, da es ja lediglich Mittelsmann bzw. Dienstleister ist und von einer Maßnahmenzurechnung selbst nicht profitiert. Aus diesem Grund wurde eine zweimalige Übertragungsmöglichkeit im Gesetz festgeschrieben.“*

10. Nahezu wortgleich sind auch die Erläut zur RV.<sup>4</sup> Diese unterscheiden sich von jenen zum Begutachtungsentwurf bloß darin, dass der letzte Satz der zitierten Passage wie folgt lautet:

*„Aus diesem Grund wurde eine zweimalige Übertragungsmöglichkeit (was der im Gesetz festgeschriebenen „einmaligen Weiterübertragung“ entspricht) im Gesetz festgeschrieben.“*

11. Eine nähere Analyse zeigt jedoch, dass die These, wonach § 27 Abs 4 Z 2 EEffG zwischen der Erstübertragung und späteren Weiterübertragungen unterscheidet, auf tönernen Füßen steht. Denn schon das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst („BKA-VD“) hat im Zuge der Begutachtung darauf hingewiesen, dass in diesem Punkt zwischen dem Gesetzeswortlaut und den Materialien eine Diskrepanz besteht, weil der Begriff „Weiterübertragung“ nicht so verstanden werden könne, dass er nicht auch die erstmalige Übertragung miteinschließt.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> 40/ME.

<sup>2</sup> 182 BlgNR 25.GP.

<sup>3</sup> 40/ME, 24.

<sup>4</sup> 182 BlgNR 25.GP, 25 f.

<sup>5</sup> 10/SN-40/ME 25.GP, abrufbar unter [https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/ME/ME\\_00040/index.shtml](https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/ME/ME_00040/index.shtml).

„Entgegen den Ausführungen in den Erläuterungen erlaubt der Gesetzestext nur eine einmalige und nicht – wie in den Erläuterungen dargestellt – eine zweimalige Übertragung von Energieeffizienzmaßnahmen. Die Erläuterungen sind dahingehend anzupassen.“

12. Hinter der Stellungnahme des BKA-VD steht die Überlegung, dass nach allgemein anerkannten Interpretationsmethoden die Materialien zu einem Gesetz für dessen Interpretation nur dann maßgebend sind, wenn sie im äußersten Wortlaut Deckung finden.<sup>6</sup> Wie das BKA-VD dargelegt hat, trifft dies im vorliegenden jedoch nicht zu: Der Begriff „Weiterübertragung“ ist somit, wie das BKA-VD erkannt hat, nicht im Sinne einer Folgeübertragung nach der Erstübertragung zu verstehen, sondern stellt vielmehr jede Übertragung, auch die erstmalige, eine Weiterübertragung dar.
13. Die Auffassung, dass jede Übertragung, auch die erstmalige, eine Weiterübertragung darstellt, wird im Übrigen auch von jenen Lehrmeinungen, die sich zu § 27 Abs 4 Z 2 EEffG bislang geäußert haben, durchgängig geteilt: So weist *B. Raschauer* darauf hin, dass Energieeffizienzmaßnahmen von jedermann gesetzt und „an jeden beliebigen Dritten weiterübertragen“ werden können,<sup>7</sup> und *Kerschner/Wagner* sprechen von „dreimaliger Übertragbarkeit“.<sup>8</sup>
14. Als Zwischenergebnis ist somit festzuhalten: Im Hinblick auf den klaren Gesetzeswortlaut bedeutet der Umstand, dass in § 27 Abs 4 Z 2 EEffG von der Möglichkeit der „dreimaligen Weiterübertragung“ die Rede ist, nicht, dass Effizienzmaßnahmen insgesamt viermal übertragen werden können, weil zwischen der Erstübertragung und Weiterübertragungen zu unterscheiden wäre. Ganz im Gegenteil erfasst der Begriff „Weiterübertragung“ jede Übertragung, auch die Erstübertragung. Die Rechtsauffassung im WKÖ-Merkblatt, wonach zwischen der zeitlich unbefristeten Erstübertragung und der bis zu dreimaligen Weiterübertragung, die mit 14.2. des Folgejahres befristet ist, zu unterscheiden wäre, geht insofern von verfehlten rechtlichen Prämissen aus.
15. Da somit auch die Erstübertragung eine „Weiterübertragung“ iSd § 27 Abs 4 Z 2 EEffG darstellt, ist schon aus diesem Grund auch die Erstübertragung nur bis 14.2. des Folgejahres zulässig.

## 2.2 Systematische und teleologische Überlegungen

### 2.2.1 Allgemeines

16. Aber selbst dann, wenn man den Überlegungen des BKA-VD sowie der hL, wonach der Begriff „Weiterübertragung“ auch die erstmalige Übertragung miteinschließt, nicht folgen würde, erscheint die Auffassung im WKÖ-Merkblatt, wonach § 27 Abs 4 Z 2 EEffG die Erstübertragung, anders als eine spätere Weiterübertragung, über den 14.2. des Folgejahres hinaus erlauben würde, aus systematischen und teleologischen Gründen verfehlt:
  - Zum ersten, weil diesfalls die Materialien so zu verstehen wären, dass sich an die Erstübertragung und die Weiterübertragung gleiche Rechtsfolgen knüpfen.
  - Zum zweiten, weil die Auffassung im WKÖ-Merkblatt den Zusammenhang von § 27 Abs 4 Z 2 EEffG mit § 10 Abs 3 EEffG ignoriert.
  - Zum dritten, weil sie die Gründe für die Beschränkung der Übertragbarkeit von Effizienzmaßnahmen ignoriert.

