

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin***Ri*** in der Beschwerdesache ***Bf1***, ***Bf1-Adr***, vertreten durch Mag Kurt Caspari Steuerberatungs KG, Hirnreit 173, 5771 Leogang, und Mag. Johann Eder, Eduard-Kyrle-Straße 8, 4780 Schärding, über die Beschwerde vom 12. Mai 2020 gegen die Bescheide des Finanzamtes Wien 3/6/7/11/15 Schwechat Gerasdorf vom 18. Februar 2020 und vom 4. Mai 2020, Steuernummer ***BF1StNr1***, betreffend Energieabgabenvergütung für die Jahre 2016 bis 2019 zu Recht erkannt:

- I. Die Beschwerde wird gemäß § 279 BAO als unbegründet abgewiesen.
- II. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) nicht zulässig.

Entscheidungsgründe

I. Bisheriger Verfahrensgang

Die beschwerdeführende Gesellschaft (Bf) hat mit Eingaben vom 14.8.2019 bzw 22.4.2020 die Vergütung von Energieabgaben für die Jahre 2016 bis 2019 beantragt.

Mit **Bescheid vom 18.2.2020** wies das Finanzamt die Anträge für die Jahre **2016 bis 2018** ab. Begründend verwies das Finanzamt darauf, dass gemäß § 2 Abs. 1 EnAbgVergG idF BBG 2011 ein Anspruch auf Vergütung von Energieabgaben nur für Betriebe bestehe, deren Schwerpunkt nachweislich in der Herstellung körperlicher Wirtschaftsgüter liege. Der Bf als Dienstleistungsbetrieb könne daher keine Vergütung zuerkannt werden. Zum Inkrafttreten der Änderung des EnAbgVergG durch das BBG 2011 bezog sich das Finanzamt auf die Entscheidung VwGH 18.12.2011, Ro 2016/15/0041, wonach die Änderungen mit 1.2.2011 in Kraft getreten sind.

Mit **Bescheid vom 4.5.2020** wies das Finanzamt den Antrag für das **Jahr 2019** mit der gleichen Begründung ab.

Mit **Beschwerde vom 12.5.2020** gegen diese Abweisungsbescheide verzichtete der steuerliche Vertreter auf eine Beschwerdeverentscheidung und beantragte die Vorlage an das Bundesfinanzgericht sowie die Aufhebung der angefochtenen Bescheide bzw in eventu die antragsgemäße Stattgabe.

Der steuerliche Vertreter machte einen Verstoß gegen die verfassungsrechtliche Bestimmung des Art 18 Abs. 1 B-VG geltend. Durch die Bezugnahme auf europarechtliche Vorschriften im Erkenntnis VwGH 18.12.2019, Ro 2016/15/0041, ergebe sich auch eine europarechtliche Problematik.

Die Beschwerde setzt sich in der Folge mit dem Erkenntnis des VwGH 18.12.2011, Ro 2016/15/0041, auf welches sich die angefochtenen Bescheide stützen, ausführlich auseinander. Im Wesentlichen wurde seitens der Bf folgendes vorgebracht:

In § 4 Abs. 7 EnAbgVergG werde eine Genehmigung durch die europäische Kommission gefordert, wobei es sich nur um eine Genehmigung iSd Art 108 AEUV – innerhalb von 20 Arbeitstagen ab Inkrafttreten – handeln könne. Mangels Genehmigung der Änderungen des EnAbgVergG können die Änderungen nicht am 1.1.2011 in Kraft getreten sein. Unter Bezugnahme auf Vorerkenntnisse habe der Verwaltungsgerichtshof den 1.2.2011 als Inkrafttretenstag bestimmt. Der VwGH erkenne in der Veröffentlichung einer Mitteilung des BMF vom 7.2.2011 am 30.9.2011 im Amtsblatt der Europäischen Union die Erfüllung des Genehmigungsvorbehaltes ab 1.2.2011. Im Bundesgesetzblatt sei nur das Datum des Inkrafttretens mit 1.1.2011, nicht jedoch der Inkrafttretenstag 1.2.2011 aufzufinden. Der VwGH ignoriere das Urteil des EuGH in der Rs C-493/14, welches die Veröffentlichung der Mitteilung vom 7.2.2011 jedenfalls nichtig erkläre.

Das BMF habe entgegen der Anordnung in § 4 Abs. 7 EnAbgVergG keine Anmeldung iSd Art 108 AEUV durchgeführt, sondern versucht, das Versäumnis durch eine vorsätzlich falsche Mitteilung iSd Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung (AGVO) 800/2008 zu bereinigen. Diese Mitteilung sei von der Europäischen Kommission nur veröffentlicht, aber nicht genehmigt worden.

