

**Gericht**

Verwaltungsgerichtshof

**Entscheidungsdatum**

14.09.2017

**Geschäftszahl**

Ro 2016/15/0041

**Beachte****Vorabentscheidungsverfahren:**

- \* EU-Register: EU 2017/0005 vom 14. September 2017
- \* EuGH-Zahl: C-585/17
- \* Ausgesetzte Beschwerde gemäß §38 AVG iVm §62 VwGG:

Ra 2016/15/0054 B 18. Oktober 2018

**Miterledigung (miterledigt bzw zur gemeinsamen Entscheidung verbunden):**

Ro 2017/15/0019

**Betreff**

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Zorn und die Hofrätin Dr. Büsser sowie die Hofräte MMag. Maislinger, Mag. Novak und Dr. Sutter als Richter, unter Mitwirkung der Schriftführerin Mag. Engenhardt, 1. über die Revision des Finanzamts Linz in 4020 Linz, Bahnhofplatz 7, gegen das Erkenntnis des Bundesfinanzgerichts vom 3. August 2016, Zl. RV/5100360/2013, betreffend Energieabgabenvergütung für 2011, und 2. über die Revision des Finanzamts Kirchdorf Perg Steyr in 4400 Steyr, Handel-Mazzetti-Promenade 14, gegen das Erkenntnis des Bundesfinanzgerichts vom 13. Februar 2017, RV/5100859/2016, betreffend Energieabgabenvergütung für 2014 (mitbeteiligte Partei jeweils: D GmbH in W, vertreten durch die Prodinger & Partner Wirtschaftstreuhand-Steuerberatungs GmbH & Co KG in 5700 Zell am See, Professor-Ferry-Porsche-Straße 28), den **Beschluss** gefasst:

**Spruch**

Dem Gerichtshof der Europäischen Union werden gemäß Art. 267 AEUV folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Ist eine Änderung einer genehmigten Beihilferegelung, mit der ein Mitgliedstaat auf die weitere Nutzung der Beihilfegenehmigung für eine bestimmte (trennbare) Gruppe von Beihilfeempfängern verzichtet und damit das Beihilfevolumen für eine bestehende Beihilfe lediglich reduziert, in einem Fall wie dem vorliegenden eine nach Art. 108 Abs. 3 AEUV (grundsätzlich) anmeldepflichtige Umgestaltung einer Beihilferegelung?

2. Kann das Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 AEUV im Falle eines Formfehlers im Rahmen der Anwendung der Verordnung (EG) Nr. 800/2008 der Kommission vom 6. August 2008 (allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung) zur Unanwendbarkeit einer Einschränkung einer genehmigten Beihilfenregelung führen, sodass der Mitgliedstaat im Ergebnis durch das Durchführungsverbot zur Zahlung einer Beihilfe an bestimmte Beihilfeempfänger verpflichtet wird ("Durchführungsgebot")?

3a. Erfüllt eine Regelung über die Vergütung von Energieabgaben wie die hier vorliegende, bei welcher der Vergütungsbetrag der Energieabgaben im Gesetz eindeutig durch eine Berechnungsformel festgelegt ist, die Voraussetzungen der Verordnung (EU) Nr. 651/2014 der Kommission vom 17. Juni 2014 zur Feststellung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Binnenmarkt in Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union?

3b. Bewirkt Art. 58 Abs. 1 der Verordnung (EU) Nr. 651/2014 für den Zeitraum ab Jänner 2011 die Freistellung dieser Regelung über die Vergütung von Energieabgaben?

## Begründung

1 A. Sachverhalt und bisheriges Verfahren

2 1. Mit Eingabe vom 29. Dezember 2011 beantragte die Mitbeteiligte (die ein Hotel führt) die Vergütung von Energieabgaben für das Jahr 2011.

3 Mit Bescheid vom 21. Februar 2012 wies das Finanzamt diesen Antrag ab. Begründend wurde ausgeführt, mit Budgetbegleitgesetz 2011, BGBl. I Nr. 111/2010, sei in den §§ 2 und 3 Energieabgabenvergütungsgesetz (EAVG) eine Einschränkung vorgesehen worden, nach der für Antragszeiträume nach dem 31. Dezember 2010 eine Energieabgabenvergütung nur für Betriebe zulässig sei, deren Schwerpunkt nachweislich in der Herstellung körperlicher Wirtschaftsgüter bestehe. Für "Dienstleistungsbetriebe" sei die Energieabgabenvergütung für Zeiträume nach dem 31. Dezember 2010 somit ausgeschlossen.

4 Die Mitbeteiligte erhob gegen diesen Bescheid Berufung. 5 Mit Bescheid vom 23. März 2012 wies der unabhängige

Finanzsenat die Berufung als unbegründet ab.