<sup>6</sup> Vgl. *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht<sup>11</sup> (2015) Rz 132.

<sup>7</sup> *B. Raschauer*, Was ist eine anrechenbare „Energieeffizienzmaßnahme“? *ecolex* 2014, 1107 (1108).

<sup>8</sup> *Kerschner/Wagner*, Zivilrechtliche Übertragung von Energieeinsparungsmaßnahmen nach dem Energieeffizienzgesetz, *ÖZW* 2015, 50 (53). Vgl. dazu auch *Kerschner/Wagner*, *ÖZW* 2015, 55: „Der qua im Werkvertrag sui generis erzielte Erfolg ist also bis zu dreimal übertragbar.“

- Zum vierten, weil sie ignoriert, dass der Gesetzgeber des EEffG an anderer Stelle die Möglichkeit eines „Banking“ ausdrücklich vorgesehen hat.

17. Dazu im Einzelnen:

### 2.2.2 Gleichsetzung von Erstübertragung und Weiterübertragung in den Materialien

18. Wie ausgeführt, beruht die Auffassung im WKÖ-Merkblatt auf der Überlegung, dass der Begriff „Weiterübertragung“ in § 27 Abs 4 Z 2 EEffG die Erstübertragung nicht erfassen würde, sodass die auf Zeiträume bis 14.2. des Folgejahres geltende Beschränkung der Weiterübertragbarkeit für die Erstübertragung nicht gelten würde.

19. Selbst wenn man unterstellt, aus den Materialien zum EEffG wäre abzuleiten, dass die Erstübertragung nicht als Weiterübertragung zählt, erweist sich diese Rechtsansicht jedoch als unzutreffend. Die ErläutRV zu § 27 Abs 4 Z 2 EEffG, wo noch bloß die einmalige Weiterübertragung vorgesehen war, erläutern dies nämlich wie folgt:

*„Aus diesem Grund wurde eine zweimalige Übertragungsmöglichkeit (was der im Gesetz festgeschriebenen „einmaligen Weiterübertragung“ entspricht) im Gesetz festgeschrieben.“*

20. Daraus ergibt sich, dass nach der RV zum § 27 Abs 4 Z 2 EEffG der dort verwendete Begriff der „einmaligen Weiterübertragung“ mit einer „zweimaligen Übertragungsmöglichkeit“ gleichgesetzt wird; der Begriff „einmalige Weiterübertragung“ soll also im Sinne von „zweimalige Übertragung“ zu verstehen sein. Konsequenterweise folgt daraus weiters, dass die zum Gesetz gewordene Fassung von § 27 Abs 4 Z 2 EEffG, wo von „dreimalige Weiterübertragung“ die Rede ist, bei Zugrundelegung der ErläutRV im Sinne von „viermalige Übertragung“ zu lesen ist.

21. Soll nun aber im Lichte der ErläutRV der Begriff „dreimalige Weiterübertragung“ als „viermalige Übertragung“ zu lesen sein, so hat § 27 Abs 4 Z 2 EEffG den folgenden Inhalt:

*„die viermalige Übertragung von in einem Kalenderjahr gesetzten Maßnahmen ist bis 14. Februar des Folgejahres zulässig;...“*

22. Schon allein die aus den Materialien abzuleitende Auffassung, dass „dreimalige Weiterübertragung“ mit „viermalige Übertragung“ gleichzusetzen ist, zeigt somit, dass der Standpunkt im WKÖ-Merkblatt, wonach die Erstübertragung über den 14.2. des Folgejahres hinaus möglich wäre, unzutreffend ist.

### 2.2.3 Zusammenhang zwischen § 27 Abs 4 Z 2 und § 10 Abs 3 EEffG

23. Bei der Auslegung von § 27 Abs 4 Z 2 EEffG, wonach die bis zu dreimalige Weiterübertragung von Effizienzmaßnahmen bis zum 14.2. des Folgejahres zulässig ist, darf zudem nicht außer Acht gelassen werden, dass das Datum „14.2. des Folgejahres“ im EEffG auch an anderer Stelle vorgesehen ist, nämlich in § 10 Abs 3. Dieser bestimmt, dass die von Lieferanten nachgewiesenen Maßnahmen zu dokumentieren und für jedes Jahr bis zum 14.2. des Folgejahres der nationalen Energieeffizienz-Monitoringstelle zu melden sind. Konkret lautet der 1. Satz des § 10 Abs 3 EEffG dabei wie folgt:

„Die Maßnahmen gemäß Abs. 1 und 2 sind von den Energielieferanten zu dokumentieren und für jedes Jahr bis zum 14. Februar des Folgejahres der nationalen Energieeffizienz-Monitoringstelle zu melden.“