Der VwGH meine in Rz 26, dass sich die Genehmigung – die der VwGH in der Veröffentlichung der Mitteilung erblickt – nur auf die mitgeteilte Laufzeit beziehen könne. Damit werde der zeitliche Anwendungsbereich des § 2 Abs. 1 EnAbgVergG idF BBG 2011 bestimmt. Die neue Regelung gelte somit laut VwGH ausschließlich für Vergütungsanträge für Zeiträume zwischen dem 1.2.2011 und dem 31.12.2013. Selbst unter der Annahme eines Inkrafttretenstages 1.2.2011 sei folglich die Neuregelung am 31.12.2013 ausgelaufen, womit allen Dienstleistungsbetrieben ab 1.1.2014 – somit auch der Bf für die Jahre 2016 bis 2019 - wieder die Vergütung der Energieabgaben zustehe.

Laut Gesetzestext samt ErlBzRV hätte die Genehmigung genau am 1.1.2011 vorzuliegen gehabt. Am 1.2.2011 sei keine Genehmigung vorgelegen. Die Veröffentlichung der Mitteilung im Amtsblatt, welche innerstaatlich für die Inkrafttretung keine Publizitätswirkung haben könne, sei am 30.9.2011 erfolgt. Wenn der VwGH diese Veröffentlichung als Erfüllung des Genehmigungsvorbehaltes ansehe, bleibe die Frage, wie diese am 30.9.2011 (angeblich) vorliegende Genehmigung rückwirkend die Gesetzesänderungen des EnAbgVergG im BBG 2011 am 1.2.2011 in Kraft setzen sollte.

Auch unter der Annahme, dass die vom Gesetzgeber geforderte „Genehmigung durch die Europäische Kommission“ mit einer Freistellung iSd AGVO 800/2008 gleichzusetzen wäre, müsste diese rechtswirksam erreicht worden sein. Die Veröffentlichung der Mitteilung vom 7.2.2011 habe der EuGH in der Rs C-493/14 für ungültig erklärt, da die Voraussetzungen der AGVO 800/2008 nicht eingehalten werden. Die Beihilfe sei auch durch AGVO 651/2014 – die erst am 1.7.2014 in Kraft getreten sei – nicht freigestellt worden, da auch deren Voraussetzungen nicht eingehalten werden und keine Veröffentlichung im Amtsblatt der Europäischen Union erfolgt sei.

Aus EuGH C-493/14 iVm C-585/17 ergebe sich ein Durchführungsverbot, welches nur dann nicht greife, wenn die Änderungen des EnAbgVergG idF BBG 2011 nicht in Kraft getreten seien. Die unerlaubte staatliche Beihilfe an die Produktionsunternehmen sei zurückzufordern.

Aus den angeführten Gründen verstoße der Verwaltungsgerichtshof mit seinem Erkenntnis VwGH 18.12.2011, Ro 2016/15/0041, massiv gegen das Verfassungsrecht – Art 18 B-VG. Die angefochtenen Bescheide für 2016 bis 2019 seien mit Rechtswidrigkeit ihres Inhaltes behaftet und daher aufzuheben, da sie die Änderungen des EnAbgVergG idF BBG 2011 als Grundlage herangezogen hätten, die bis heute nicht anwendbar seien.

II. Über die Beschwerde wurde erwogen:

1. Sachverhalt

Die Bf ist unbestritten ein Dienstleistungsbetrieb, dessen Schwerpunkt nicht in der Herstellung körperlicher Wirtschaftsgüter besteht, und hat die Vergütung von Energieabgaben für die Kalenderjahre 2016 bis 2019 beantragt.

2. Beweiswürdigung

Der Sachverhalt ergibt sich aus den Akten des Verwaltungsverfahrens und steht unbestritten fest.

3. Rechtliche Beurteilung

3.1. Zu Spruchpunkt I. (Abweisung)

Streitpunkt des Rechtsmittelverfahrens ist ausschließlich die Rechtsfrage, ob und wann die Änderung des EnAbgVergG durch das BBG 2011, nämlich die Einschränkung des Vergütungsanspruches auf Produktionsbetriebe, wirksam in Kraft getreten ist.

Gemäß § 2 Abs. 1 Energieabgabenvergütungsgesetz (EAVG) 1996 idF BGBl I 111/2010 besteht ein Anspruch 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.