6 Die Mitbeteiligte erhob gegen diesen Bescheid zunächst Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof, der die Behandlung der Beschwerde mit Beschluss vom 23. November 2012, B 494/12, unter Verweis auf sein Erkenntnis vom 4. Oktober 2012, B 321/12, abgelehnt und sie dem Verwaltungsgerichtshof zur Entscheidung abgetreten hat.

7 Mit Erkenntnis vom 19. März 2013, 2013/15/0053, hob der Verwaltungsgerichtshof den Bescheid des unabhängigen Finanzsenates vom 23. März 2012 auf. Unter Verweis auf die Erkenntnisse vom 22. August 2012, 2012/17/0175, und vom 30. Jänner 2013, 2012/17/0469, führte der Verwaltungsgerichtshof aus, die Mitbeteiligte sei durch die Versagung der Energieabgabenvergütung für den Zeitraum Februar bis Dezember 2011 nicht in ihren Rechten verletzt. Der unabhängige Finanzsenat habe die Rechtslage aber insofern verkannt, als dieser für den Monat Jänner 2011 das Bestehen eines Anspruches auf Energieabgabenvergütung versagt hat.

8 Das an die Stelle des unabhängigen Finanzsenates getretene Bundesfinanzgericht legte mit Beschluss vom 31. Oktober 2014 dem Gerichtshof der Europäischen Union gemäß Art. 267 AEUV Fragen zur Vorabentscheidung vor.

9 Mit Urteil vom 21. Juli 2016, *Dilly's Wellnesshotel GmbH*, C-493/14, erkannte der Gerichtshof der Europäischen Union zu Recht, Art. 3 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 800/2008 sei dahin auszulegen, dass das Fehlen eines ausdrücklichen Verweises auf diese Verordnung unter Angabe des Titels sowie eines ausdrücklichen Verweises auf die Fundstelle im Amtsblatt der Europäischen Union in einer Beihilferegelung wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden der Annahme entgegenstehe, dass diese Regelung gemäß Art. 25 Abs. 1 dieser Verordnung die Voraussetzungen für eine Freistellung von der in Art. 108 Abs. 3 AEUV vorgesehenen Anmeldepflicht erfülle.

10 Mit dem angefochtenen Erkenntnis vom 3. August 2016 gab das Bundesfinanzgericht der nunmehr als Beschwerde zu behandelnden Berufung Folge und setzte die Energieabgabenvergütung für 2011 antragsgemäß fest.

11 Begründend führte das Bundesfinanzgericht im Wesentlichen aus, die Regelung der §§ 2, 3 und 4 Abs. 7 EAVG in der Fassung des Budgetbegleitgesetzes 2011 stelle auf ein Anmeldeverfahren ab; ein Bezug auf ein Verfahren nach der Verordnung (EG) Nr. 800/2008 (AGVO 2008) sei erst nachträglich angedacht worden. Das Gesetz enthalte keinen Hinweis auf die AGVO 2008 und erfülle auch nicht dessen essentielle Voraussetzungen. Der Wortlaut des Gesetzes ("genehmigt", "nicht genehmigt") verweise auf das Anmeldeverfahren. Eine derartige "Genehmigung" der EU-Kommission liege aber nicht vor; die für Dienstleistungsbetriebe geltende Einschränkung sei daher mangels Genehmigung nicht in Kraft getreten. Wäre hingegen § 4 Abs. 7 EAVG nicht auf ein Anmeldeverfahren bezogen, ergäbe sich ebenfalls kein Inkrafttreten der Neuregelung für 2011. Es lägen zwingende Voraussetzungen für eine Freistellung nicht vor, sodass eine Freistellung von der Anmeldepflicht nicht erfolgt sei. Es sei daher die Energieabgabenvergütung der Mitbeteiligten für das ganze Jahr 2011 - nicht nur für den Monat Jänner - zuzuerkennen.

12 Gegen dieses Erkenntnis wendet sich die Revision des Finanzamts Linz.

13 2. Mit weiterer Eingabe vom 25. Juli 2014 beantragte die Mitbeteiligte die Vergütung von Energieabgaben für den Zeitraum Februar 2013 bis Jänner 2014.

14 Mit Bescheid vom 9. Jänner 2015 wies das Finanzamt diesen Antrag ab. Begründend wurde ausgeführt, bei einem Hotelbetrieb handle es sich um ein Unternehmen, dessen Schwerpunkt nicht in der Herstellung körperlicher Wirtschaftsgüter liege, sondern um einen Dienstleistungsbetrieb. Ab 1. Februar 2011 sei die Vergütung von Energieabgaben nur für jene Unternehmen möglich, deren Schwerpunkt die Herstellung körperlicher Wirtschaftsgüter sei.