24. Dass § 10 Abs 3 und § 27 Abs 4 Z 2 EEffG im unmittelbaren Zusammenhang stehen, ist bei näherer Betrachtung des Gesetzwerdungsprozesses des EEffG unübersehbar. Denn zwischen beiden Bestimmungen bestand hinsichtlich des dort jeweils normierten Stichtages immer schon ein Gleichklang. Sowohl im Begutachtungsentwurf als auch in der RV zum EEffG war nämlich sowohl in § 10 Abs 3 als auch in § 27 Abs 4 Z 2 EEffG als relevanter Stichtag nicht der 14.2., sondern der 31.1. des Folgejahres vorgesehen; erst im Zuge der parlamentarischen Beratungen wurde in beiden Fällen parallel der Stichtag 31.1. auf den 14.2. geändert.
25. Daraus folgt somit als Zwischenergebnis, dass die Ratio des Stichtages „14.2. des Folgejahres“ in § 27 Abs 4 Z 2 EEffG durch die Regelung des § 10 Abs 3 EEffG mitbestimmt wird.
26. Von wesentlicher Bedeutung ist nun, welche Maßnahmen Lieferanten nach § 10 Abs 3 EEffG bis 14.2. des Folgejahres der Monitoringstelle zu melden haben. Näheren Aufschluss darüber gibt dabei der 1. Satz des § 10 Abs 1 EEffG, auf den in § 10 Abs 3 EEffG verwiesen wird. Dort heißt es (Unterstreichungen nur hier):
- „Energielieferanten, die Endenergieverbraucher in Österreich im Vorjahr entgeltlich beliefert haben und nicht mittels Branchenverpflichtung gemäß § 11 zur Durchführung von Energieeffizienzmaßnahmen verpflichtet sind, haben für die Jahre 2015 bis 2020 in jedem Kalenderjahr individuell die Durchführung von Endenergieeffizienzmaßnahmen bei sich selbst, ihren eigenen Endkunden oder anderen Endenergieverbrauchern im Umfang der in Abs. 2 festgelegten Zielwerte nachzuweisen.“*
27. Aus einer Zusammenschau von § 10 Abs 1 und § 10 Abs 3 EEffG folgt somit, dass auch von anderen Endenergieverbrauchern in einem bestimmten Jahr gesetzte Maßnahmen von den Lieferanten bis zum 14.2. des Folgejahres entsprechend § 10 Abs 3 EEffG der Monitoringstelle zu melden sind.
28. Bestätigt wird dies auch durch die Erläut zu § 10 EEffG, die dazu folgendes ausführen:
- „Maßnahmen können entweder vom Lieferanten selbst gesetzt oder nachgewiesen werden oder von Dritten übertragen werden.“*
29. Daraus folgt, dass gemäß § 10 Abs 1 iVm § 10 Abs 3 EEffG auch von Dritten gesetzte und den Lieferanten übertragene Maßnahmen bis zum 14.2. des Folgejahres der Monitoringstelle gemeldet werden müssen. Auch dies schließt somit aus, dass von Dritten in einem Jahr gesetzte Maßnahmen über den 14.2. des Folgejahres hinaus „gebankt“ und daher Lieferanten iSd § 10 EEffG zu einem späteren Zeitpunkt für Zwecke der Verwertung übertragen werden können.
30. Dem entspricht auch die hL. So führt *B. Raschauer* zu § 27 Abs 4 Z 2 EEffG aus, dass auch von Dritten gesetzte Energieeffizienzmaßnahmen bis spätestens 14.2. des Folgejahres beim Lieferanten landen müssen, widrigenfalls sie dieser nicht mehr nutzen kann (Unterstreichungen nur hier):<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> *B. Raschauer*, *ecolex* 2014, 1108.

„Daraus ergibt sich, dass Energieeffizienzmaßnahmen von jedermann gesetzt werden können, bei "sich selbst", also im eigenen Haushalt oder Unternehmen, aber auch bei beliebigen Dritten. Da das Gesetz den Energieeffizienzmaßnahmen einen (privatautonom zu bestimmenden) Marktwert zuweist, kann ihr wirtschaftlicher Wert - bildhaft gesprochen: mittels Indossament auf der Originalrechnung - an jeden beliebigen Dritten weiterübertragen werden. Auf diese Weise kann sich ein Markt von Energieeffizienzeffekten und das Berufsbild eines Energieeffizienzmaßnahmenhändlers bilden. Die Maßnahmen entfalten ihren ökonomischen Sinn nur dann, wenn sie derart zeitgerecht im Portfolio eines Energielieferanten landen, dass dieser sie bis zum 14. 2. des Folgejahrs im eigenen Namen geltend zu machen vermag.“

31. Als weiteres Ergebnis ist somit festzuhalten, dass § 27 Abs 4 Z 2 EEffG auch infolge des Zusammenhangs der Bestimmungen mit § 10 Abs 3 EEffG so zu verstehen ist, dass jegliche Übertragung von durch Dritte gesetzten Effizienzmaßnahmen auf einen Lieferanten bis zum 14.2. des Folgejahres stattfinden muss, widrigenfalls die Maßnahme durch den Lieferanten nicht nutzbar ist.