Gemäß § 4 Abs. 7 EnAbgVergG 1996 idF BGBl I 111/2010 sind die §§ 2 und 3, jeweils in der Fassung des Budgetbegleitgesetzes 2011, BGBl. I Nr. 111/2010, vorbehaltlich der Genehmigung durch die Europäische Kommission auf Vergütungsanträge anzuwenden, die sich auf einen Zeitraum nach dem 31. Dezember 2010 beziehen.

Der Verwaltungsgerichtshof stellte dazu fest (VwGH 18.12.2019, Ro 2016/15/0041):

„24 Zunächst ist darauf zu verweisen, dass nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes gegen die Vergütung von Energieabgaben nach dem Energieabgabenvergütungsgesetz in der Fassung BGBl. I Nr. 92/2004 keine Bedenken im Hinblick auf das Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 AEUV bestehen (vgl. VwGH 20.6.2012, 2010/17/0144, mwN; 30.1.2013, 2012/17/0469; vgl. insbesondere die unbefristete Bestätigung durch die Entscheidung der Kommission vom 9. März 2004, 2005/565/EG, ABl. 2005 L 190/13, Art. 3 und Rn. 72; diese Beurteilung blieb - worauf auch der EuGH in seinem Urteil (Rn. 52) verwiesen hat - im Vorabentscheidungsverfahren unbeanstandet).

25 Zum Ausschluss der Dienstleistungsbetriebe von der Energieabgabenvergütung mit dem Budgetbegleitgesetz 2011 hat der Verwaltungsgerichtshof im Erkenntnis vom 22. August 2012, 2012/17/0175, VwSlg. 8740/F, ausgesprochen, dass die Neuregelung durch § 2 Abs. 1 EAVG nur dann zur Anwendung kommen soll, wenn eine Genehmigung der Europäischen Kommission (in welcher Form immer) vorliegt. Die Neuregelung des § 2 EAVG sollte nur dann gelten, wenn ein "positiver Entscheid" der Europäischen Kommission vorliegt; in Ermangelung eines solchen sollte die bisherige Regelung - also eine Energieabgabenvergütung auch für Dienstleistungsbetriebe - fortbestehen. Für den Monat Jänner 2011 liegt jedoch die vom Gesetzgeber für das Inkrafttreten vorausgesetzte Genehmigung jedenfalls nicht vor.

26 Im Erkenntnis vom 30. Jänner 2013, 2012/17/0469, hat der Verwaltungsgerichtshof ausgesprochen:

"Aufgrund des Wortlauts des § 4 Abs. 7 EAVG und der wiedergegebenen Ausführungen in der Regierungsvorlage ist jedenfalls davon auszugehen, dass dem Gesetzgeber die beihilfenrechtliche Problematik dieser Materie bewusst war. Der in § 4 Abs. 7 EAVG

angeführte Vorbehalt ist dahingehend zu verstehen, dass es für das Inkrafttreten des § 2 nur auf das Vorliegen der 'Genehmigung' ankommt. Da die bereits im Juli 2008 erlassene AGVO u. a. Umweltsteuerermäßigungen nach Maßgabe der Richtlinie 2003/96/EG allgemein im Sinne von Art. 107 Abs. 3 AEUV mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärt und von der Anmeldepflicht gemäß Art. 108 Abs. 3 AEUV freistellt (Art. 25 Abs. 1 AGVO), kann es dem Gesetzgeber nicht auf ein förmliches Anmeldeverfahren nach Art. 108 Abs. 3 AEUV angekommen sein. Vielmehr sollten alle im Hinblick auf die Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt erforderlichen Schritte gesetzt werden, sodass die Kommission in die Lage versetzt werde, darauf entsprechend zu reagieren.

Die AGVO sieht ein besonderes Verfahren vor, nach dem Beihilferegungen unter bestimmten Voraussetzungen als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärt und von der Anmeldeverpflichtung nach Art. 108 Abs. 3 AEUV freigestellt werden. Dabei ist in Art. 9 der AGVO vorgesehen, dass der Mitgliedstaat der Kommission *innen 20 Arbeitstagen ab Inkrafttreten einer Beihilferegung* eine Kurzbeschreibung der Beihilfemaßnahme übermittelt. Nach dieser Bestimmung bestätigt die Kommission den Eingang der Kurzmitteilung und veröffentlicht diese im Amtsblatt. Nach Art. 10 AGVO überprüft die Kommission regelmäßig die Beihilfemaßnahmen, von denen sie nach Art. 9 unterrichtet wurde. Die ErmächtigungsVO (Verordnung Nr. 994/98 des Rates vom 7. Mai 1998 über die Anwendung der Artikel 92 und 93 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft auf bestimmte Gruppen horizontaler Beihilfen) sieht in ihrem Art. 3 Abs. 3 auch vor, dass im Falle von Zweifeln der Kommission die Mitgliedstaaten dieser alle Angaben mitteilen, die sie für die Beurteilung der Beihilfe mit der Gruppenfreistellungsverordnung für notwendig erachten.