15 Mit dem angefochtenen Erkenntnis vom 13. Februar 2017 gab das Bundesfinanzgericht der dagegen erhobenen Beschwerde Folge und setzte die Energieabgabenvergütung antragsgemäß fest. Das Bundesfinanzgericht verwies dazu im Wesentlichen auf seine Entscheidung vom 3. August 2016.

16 Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die Revision des Finanzamts Kirchdorf Perg Steyr.

17 B. Maßgebende Bestimmungen des nationalen Rechts und deren bisherige Auslegung

18 § 1 Abs. 1 Energieabgabenvergütungsgesetz (EAVG) lautet:

"(1) Die entrichteten Energieabgaben auf die in Abs. 3 genannten Energieträger sind für ein Kalenderjahr (Wirtschaftsjahr) auf Antrag insoweit zu vergüten, als sie (insgesamt) 0,5 % des Unterschiedsbetrages zwischen

1. Umsätzen im Sinne des § 1 Abs. 1 Z 1 und 2 des Umsatzsteuergesetzes 1994 und
2. Umsätzen im Sinne des § 1 Abs. 1 Z 1 und 2 des Umsatzsteuergesetzes 1994, die an das Unternehmen erbracht werden,  
übersteigen (Nettoproduktionswert)."

19 Diese Bestimmung wird durch § 2 Abs. 2 EAVG ergänzt, welche lautet:

"(2) 1. Über Antrag des Vergütungsberechtigten wird je Kalenderjahr (Wirtschaftsjahr) der Betrag vergütet, der den in § 1 genannten Anteil am Nettoproduktionswert übersteigt. Der Antrag hat die im Betrieb verbrauchte Menge an den in § 1 Abs. 3 genannten Energieträgern und die in § 1 genannten Beträge zu enthalten. Er ist spätestens bis zum Ablauf von fünf Jahren ab Vorliegen der Voraussetzungen für die Vergütung zu stellen. Der Antrag gilt als Steuererklärung. Der Antrag ist mit Bescheid zu erledigen und hat den Vergütungsbetrag in einer Summe auszuweisen.

2. Bei der Berechnung des Vergütungsbetrages gilt entweder die Grenze von 0,5 % des Nettoproduktionswertes oder die folgenden Selbstbehalte, wobei der niedrigere Betrag gutgeschrieben wird:

- für elektrische Energie 0,0005 EUR/kWh
- für Erdgas der Unterposition 2711 21 00 der Kombinierten Nomenklatur 0,00598 EUR/Normkubikmeter
- für Kohle der Positionen 2701, 2702, 2704, 2713 und 2714 der Kombinierten Nomenklatur 0,15 EUR/Gigajoule
- für Heizöl Extraleicht (gekennzeichnetes Gasöl Unterpositionen 2710 19 41, 2710 19 45, 2710 19 49 der Kombinierten Nomenklatur) 21 EUR/1000 Liter
- für Heizöl leicht, mittel, schwer (Unterpositionen 2710 19 61, 2710 19 63, 2710 19 65, 2710 19 69 der Kombinierten Nomenklatur) 15 EUR/1000 kg
- für Flüssiggas (Unterpositionen 2711 12, 2711 13, 2711 14, 2711 19 der Kombinierten Nomenklatur) 7,5 EUR/1000 kg.

Der Vergütungsbetrag wird abzüglich eines allgemeinen Selbstbehaltes von 400 EUR gutgeschrieben. (...)"

20 § 2 Abs. 1 EAVG in der Fassung BGBl. I Nr. 92/2004 lautet:

"(1) Ein Anspruch auf Vergütung besteht für alle Betriebe, soweit sie nicht die in § 1 Abs. 3 genannten Energieträger liefern oder Wärme (Dampf oder Warmwasser) liefern, die aus den in § 1 Abs. 3 genannten Energieträgern erzeugt wurde."

21 Mit dem Budgetbegleitgesetz 2011, BGBl. I Nr. 111/2010, wurde § 2 Abs. 1 EAVG wie folgt geändert:

"(1) Ein Anspruch auf Vergütung besteht nur für Betriebe, deren Schwerpunkt nachweislich in der Herstellung körperlicher Wirtschaftsgüter besteht und soweit sie nicht die in § 1 Abs. 3 genannten Energieträger oder Wärme (Dampf oder Warmwasser), die aus den in § 1 Abs. 3 genannten Energieträgern erzeugt wurde, liefern."

22 Weiters wurde dem § 4 EAVG folgender Absatz 7 angefügt:

"(7) Die §§ 2 und 3, jeweils in der Fassung des Budgetbegleitgesetzes 2011, BGBl. I Nr. 111/2010, sind vorbehaltlich der Genehmigung durch die Europäische Kommission auf Vergütungsanträge anzuwenden, die sich auf einen Zeitraum nach dem 31. Dezember 2010 beziehen."