#### 2.2.4 Beweggründe für die Beschränkung der Übertragbarkeit von Effizienzmaßnahmen

32. Selbst unter der Annahme, dass § 27 Abs 4 Z 2 EEffG zusätzlich zur dreimaligen Weiterübertragung auch eine weitere Erstübertragung ermöglichen würde, sprechen jedoch auch die Beweggründe für die Beschränkung der Übertragungsmöglichkeit nach § 27 Abs 4 Z 2 EEffG dagegen, dass die Erstübertragung durch Dritte unabhängig vom Stichtag 14.2. des Folgejahres zeitlich unbefristet möglich wäre.
33. Laut den in Rz 9 des vorliegenden Memorandums zitierten Erläut zur RV des EEffG war Grund für die Beschränkung der Übertragungsmöglichkeit von Energieeffizienzmaßnahmen, dass deren mehrmalige Übertragung zu Unübersichtlichkeit führen könnte, die Doppelanrechnungen begünstigen würde oder in einen nicht gewünschten kommerziellen Handel mit Effizienzmaßnahmen münden würde, der die wirtschaftliche Planbarkeit von Effizienzmaßnahmen durch verpflichtete Unternehmen konterkariert.
34. In der Lehre wird davon ausgegangen, dass diese Bestimmungsgründe für die Beschränkung der Übertragbarkeit für Effizienzmaßnahmen ungeachtet dessen, dass § 27 Abs 4 Z 2 EEffG nun entgegen der RV die dreimalige Weiterübertragung gestattet, weiterhin maßgebend sind.<sup>10</sup> Für diesen Standpunkt spricht auch, dass, wie *Kerschner/Wagner* ausführlich dargelegt haben, nach der EnergieeffizienzRL 2012/27/EU ein Handel mit Energiesparzertifikaten nicht intendiert ist;<sup>11</sup> auch eine RL-konforme Interpretation von § 27 Abs 4 Z 2 EEffG gebietet somit eine Auslegung der Bestimmung dahingehend, dass die dort festgelegte Übertragungsmöglichkeit nicht auf einen kommerziellen Handel mit Energiesparzertifikaten hinausläuft.
35. Genau die in den Materialien zu § 27 Abs 4 Z 2 EEffG angesprochenen Ziele der Beschränkung der Übertragbarkeit von Effizienzmaßnahmen – Hintanhaltung einer Unübersichtlichkeit, einer Begünstigung von Doppelanrechnungen, eines kommerziellen Handel mit Effizienzmaßnahmen und Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Planbarkeit von Effizienzmaßnahmen für verpflichtete Unternehmen – würden aber konterkariert, wenn § 27 Abs 4 Z 2 EEffG, wie im WKÖ-Merkblatt angenommen, ein Banking durch von den Lieferanten verpflichtete Dritte ermöglichen würde: Auf diese Weise würde Dritten nämlich die Möglichkeit eingeräumt, einmal gesetzte Effizienzmaßnahmen zeitlich unbefristet zu „horten“ und dann auf den Markt zu werfen, wenn ein möglichst hoher Preis

<sup>10</sup> Vgl dazu *Kerschner/Wagner*, ÖZW 2015, 53.

<sup>11</sup> Vgl dazu *Kerschner/Wagner*, ÖZW 2015, 51.

erzielbar ist. Dass dies eine gerade nicht beabsichtigte Kommerzialisierung darstellen würde, welche die wirtschaftliche Planbarkeit von Effizienzmaßnahmen durch verpflichtete Lieferanten beeinträchtigt, liegt klar auf der Hand. Auch stünde die Möglichkeit einer zeitlich unbefristeten Hortung im Widerspruch zum Gesetzesziel, Unübersichtlichkeiten, welche Doppelanrechnungen begünstigen, zu vermeiden, weil insoweit für getroffene Maßnahmen ein längere Beobachtungszeitraum bestünde als wenn diese mit 14.2. des Folgejahres verfallen.

36. Als weiteres Zwischenergebnis ist somit festzuhalten, dass die Auffassung im WKÖ-Merkblatt, Verpflichtete wären bei der erstmaligen Übertragung von Effizienzmaßnahmen nicht an den Endtermin 14.2. des Folgejahres gebunden, auch im Widerspruch zu den in den Erläut zu § 27 Abs 4 Z 2 EEffG angeführten Zielen der Beschränkung der Übertragbarkeit steht.

#### 2.2.5 Möglichkeit des Banking an anderer Stelle im EEffG ausdrücklich vorgesehen

37. Schließlich spricht gegen die Auffassung im WKÖ-Merkblatt, dass von Dritten, die keine verpflichteten Lieferanten iSd § 10 EEffG sind, gesetzte Maßnahmen nicht entsprechend § 27 Abs 4 Z 2 EEffG mit 14.2. des Folgejahres verfallen, auch der Umstand, dass das EEffG die Möglichkeit eines „Banking“ in einem anderen Zusammenhang ausdrücklich vorsieht. Nämlich in § 27 Abs 4 Z 4 EEffG zugunsten eines verpflichteten Lieferanten, wenn dieser seine Effizienzverpflichtungen übererfüllt hat. § 27 Abs 4 Z 4 EEffG lautet dabei wie folgt:

*„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;“*

38. Auch dies bestätigt, dass der Gesetzgeber mit der Regelung des § 27 Abs 4 Z 2 EEffG für Dritte, die keine verpflichteten Lieferanten iSd § 10 EEffG sind, eben nicht die Möglichkeit eines „Banking“ beabsichtigt hat. Hätte der Gesetzgeber tatsächlich ein „Banking“ für Dritte beabsichtigt, so hätte er dies entweder, wie in § 27 Abs 4 Z 4 EEffG für Lieferanten, ausdrücklich vorgesehen, oder zumindest in den Materialien entsprechend zum Ausdruck gebracht. Weder das eine noch das andere ist jedoch erfolgt.