Daraus ergibt sich aber, dass im Sinne des § 4 Abs. 7 EAVG in der *Veröffentlichung einer Beihilfenregelung durch die Kommission* eine Art der 'Genehmigung durch die Europäische Kommission' erblickt werden kann. (...)

Im Beschwerdefall wurde der Kommission eine Kurzbeschreibung der neuen Regelung der Energieabgabenrückvergütung übermittelt und diese im Amtsblatt der EU C 288/21 vom 30. September 2011 veröffentlicht. Damit ist aber davon auszugehen, dass der Genehmigungsvorbehalt des § 4 Abs. 7 EAVG erfüllt wurde. Da sich diese Genehmigung nur auf die mitgeteilte Laufzeit beziehen kann, wird durch letztere der zeitliche Anwendungsbereich des § 2 Abs. 1 EAVG idF des Budgetbegleitgesetzes 2011 bestimmt. *Daraus ergibt sich, dass die neue Regelung der Energieabgabenvergütung durch das Budgetbegleitgesetz 2011 ausschließlich für Vergütungsanträge, die Zeiträume zwischen dem 1. Februar 2011 und dem 31. Dezember 2013 betreffen, zur Anwendung gelangt* (vgl. diesbezüglich auch Art. 4 der ErmächtigungsVO sowie Art. 44 AGVO). In diesem Sinne hat der Verwaltungsgerichtshof bereits in seinem Erkenntnis vom 22. August 2012, Zl. 2012/17/0175, ausgesprochen, dass für den Monat Jänner 2011 die vom Gesetzgeber für das Inkrafttreten vorausgesetzte Genehmigung jedenfalls nicht vorliegt, sodass § 2 Abs. 1 EAVG idF des Budgetbegleitgesetzes 2011 für diesen Kalendermonat nicht zur Anwendung gelangt.

Wenn die Beschwerdeführerin behauptet, dass nicht alle Bedingungen für die Anwendung der AGVO erfüllt wären, so ist ihr zu entgegnen, dass es in Bezug auf das von Gesetzgeber vorgesehene Inkrafttreten der Novelle des EAVG durch das Budgetbegleitgesetz 2011 darauf nicht ankommt."

Die folgenden Abschnitte der zitierten Entscheidung befassen sich mit der Bindungswirkung gemäß § 63 VwGG und sind im vorliegenden Fall nicht von Bedeutung. Der Verwaltungsgerichtshof führte sodann weiter aus:

„34 Der Verwaltungsgerichtshof ist bisher in ständiger Rechtsprechung (vgl. z.B. VwGH 30.1.2013, 2012/17/0469; 26.2.2013, 2013/15/0085) davon ausgegangen, dass die durch das Budgetbegleitgesetz 2011 vorgenommene Neufassung des § 2 Abs. 1 EAVG (Ausschluss der Dienstleistungsbetriebe) mit *Februar 2011 in Kraft* getreten ist. *Der Verwaltungsgerichtshof sieht sich nicht veranlasst, von dieser Rechtsprechung abzugehen.*

35 Strittig ist - worauf auch im Erkenntnis 2012/17/0469 ausdrücklich verwiesen wurde - die Auslegung einer innerstaatlichen Norm, nämlich der Inkrafttretensbestimmung des § 4 Abs. 7 EAVG. Diese innerstaatliche Regelung knüpft freilich an eine unionsrechtliche Frage an (vgl. zu ähnlichen Konstellationen auch Lang, FJ 1998, 159 ff). Dem Gesetzgeber war die beihilfenrechtliche Problematik der Materie - im Hinblick auf die EuGH-Verfahren *Adria-Wien Pipeline u.a.*, C-143/99, und *Transalpine Ölleitung u.a.*, C-368/04 - bewusst. Die Neuregelung sollte vorbehaltlich einer "Genehmigung" (so der Wortlaut in § 4 Abs. 7 EAVG) oder einer "Zustimmung" bzw. "Genehmigung" (so in den Erläuterungen zur Regierungsvorlage) der Europäischen Kommission gelten; sollte diese die Änderung nicht "genehmigen", sollte die bisherige Regelung - Energieabgabenvergütung auch für Dienstleistungsbetriebe - fortbestehen.