23 In den Erläuterungen zur Regierungsvorlage (981 BgNR 24. GP 10 und 141) wurde hiezu ausgeführt:

"Die Energieabgabenvergütung war ursprünglich auf Produktionsbetriebe eingeschränkt. Der Europäische Gerichtshof hat in seinem Urteil *Adria-Wien-Pipeline* betont, dass die Erweiterung der Anspruchsberechtigten auf alle Unternehmer dazu führen würde, dass die österreichische Energieabgabenvergütung eine allgemeine steuerliche Maßnahme und somit keine - genehmigungspflichtige - staatliche Beihilfe ist. In der Folge wurde die Zahl der Anspruchsberechtigten um die Dienstleistungsbetriebe erweitert. Nunmehr soll die Zahl der Anspruchsberechtigten wieder - nach Genehmigung durch die Europäische Kommission - auf Produktionsbetriebe zurückgeführt werden.

(...)

An Stelle der Verwendung der Energie für betriebliche Zwecke wird nunmehr die Verwendung für den Produktionsprozess eines Betriebes, dessen Schwerpunkt in der Herstellung körperlicher Wirtschaftsgüter besteht, verlangt, sodass alle Betriebe, deren Schwerpunkt in der Erbringung von Dienstleistungen besteht, keinen Anspruch auf Energieabgabenvergütung haben.

Voraussetzung für die Anwendung der geänderten Bestimmungen ist die Zustimmung der Europäischen Kommission. Die Änderung tritt für die Verwendung der Energie nach dem 31. Dezember 2010 in Kraft. Anträge von Dienstleistungsbetrieben für Zeiträume nach dem 31. Dezember 2010 sind daher nicht mehr zulässig. Wird die Änderung des Energieabgabenvergütungsgesetzes von der Europäischen Kommission als erlaubte staatliche Beihilfe genehmigt, dann ist die gesetzlich vorgesehene Einschränkung auf Produktionsbetriebe mit 1. Jänner 2011 anzuwenden, sodass ab diesem Zeitpunkt Dienstleistungsbetriebe für die Verwendung von Energie keinen Anspruch auf Energieabgabenvergütung haben. Sollte die Änderung von der Europäischen Kommission nicht genehmigt werden, so bleibt die bisherige Rechtslage unverändert und es haben sowohl Produktionsbetriebe als auch Dienstleistungsbetriebe Anspruch auf eine Energieabgabenvergütung."

24 In den Energieabgaben-Richtlinien 2011 vom 15. April 2011, bei denen es sich um einen Auslegungsbehelf u.a. zur Energieabgabenvergütung handelt, führte das Bundesministerium für Finanzen aus, ab 1. Jänner 2011 stehe nur mehr Produktionsbetrieben eine Energieabgabenvergütung zu.

25 In einem Schreiben vom 17. Juni 2011 teilte die Europäische Kommission einem Beschwerdeführer (und in der Folge der Ständigen Vertretung Österreichs bei der EU) ihre "vorläufige Einschätzung" der gegenständlichen Maßnahme Österreichs (BGBl. I Nr. 111/2010) mit. Darin heißt es, die Kommission prüfe in der Regel, ob eine staatliche Beihilfe mit den EU-Beihilfenvorschriften vereinbar ist. Demgegenüber nehme die Kommission normalerweise nicht Stellung dazu, ob sie es für angemessen halte, den Kreis der Unternehmen zu vergrößern oder zu verkleinern oder die begünstigten Sektoren einer speziellen Maßnahme zu ändern. Im Hinblick auf eine potenzielle Diskriminierung bringe die Kommission aber zum Ausdruck, dass der Dienstleistungssektor nicht in direktem Wettbewerb mit dem produzierenden Gewerbe stehe und dass staatliche Beihilfen, die nur einem der beiden Sektoren gewährt werden, ihre Wettbewerbsstellung nicht verändern. Es könne nicht behauptet werden, dass die betreffende Maßnahme den Wettbewerb zu Lasten des Dienstleistungssektors verzerre. Es könne nur Österreich entscheiden, welche Sektoren die Energieabgabenvergütung in Anspruch nehmen könnten.

26 Die Interpretation der nationalen Norm des § 4 Abs. 7 EAVG fällt ausschließlich in die Zuständigkeit der nationalen Instanzen. Nachdem im Wege der Interpretation der Inhalt der nationalen Regelung festgestellt ist, muss in der Folge als nächster Schritt geprüft werden, ob ihrer Anwendung das unionsrechtliche Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 AEUV entgegensteht.