#### 2.2.6 Zwischenzusammenfassung

39. Selbst unter der Annahme, dass die Erstübertragung von Einsparungsmaßnahmen nicht als Weiterübertragung zu qualifizieren ist, erscheint die Auffassung im WKÖ-Merkblatt, wonach § 27 Abs 4 Z 2 EEffG die Erstübertragung, anders als eine spätere Weiterübertragung, über den 14.2. des Folgejahres hinaus erlauben würde, aus systematischen und teleologischen Gründen verfehlt: Diesfalls sind nämlich aus den Materialien so zu verstehen, dass sich an die Erstübertragung und die Weiterübertragung gleiche Rechtsfolgen knüpfen. Außerdem steht § 27 Abs 4 Z 2 EEffG im systematischen Zusammenhang mit § 10 Abs 3 EEffG, demzufolge Lieferanten Effizienzmaßnahmen eines bestimmten Jahres, auch wenn sie entsprechend § 10 Abs 1 EEffG von einem Dritten gesetzt wurden, bis zum 14.2. des Folgejahres der Monitoringstelle zu melden sind. Darüberhinaus stehen auch die in den Materialien offen gelegten Gründe für die Beschränkung der Übertragbarkeit von Effizienzmaßnahmen, nämlich die Verhinderung eines nicht gewünschten kommerziellen Handels mit Effizienzmaßnahmen sowie die Gewährleistung der wirtschaftlichen Planbarkeit von Effizienzmaßnahmen durch verpflichtete Unternehmen, einem „Banking“ solcher Maßnahmen durch Dritte entgegen. Dazu kommt schließlich, dass der Gesetzgeber, hätte er ein „Banking“ von Maßnahmen durch Dritte vorgesehen, hierfür eine ausdrückliche Regelung getroffen

hätte, zumal er in § 27 Abs 4 Z 4 EEEffG die Möglichkeit eines „Banking“ für verpflichtete Lieferanten unter gewissen Voraussetzungen ausdrücklich vorgesehen hat.

## 2.3 Grundrechtliche Überlegungen

### 2.3.1 Allgemeines

40. Im Folgenden soll zudem erörtert werden, ob die im WKÖ-Merkblatt vertretene Auslegung infolge einer verfassungskonformen Interpretation<sup>12</sup> geboten ist, weil andernfalls ein verfassungswidriger Grundrechtseingriff vorliegt. Dabei ist in erster Linie an den Gleichheitssatz sowie die Eigentums-garantie zu denken, sodass die Prüfung auf diese beiden Grundrechte beschränkt werden soll.

### 2.3.2 Gleichheitssatz

41. Der durch Art 7 B-VG und Art 2 StGG garantierte Gleichheitssatz verbietet einerseits unsachliche, dh nicht durch tatsächliche Unterschiede begründete Differenzierungen.<sup>13</sup> Zum anderen wird der Gleichheitssatz von der jüngeren Rsp des VfGH als allgemeines Sachlichkeitsgebot verstanden;<sup>14</sup> der VfGH prüft in diesem Zusammenhang, ob Beschränkungen von Rechtspositionen auf einem vernünftigen Grund beruhen und sachlich gerechtfertigt, dh verhältnismäßig sind.<sup>15</sup>
42. Vor diesem Hintergrund könnte der Ausschluss eines sog „Banking“ durch Dritte, die nicht der Lieferantenverpflichtung unterliegen, deshalb gleichheitswidrig sein, weil solche Dritte insofern schlechter gestellt werden als Lieferanten, denen § 27 Abs 4 Z 4 EEEffG gestattet, Maßnahmen, die über ihre jährliche Mindestverpflichtung hinausgehen, in Folgejahre zu übertragen.
43. Zu untersuchen ist daher, ob die Unterscheidung zwischen Lieferanten und Dritten hinsichtlich der Möglichkeit, Einsparungsmaßnahmen in Folgejahre zu übertragen, auf einem sachlichen Grund beruht.
44. Dies ist schon allein deshalb zu bejahen, weil Lieferanten und Dritte im System des EEEffG eine völlig unterschiedliche Stellung haben: Nur Lieferanten sind gemäß § 10 EEEffG zum Nachweis von Energieeffizienzmaßnahmen verpflichtet und insoweit Hauptverpflichtete des Gesetzes. Dritten, die keine Lieferanten, wird hingegen bloß die Möglichkeit eröffnet, Effizienzmaßnahmen freiwillig zu ergreifen und an Lieferanten zu übertragen.
45. Dazu kommt, dass die Beschränkung der Möglichkeit eines „Banking“ auf Lieferanten den Zielen des Gesetzes entspricht: Wie schon in Rz 35 des vorliegenden Memorandums ausgeführt, verfolgt das EEEffG im Zusammenhang mit der Anrechenbarkeit und Übertragbarkeit von Maßnahmen Dritter ausweislich der Materialien gerade auch das Ziel, einen kommerziellen Handel mit Effizienzmaßnahmen hintanzuhalten und die wirtschaftliche Planbarkeit von Effizienzmaßnahmen für verpflichtete Unternehmen zu gewährleisten; genau diese Ziele würden aber konterkariert, wenn von den verpflichteten Lieferanten verschiedene Dritte die Möglichkeit hätten, von ihnen gesetzte Effizienzmaßnahmen zu „bankern“.