27 Mit Erkenntnis vom 22. August 2012, 2012/17/0175, VwSlg. 8740/F, hat der Verwaltungsgerichtshof im Hinblick auf § 4 Abs. 7 EAVG entschieden, dass die Neuregelung durch § 2 Abs. 1 EAVG nur dann zur Anwendung kommen solle, wenn eine Genehmigung der Europäischen Kommission (in welcher Form immer) vorliege. Die Neuregelung des § 2 EAVG solle nur dann gelten, wenn ein "positiver Entscheid" der Europäischen Kommission vorliege. In Ermangelung eines solchen sollte die bisherige Regelung - also eine Energieabgabenvergütung auch für Dienstleistungsbetriebe - fortbestehen. Für den Monat Jänner 2011 liege die vom Gesetzgeber für das Inkrafttreten vorausgesetzte Genehmigung jedenfalls nicht vor.

28 Der Verfassungsgerichtshof führte in seinem Erkenntnis vom 4. Oktober 2012, B 321/12, u.a. aus, wenn nach § 2 Abs. 1 EAVG in der Fassung des Budgetbegleitgesetzes 2011 eine Vergütung nur Betrieben gewährt werde, deren Schwerpunkt nachweislich in der Herstellung körperlicher Wirtschaftsgüter liege, so handle es sich unionsrechtlich um eine Beihilfe, die jedoch unter Art. 25 AGVO 2008 falle. Die dort genannten Voraussetzungen seien offenbar erfüllt. Es sei nicht denkunmöglich, wenn davon ausgegangen worden sei, dass die in § 4 Abs. 7 EAVG angesprochene unionsrechtliche Voraussetzung erfüllt sei.

29 Mit Erkenntnis vom 30. Jänner 2013, 2012/17/0469, sprach der Verwaltungsgerichtshof schließlich aus, die nationale Norm des § 4 Abs. 7 EAVG sei dahingehend zu interpretieren, dass unter dem Tatbestandsmerkmal "Genehmigung" dieser nationalen Norm auch die "Veröffentlichung einer Beihilfenregelung" durch die Kommission zu verstehen sei. Die Neuregelung gelange entsprechend der in dieser Veröffentlichung angeführten Laufzeit für Zeiträume ab Februar 2011 zur Anwendung.

30 Das Bundesministerium für Finanzen korrigierte mit Wartungserlass vom 29. August 2013 die Aussagen in den Energieabgaben-Richtlinien 2011 dahin, dass die mit dem Budgetbegleitgesetz 2011 geänderte Rechtslage ab 1. Februar 2011 anzuwenden sei.

31 Mit Wartungserlass vom 13. Juni 2017 ergänzte das Bundesministerium für Finanzen die Energieabgaben-Richtlinien 2011 in Bezug auf die verbindliche Einhaltung der AGVO 2014 unter anderem dahin, dass für die Energieabgabenvergütung auch folgende Regeln einzuhalten sind:

"a) Einem Unternehmen, das einer Rückforderungsanordnung

auf Grund eines früheren Beschlusses der Europäischen Kommission zur Feststellung der Unzulässigkeit einer Beihilfe und ihrer Unvereinbarkeit mit dem Binnenmarkt nicht nachgekommen ist, darf keine neue Beihilfe (Energieabgabenvergütung) gewährt werden (Art. 1 Abs. 4 lit. a AGVO 2014).

b) Es dürfen keine Beihilfen an Unternehmen in

Schwierigkeiten gewährt werden (Art. 1 Abs. 4 lit. c iVm Art. 2 Abs. 18 AGVO 2014)."



32 C. Erläuterungen zu den Vorlagefragen

33 C.1 zur ersten Vorlagefrage

34 Der Verwaltungsgerichtshof geht - entsprechend auch der Stellungnahme der Europäischen Kommission im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens zu C-493/14 - davon aus, dass es sich bei der Energieabgabenvergütung nach dem EAVG in der Fassung des BGBl. I Nr. 92/2004 um eine Beihilfe handelt, die allerdings von der Kommission durch Art. 3 und Rn 72 der Entscheidung vom 9. März 2004, 2005/565/EG, ABl. 2005 L 190/13 (implizit und unbefristet) genehmigt ist.

35 Mit dem Budgetbegleitgesetz 2011 beabsichtigte der Gesetzgeber eine Einschränkung der Beihilferegelung. Anspruch auf Vergütung der Energieabgaben sollten nur mehr Betriebe haben, deren Schwerpunkt nachweislich in der Herstellung körperlicher Wirtschaftsgüter besteht. Dienstleistungsbetriebe - wie im vorliegenden Fall ein Hotel - sollten von der Vergütung ausgeschlossen werden. Diese Änderung sollte also lediglich eine Verkleinerung des Kreises der Beihilfeempfänger bewirken.

36 Mit dem in § 4 Abs. 7 EAVG vorgesehenen bedingten Inkrafttreten dieser Neuregelung wollte der Gesetzgeber offenbar von vornherein sicherstellen, dass die geplante Einschränkung des EAVG nicht die Vorgaben des Europäischen Beihilferechts verletzen und somit die unbefristet erteilte Genehmigung der bisherigen Beihilferegelung als solche gefährden kann. Sollten beihilferechtliche Gründe einer Einschränkung des Kreises der Beihilfeempfänger entgegenstehen bzw. sollte insbesondere eine erforderliche Genehmigung von der Kommission nicht erreichbar sein, sollte die Maßnahme wie bisher in Kraft bleiben.

37 Im Hinblick auf das Urteil des EuGH vom 21. Juli 2016, C- 493/14, *Dilly's Wellnesshotel GmbH*, beabsichtigt der Verwaltungsgerichtshof, bei Interpretation der nationalen Norm des § 4 Abs. 7 EAVG die Rechtsansicht, die "Veröffentlichung einer Beihilferegelung durch die Kommission" erfülle das Tatbestandsmerkmal "Genehmigung" des § 4 Abs. 7 EAVG, nicht aufrechtzuerhalten.

38 Der Verwaltungsgerichtshof geht vorläufig davon aus, dass das Tatbestandsmerkmal "Genehmigung" der nationalen Norm des § 4 Abs. 7 EAVG auch dann erfüllt ist, wenn die Einschränkung einer Beihilfenregelung (bzw. die eingeschränkte Regelung) gar keiner Anmeldung (oder Freistellung von der Anmeldepflicht) bedurft hätte oder wenn das Unterbleiben der Anmeldung (oder Freistellung) der Einschränkung einer genehmigten Beihilfenregelung aus unionsrechtlicher Sicht nicht zu einem Beihilfengebot, also der Verpflichtung zur Gewährung der Beihilfe an den uneingeschränkten Kreis der Beihilfenbezieher führt oder wenn - siehe hiezu unten die Ausführungen zu Frage 3 - die nationale Regelung durch die AGVO 2014 gedeckt ist. Damit ist für die Auslegung der nationalen Norm des § 4 Abs. 7 EAVG durch den Verwaltungsgerichtshof die Klärung der Frage erforderlich, ob unionsrechtlich die Einschränkung der Beihilferegelung (bzw. die eingeschränkte Beihilferegelung) einer Anmeldung oder Freistellung bedurft hätte und welche unionsrechtliche Rechtsfolge das Unterbleiben der Anmeldung oder Freistellung hat (bzw. ob eine Deckung durch die AGVO 2014 gegeben ist).

39 Hiezu ist zu berücksichtigen, dass die Verschärfung der Kriterien für die Anwendung einer genehmigten Beihilferegelung nach Art. 4 Abs. 2 lit. c der Verordnung (EG) Nr. 794/2004 der Kommission vom 21. April 2004 zur Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 659/1999 des Rates über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 93 des EG-Vertrags zwar eine - im vereinfachten Verfahren mitzuteilende - Änderung einer bestehenden Beihilfe ist (vgl. dazu auch die Stellungnahme der Kommission vom 6. Februar 2015 im Verfahren vor dem EuGH in der Rechtssache C- 493/14, Rn 21). Eine Entscheidung der Kommission betreffend die Vereinbarerklärung einer Beihilferegelung mit dem Binnenmarkt ist aber nur eine Erlaubnis an den Mitgliedstaat, diese Beihilfe durchzuführen. Eine Verpflichtung, die Beihilfe in vollem Ausmaß durchzuführen, wird damit nicht begründet (vgl. EuGH vom 20. Mai 2010, *Todaro Nunziatina & C. Snc*, C-138/09, Rn 52 f).

40 Aus diesem Urteil des EuGH könnte sohin abgeleitet werden, dass es dem Mitgliedstaat überlassen bleibt, ob er die Beihilfe im gesamten bewilligten Umfang durchführt, oder ob er den Umfang der Beihilfe reduziert, sei es durch eine verhältnismäßige Reduktion der an alle Beihilfeempfänger zu leistenden Zahlungen, sei es - wie im vorliegenden Fall - durch eine Beschränkung der Zahl der Beihilfeempfänger (Ausschluss der Dienstleistungsbetriebe). Diese Einschränkung könnte demnach auch im Sinne einer erlaubten teilweisen Nichtnutzung einer Genehmigung der Europäischen Kommission verstanden werden, welche keiner weiteren Anmeldung (und keiner wirksamen Freistellung von der Anmeldepflicht) bedürfte. Hiezu könnte auch zu berücksichtigen sein, dass auch die eingeschränkte Regelung der Vergütung von Energieabgaben den Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Umweltschutzbeihilfen (2008/C 82/01, Rn 152 f) zu entsprechen scheint, da die Beihilfeempfänger mindestens die in der Richtlinie 2003/96/EG festgelegten gemeinschaftlichen Mindeststeuerbeträge entrichten.