<sup>12</sup> Zum Gebot der verfassungskonformen Interpretation siehe nur *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht<sup>10</sup> (2014) Rz 36 ff.

<sup>13</sup> ZB VfSlg 2088, 3754, 4140, 4392, 10.492, 13.743, 14.960. Siehe auch *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht Rz 1357 ff; vgl ferner *Berka*, Die Grundrechte – Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich (1999) Rz 910.

<sup>14</sup> ZB VfSlg 7720, 8215, 8934. Vgl dazu auch unter vielen *Holoubek*, Die Sachlichkeitsprüfung des allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes, ÖZW 1991, 72 ff; *Berka*, Grundrechte Rz 881.

<sup>15</sup> Vgl *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht Rz 765. Ähnlich auch *Mayer/Muzak*, B-VG<sup>5</sup> (2015) 617 ff; *Pöschl*, § 192 Gleichheitsrechte, in: *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*<sup>2</sup> (Hrsg), Handbuch der Grundrechte. Grundrechte in Österreich (2014) Rz 36. Umfassend dazu *Pöschl*, Gleichheit vor dem Gesetz (2008) 260 ff.

46. Dazu kommt, dass, wie bereits in Rz 34 des vorliegenden Memorandums dargelegt, auch die dem EEffG zugrunde liegende EnergieeffizienzRL 2012/27/EU einen Handel mit Effizienzmaßnahmen gerade nicht intendiert.
47. Festzuhalten ist somit, dass der Gleichheitssatz keine verfassungskonforme Auslegung des § 27 Abs 4 Z 2 EEffG dahingehend gebietet, dass Dritte, die keine Lieferanten sind, die Möglichkeit haben, Effizienzmaßnahmen unbefristet zu „banken“.
48. Ganz im Gegenteil ist es so, dass die im WKÖ-Merkblatt vertretene Auslegung, die Erstübertragung von Effizienzmaßnahmen wäre, anders als Weiterübertragungen, nicht bloß bis zum 14.2. des Folgejahres, sondern zeitlich unbefristet möglich, neue gleichheitsrechtliche Probleme heraufbeschwören würde. Insofern würden nämlich Intermediäre zwischen dem Setzer einer Effizienzmaßnahme und der Lieferanten schlechter gestellt als der Setzer der Effizienzmaßnahme selbst. Wie in Rz 9 des vorliegenden Memorandums dargelegt wurde, soll aber gerade die mehrfache Übertragbarkeit von Effizienzmaßnahmen die Tätigkeit solcher Mittelsmänner ermöglichen; zudem sind solche Mittelsmänner, da sie ebensowenig Adressat der Pflicht zur Setzung von Effizienzmaßnahmen sind, eher Dritten, die solche Maßnahmen gesetzt haben, gleichzuhalten als den Lieferanten. Die Auslegung von § 27 Abs 4 Z 2 EEffG im WKÖ-Merkblatt, wonach die Erstübertragung, anders als Weiterübertragungen, über den 14.2. des Folgejahres hinaus zulässig wäre, erweist sich daher vielmehr selbst als gleichheitswidrig.

### 2.3.3 Eigentumsgarantie

49. Die Eigentumsgarantie iSd Art 5 StGG und Art 1 1. ZPMRK schützt vor Eingriffen in das Eigentum, wobei unter Eigentum jedes vermögenswerte Privatrecht zu verstehen ist.<sup>16</sup> Speziell nach Art 1. 1. ZPMRK sind zudem auch öffentlich-rechtliche Ansprüche mit Vermögensbezug geschützt, insb wenn sie auf Eigenleistungen des Berechtigten beruhen.<sup>17</sup>
50. Dass es sich bei Energieeffizienzmaßnahmen um Eigentum im vorbeschriebenen Sinne handelt, liegt klar auf der Hand, weil Energieeffizienzmaßnahmen im Hinblick auf ihre grundsätzliche Übertragbarkeit einen wirtschaftlichen Wert verkörpern.<sup>18</sup> Nach der Rsp des VfGH sind nämlich auch konkrete vermögenswerte Interessen von der Eigentumsgarantie erfasst.<sup>19</sup> Zudem kann die durch § 27 Abs 4 Z 2 EEffG normierte Beschränkung der Übertragung von Effizienzmaßnahmen auf Zeiträume bis 14.2. des Folgejahres als Beschränkung der Privatautonomie qualifiziert werden; auch letztere ist nach stRsp des VfGH<sup>20</sup> durch die Eigentumsgarantie geschützt.
51. Die verfassungsrechtliche Eigentumsgarantie schützt einerseits vor Enteignungen und andererseits vor Eigentumsbeschränkungen, wobei für erstere wesentlich ist, dass das Rechtsgut von einem Rechtsträger zur Deckung des Sachbedarfes des Staates entzogen wird.<sup>21</sup> Genau ein derartiger Entzug eines Rechtsgutes liegt aber nicht vor, wenn § 27 Abs 4 Z 2 EEffG die Möglichkeit, dass ein Dritter Effizienzmaßnahmen auf einen Lieferanten überträgt, mit 14.2. des Folgejahres limitiert: Es mag zwar zutreffen, dass Effizienzmaßnahmen, die nicht bis zum 14.2. des Folgejahres