41 C.2 zur zweiten Vorlagefrage

42 Eng verknüpft mit der ersten Vorlagefrage ergeben sich Zweifel darüber, ob - unter der Annahme einer Anmeldepflicht (Freistellungspflicht) der geänderten Beihilferegelung - der Umstand, dass die Mitteilung nicht alle formalen Voraussetzungen der AGVO 2008 erfüllte, dazu führt, dass die Beihilfe an den gesamten bisherigen Kreis der Beihilfeempfänger weiterhin zu leisten ist. In diesem Falle würde aus einem Durchführungsverbot (im Sinne des Art. 108 Abs. 3 AEUV) ein Durchführungsgebot der bisherigen, genehmigten Beihilferegelung. Wie bereits zur ersten Vorlagefrage ausgeführt, ergibt sich aus einer

Genehmigung einer Beihilferegelung aber keine Verpflichtung des Mitgliedstaats, die Beihilfe durchzuführen, sondern lediglich die Berechtigung hierzu. Ein entsprechendes Durchführungsgebot könnte auch im Widerspruch mit dem allgemeinen Zweck des Art. 107 AEUV stehen, Beihilfen insgesamt zurückzudrängen.

43 C.3 zur dritten Vorlagefrage

44 Nach Art. 58 Abs. 1 der Verordnung (EU) Nr. 651/2014 der Kommission vom 17. Juni 2014 zur Feststellung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Binnenmarkt in Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AGVO 2014) gilt diese Verordnung für vor ihrem Inkrafttreten gewährte Einzelbeihilfen, sofern diese alle Voraussetzungen dieser Verordnung, ausgenommen Art. 9, erfüllen (bzw. - in der Fassung der Verordnung (EU) 2017/1084 der Kommission vom 14. Juni 2017, ABl. L 156/1 - für Einzelbeihilfen, die vor Inkrafttreten der einschlägigen Bestimmungen dieser Verordnung gewährt wurden).

45 Mit Schreiben vom 21. Februar 2017 teilte die Europäische Kommission der Republik Österreich, Bundesministerium für Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft mit, die Energieabgabenrückvergütung, die Österreich aufgrund der Novelle 2010 Betrieben gewährt habe, deren Schwerpunkt in der Herstellung körperlicher Wirtschaftsgüter besteht, könnte von der AGVO 2014 abgedeckt sein. Die Energieabgabenvergütungen könnten als Einzelbeihilfe im Sinne des Art. 58 AGVO 2014 betrachtet werden. Sie seien zwar vor dem Inkrafttreten der AGVO 2014 gewährt worden, "aber soweit sie die üblichen Voraussetzungen der AGVO erfüllen (mit Ausnahme von Artikel 9 der 2014 AGVO), werden sie, im Einklang mit den Übergangsbestimmungen des Artikels 58, von der AGVO abgedeckt und müssen infolgedessen der EU Kommission nicht gemeldet werden."

46 Die Europäische Kommission vertritt somit den Standpunkt, dass Energieabgabenrückvergütungen, die unter Beachtung der Novelle 2010 (Budgetbegleitgesetz 2011) des EAVG an Betriebe, deren Schwerpunkt in der Herstellung körperlicher Wirtschaftsgüter bestehe, gewährt worden seien, als Einzelbeihilfen im Sinne des Art. 58 Abs. 1 AGVO 2014 beurteilt werden könnten.

47 Geht man von dieser Rechtsansicht aus, wäre die Einschränkung des Kreises der begünstigten Betriebe mit dem Budgetbegleitgesetz 2011 auch für Zeiträume ab Jänner 2011 (mit dem Inkrafttreten der AGVO 2014) nicht mehr als Verstoß gegen das Durchführungsverbot zu werten.

48 Eine Freistellung von der Anmeldepflicht auf der Grundlage der AGVO 2014 besteht, wenn eine nationale Beihilfenregelung alle Voraussetzungen dieser Verordnung erfüllt. Die AGVO 2014 enthält nicht mehr jene formalen Anforderungen, wie sie in der AGVO 2008 enthalten waren; zudem normiert Art. 58 Abs. 1 AGVO 2014 für vor Inkrafttreten dieser Verordnung gewährte Beihilfen ausdrücklich eine Ausnahme von Art. 9 dieser Verordnung.

49 Eine nationale Regelung wie die im vorliegenden Fall strittige muss allerdings auch die Erfordernisse des Art. 44 der AGVO 2014 erfüllen. Dabei werden die Erfordernisse der Z 1, 2 und 4 erfüllt sein, allerdings kann das Erfordernis der Z 3 des Art. 44 strittig sein. Demnach muss die nationale Beihilfenregelung auf einer Senkung des anwendbaren Umweltsteuersatzes oder der Zahlung eines festen Ausgleichsbetrags oder einer Kombination solcher Mechanismen basieren.