<sup>16</sup> Mayer/Muzak, B-VG 629.

<sup>17</sup> Vgl dazu Mayer/Muzak, B-VG 631 f.

<sup>18</sup> Vgl dazu auch die Stellungnahme des BKA-VD zum Begutachtungsentwurf, 10/SN-40/ME 25.GP, Seite 21; abrufbar unter [http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/SNME/SNME\\_01247/imfname\\_352710.pdf](http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/SNME/SNME_01247/imfname_352710.pdf).

<sup>19</sup> Mayer/Muzak, B-VG 629.

<sup>20</sup> StRsp seit VfSlg 12.227.

<sup>21</sup> VfGH 3.7.2015, G 239/2014 ua.

den Weg zu einem Lieferanten finden, dadurch wirtschaftlich wertlos werden; ein Entzug der Maßnahme zur Deckung des Sachbedarfes des Staates liegt aber dennoch nicht vor, sodass § 27 Abs 4 Z 2 EEffG bloß als Eigentumsbeschränkung zu qualifizieren ist.

52. Der Unterschied zwischen Enteignung und Eigentumsbeschränkung ist deshalb von Bedeutung, weil für die Zulässigkeit beider Formen von Eigentumseingriffen nach der Rsp unterschiedliche Voraussetzungen gelten: Demnach sind Enteignungen nur zur Befriedigung eines konkreten Bedarfs, der im öffentlichen Interesse liegt, zulässig; zudem muss das Objekt geeignet sein, diesen Bedarf zu decken und muss eine Deckung des Bedarfes anders als durch Enteignung unmöglich sein.<sup>22</sup> Dagegen ist für eine Eigentumsbeschränkung wie im vorliegenden Fall bloß gefordert, dass sie im Allgemeininteresse gelegen und nicht unverhältnismäßig sind;<sup>23</sup> der Gesetzgeber hat hier also einen größeren rechtspolitischen Gestaltungsspielraum als bei Enteignungen.
53. Im vorliegenden Fall ist also zu prüfen, ob § 27 Abs 4 Z 2 EEffG, wenn er ein „Banking“ von Effizienzmaßnahmen Dritter, die keine Lieferanten sind, ausschließt, im Allgemeininteresse gelegen und verhältnismäßig ist. Dies ist aus denselben Gründen, wie sie schon zum Gleichheitssatz ausgeführt wurden, zu bejahen: Die mit der Beschränkung der Anrechenbarkeit und Übertragbarkeit von Effizienzmaßnahmen verfolgten Ziele, nämlich einen kommerziellen Handel mit Effizienzmaßnahmen hintanzuhalten und die wirtschaftliche Planbarkeit von Effizienzmaßnahmen für verpflichtete Unternehmen zu gewährleisten, sind zweifellos im Allgemeininteresse gelegen, zumal auch die dem EEffG zugrunde liegende RL 2012/27/EU einen Handel mit Effizienzmaßnahmen gerade nicht intendiert.
54. Nur auf den ersten Blick könnte dagegen ins Treffen geführt werden, dass Dritten ein unverhältnismäßiges wirtschaftliches Risiko überwältigt wird, wenn sie ihre Effizienzmaßnahmen, für welche sie Aufwendungen getätigt haben, bis 14.2. des Folgejahres an Lieferanten übertragen müssen, widrigenfalls die Maßnahmen wertlos werden. Gegen diesen Standpunkt spricht jedoch zum einen, dass solche Dritte von den getroffenen Effizienzmaßnahmen ja auch selbst profitieren, weil mit Effizienzmaßnahmen zwangsläufig Energieeinsparungen verbunden sind. Zum anderen ist darauf hinzuweisen, dass die Tragung eines wirtschaftlichen Risikos zwangsläufige Folge dessen ist, dass das EEffG, indem es die Übertragung von Effizienzmaßnahmen ermöglicht, bis zu einem gewissen Grad auch einen Markt für solche Maßnahmen entstehen lässt.<sup>24</sup> Nun hat aber der VfGH vor dem Hintergrund der Erwerbsfreiheit ausgesprochen, dass diese, wie sie verfassungsgesetzlich verbürgt ist, grundsätzlich einen freien Wettbewerb und damit einen Konkurrenzkampf zur Folge hat.<sup>25</sup> Dass es nicht jedem Dritten gelingt, die von ihm gesetzten Effizienzmaßnahmen bis zum 14.2. des Folgejahres zu jenen Konditionen an einen verpflichteten Lieferanten zu übertragen, welche er sich vorstellt, ist somit geradezu typische Folge dessen, dass das EEffG einen Markt für Effizienzmaßnahmen eröffnet.
55. Festzuhalten ist somit, dass auch die Eigentumsgarantie nicht die Auslegung des § 27 Abs 4 Z 2 EEffG dahingehend gebietet, dass Dritte Effizienzmaßnahmen zeitlich unbefristet „bankten“ können.

#### 2.3.4 Zwischenzusammenfassung

<sup>22</sup> VfSlg 3666, 9763, 10.236, 15.044.

<sup>23</sup> StRsp seit VfSlg 9911; vgl dazu nur *Mayer/Muzak*, B-VG 633.

<sup>24</sup> Zu diesem Markt vgl nur *B. Raschauer*, *ecolex* 2014, 1108.

<sup>25</sup> VfSlg 11.483.

56. Eine Auslegung von § 27 Abs 4 Z 2 EEffG dahingehend, dass Dritte Effizienzmaßnahmen zeitlich unbefristet „banken“ können, ist auch nicht infolge einer verfassungskonformen Interpretation geboten; die Beschränkung der Übertragung von Maßnahmen Dritter auf Zeiträume bis zum 14.2. des Folgejahres steht vielmehr sowohl mit dem Gleichheitssatz als auch mit der Eigentumsgarantie im Einklang:
57. Eine Gleichheitswidrigkeit infolgedessen, dass § 27 Abs 4 Z 4 EEffG Lieferanten unter gewissen Voraussetzungen ein „Banking“ erlaubt, liegt deshalb nicht vor, weil Dritte im System des EEffG eine gänzlich andere Stellung haben als Lieferanten, da nur letztere durch das Gesetz unmittelbar zum Nachweis von Einsparungsmaßnahmen verpflichtet werden; außerdem entspricht die diesbezügliche Unterscheidung gerade auch dem Ziel des EEffG, einen kommerziellen Handel mit Effizienzmaßnahmen hintanzuhalten und die wirtschaftliche Planbarkeit von Effizienzmaßnahmen für verpflichtete Unternehmen zu gewährleisten. Ganz im Gegenteil würde die Auslegung im WKÖ-Merkblatt, wonach die Erstübertragung von Effizienzmaßnahmen zeitlich unbefristet zulässig ist, die Weiterübertragung dagegen nur bis zum 14.2. des Folgejahres, eine unsachliche Differenzierung zwischen Dritten und Intermediären darstellen.
58. Im Ausschluss der Möglichkeit, dass Dritte Effizienzmaßnahmen „banken“, liegt zwar eine Eigentumsbeschränkung, doch ist diese angesichts des Ziels des EEffG, einen kommerziellen Handel mit Effizienzmaßnahmen hintanzuhalten und die wirtschaftliche Planbarkeit von Effizienzmaßnahmen für verpflichtete Unternehmen zu gewährleisten, im öffentlichen Interesse gelegen und auch verhältnismäßig. Insb wird Dritten dadurch, dass ihre Effizienzmaßnahmen eines Jahres bis 14.2. des Folgejahres einem Lieferanten kein unverhältnismäßiges wirtschaftliches Risiko überwälzt, weil sie von den gesetzten Einsparungsmaßnahmen ja auch selbst profitieren und dieses Risiko zwangsläufige Folge dessen ist, dass das EEffG bis zu einem gewissen Grad auch einen Markt für solche Maßnahmen entstehen lässt.

### **3. Zusammenfassung**

59. Die wichtigsten Ergebnisse unseres Memorandums dürfen wir wie folgt zusammenfassen:
- Die Auffassung, iZm § 27 Abs 4 Z 2 EEffG wäre zwischen der zeitlich unbefristeten Erstübertragung von Effizienzmaßnahmen und der nur bis 14.2. des Folgejahres zulässigen Weiterübertragung zu unterscheiden, geht von falschen Prämissen aus: Wie das BKA-VD und die hL erkannt haben, stellt nämlich im Hinblick auf den klaren Gesetzeswortlaut, der insoweit den gegenteiligen Materialien vorgeht, auch jede Erstübertragung eine „Weiterübertragung“ iSd § 27 Abs 4 Z 2 EEffG, die nur bis 14.2. des Folgejahres zulässig ist, dar.
  - Selbst wenn man diese Auffassung nicht teilen sollte, gebietet aber eine teleologisch-systematische Interpretation von § 27 Abs 4 Z 2 EEffG, insb im Hinblick auf die Materialien und den systematischen Zusammenhang der Regelung mit § 10 Abs 3 EEffG, eine Auslegung dahingehend, dass Dritte Effizienzmaßnahmen bis zum 14.2. des Folgejahres an Lieferanten übertragen müssen.
  - Eine Auslegung von § 27 Abs 4 Z 2 EEffG dahingehend, dass Dritte in einem Jahr gesetzte Effizienzmaßnahmen über den 14.2. des Folgejahres hinaus „banken“ können, ist auch nicht infolge einer verfassungskonformen Interpretation geboten, weil der Ausschluss einer solchen „Banking“-Möglichkeit sowohl mit dem Gleichheitssatz als auch der Eigentumsgarantie im Einklang steht.