50 Im gegenständlichen Fall basiert die Steuerermäßigung auf einer konkret im nationalen Recht festgelegten Berechnungsformel. Nach § 1 Abs. 1 EAVG sind die Energieabgaben für ein Kalenderjahr (Wirtschaftsjahr) insoweit zu vergüten, als sie insgesamt 0,5% des "Nettoproduktionswertes" (= Differenz zwischen Ausgangsumsätzen und Eingangsumsätzen) übersteigen. Zudem ist nach § 2 Abs. 2 Z 2 EAVG der Vergütungsbetrag mit Mindeststeuern entsprechend der Richtlinie 2003/96/EG des Rates vom 27. Oktober 2003 beschränkt.

51 Der nationale Gesetzgeber hat somit im EAVG den Betrag der Steuerermäßigung konkret festgelegt. Der Steuerverwaltung kommt kein Ermessensspielraum zu. Der Gesetzgeber bedient sich zur Festlegung des konkreten Betrages einer (einfachen) Berechnungsformel. Es kann zweifelhaft sein, ob die Ermittlung der Steuerermäßigung durch eine im nationalen Gesetz festgelegte konkrete Berechnungsformel dem Erfordernis des Art. 44 Z 3 der AGVO 2014 entspricht, wonach die Berechnung auf einer Senkung des anwendbaren Umweltsteuersatzes oder der Zahlung eines festen Ausgleichsbetrags oder einer Kombination solcher Mechanismen basieren muss. Zugleich stellt sich dabei aber die Frage, ob es eine sachliche Rechtfertigung dafür gäbe, Steuerermäßigungen, deren Betrag durch eine im Gesetz festgelegte Formel bestimmt sind, unionsrechtlich anders zu behandeln als Steuerermäßigungen, deren Betrag durch eine Senkung des anwendbaren Umweltsteuersatzes oder die Zahlung eines festen Ausgleichsbetrags oder einer "Kombination solcher Mechanismen" festgelegt ist.

52 Dem Verwaltungsgerichtshof ist nicht bekannt, dass im Zeitraum ab 2011 ein Unternehmen einer Rückforderungsanordnung auf Grund eines Beschlusses der Europäischen Kommission nicht nachgekommen wäre und dass einem solchen Unternehmen oder einem Unternehmen in Schwierigkeiten Energieabgabenvergütungen gewährt worden sind.

53 Es ist damit nicht erkennbar, dass Einzelbeihilfen im Sinne des Art. 58 Abs. 1 AGVO 2014 entgegen den Bestimmungen des Art. 1 Abs. 4 lit. a oder lit. c AGVO 2014 gewährt worden sind. Darüber hinaus bezieht sich

die Einschränkung betreffend Unternehmen in Schwierigkeiten offenbar nur auf spezielle Beihilfen, die gerade deswegen gewährt werden, weil die Unternehmen in Schwierigkeiten sind (vgl. hierzu Erwägungsgrund 14 der AGVO 2014, der auf Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung von Unternehmen in Schwierigkeiten verweist). Dass Art. 1 Z 4 lit. a oder lit. c AGVO 2014 auch der Gewährung von (allgemeinen) Beihilfen - wie der Energieabgabenvergütung - an Unternehmen in Schwierigkeiten entgegenstehen soll, ist nicht erkennbar.

54 Schließlich verweist der Verwaltungsgerichtshof auch noch darauf, dass die vorliegende Beihilfenregelung (das EAVG) keine konkrete Obergrenze vorsieht (vgl. Art. 5 Z 2 lit. d AGVO 2014). Freilich sieht die AGVO 2014 betreffend Umweltsteuerermäßigungen offenbar auch keinen Schwellenwert (Art. 4 AGVO 2014) vor, sodass der Verwaltungsgerichtshof davon ausgeht, dass die Voraussetzung der Transparenz der Beihilfe erfüllt ist (vgl. hierzu auch den Erwägungsgrund 20 zur AGVO 2008, wonach im Falle von Umweltsteuerermäßigungen - wenn auch nach der AGVO 2008 - keine Einzelanmeldeschwelle gilt, sodass keine Obergrenze vorgesehen werden muss, damit die Maßnahme als transparent angesehen wird; dass insoweit für die AGVO 2014 anderes gelten sollte, ist nicht erkennbar).

55 Die richtige Anwendung des Unionsrechts erscheint im Hinblick auf diese Fragen nicht derart offenkundig, dass für einen vernünftigen Zweifel kein Raum bliebe, sodass gemäß Art. 267 AEUV die eingangs formulierten Fragen mit dem Ersuchen um Vorabentscheidung vorgelegt werden.

Wien, am 14. September 2017

### **European Case Law Identifier**

ECLI:AT:VWGH:2017:RO2016150041.J00