36 Diese innerstaatliche Regelung erfolgte vor dem Hintergrund der Unionsrechtslage.

37 Gemäß Art. 107 Abs. 1 AEUV sind - soweit in den Verträgen nicht etwas anderes bestimmt ist - staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen.

38 Nach Art. 108 Abs. 3 AEUV ist die Kommission von jeder beabsichtigten Einführung oder Umgestaltung von Beihilfen so rechtzeitig zu unterrichten, dass sie sich dazu äußern kann. Ist sie der Auffassung, dass ein derartiges Vorhaben nach Art. 107 AEUV mit dem Binnenmarkt unvereinbar ist, so leitet sie unverzüglich das in Art. 108 Abs. 2 AEUV vorgesehene Verfahren ein. Der betreffende Mitgliedstaat darf die beabsichtigte Maßnahme nicht durchführen, bevor die Kommission einen abschließenden Beschluss erlassen hat. Nach Art. 108 Abs. 4 AEUV kann die Kommission Verordnungen zu den Arten von staatlichen Beihilfen erlassen, für die der Rat nach Art. 109 AEUV festgelegt hat, dass sie von dem Verfahren nach Art. 108 Abs. 3 AEUV ausgenommen werden können.

39 Gemäß Art. 109 AEUV kann der Rat auf Vorschlag der Kommission und nach Anhörung des Europäischen Parlaments alle zweckdienlichen Durchführungsverordnungen zu den Art. 107 und 108 AEUV erlassen und insbesondere die Bedingungen für die Anwendung des Art. 108 Abs. 3 AEUV sowie diejenigen Arten von Beihilfen festlegen, die von diesem Verfahren ausgenommen sind.

40 Auf Art. 109 AEUV (bzw. der Vorgängerbestimmung Art. 94 Vertrag) beruhte u.a. die Verordnung Nr. 659/1999 des Rates über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 108 AEUV (nunmehr ersetzt durch Verordnung EU 2015/1589 des Rates vom 13. Juli 2015). Diese Verordnung sah insbesondere nähere Regelungen über die Anmeldung neuer Beihilfen, die Prüfung der Anmeldung durch die Kommission und die Entscheidungen

der Kommission vor. Nach Art. 2 Abs. 1 der Verordnung teilten Mitgliedstaaten der Kommission ihre Vorhaben zur Gewährung neuer Beihilfen rechtzeitig mit, soweit Verordnungen nach Art. 94 des Vertrags (nunmehr Art. 109 AEUV) oder nach anderen einschlägigen Vertragsvorschriften nichts anderes vorsehen. Gelangte die Kommission nach einer vorläufigen Prüfung zu dem Schluss, dass die angemeldete Maßnahme keine Beihilfe darstellt, so stellt sie dies durch Entscheidung fest (Art. 4 Abs. 2 der Verordnung). Unter näher genannten Voraussetzungen konnte die Kommission entscheiden, dass die Maßnahme mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar ist ("Entscheidung, keine Einwände zu erheben"; Art. 4 Abs. 3 der Verordnung). Stellte die Kommission allerdings fest, dass die angemeldete Maßnahme Anlass zu Bedenken hinsichtlich ihrer Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt gebe, so war ein Prüfverfahren zu eröffnen ("Entscheidung über die Eröffnung des förmlichen Prüfverfahrens"; Art. 4 Abs. 4 der Verordnung). Diese Entscheidungen der Kommission hatten innerhalb bestimmter Fristen zu ergehen, widrigenfalls die Beihilfe als von der Kommission genehmigt galt (Art. 4 Abs. 6 der Verordnung). Als Abschluss des förmlichen Prüfverfahrens konnte die Kommission allenfalls feststellen, dass die angemeldete Maßnahme keine Beihilfe darstelle (Art. 7 Abs. 2 der Verordnung); sie konnte feststellen, dass die Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar sei ("Positiventscheidung"; Art. 7 Abs. 3 der Verordnung); sie konnte diese Positiventscheidung mit Bedingungen und Auflagen verbinden (Art. 7 Abs. 4 der Verordnung); schließlich konnte sie entscheiden, dass die Beihilfe nicht eingeführt werden dürfe ("Negativentscheidung"; Art. 7 Abs. 5 der Verordnung). Die Entscheidungen der Kommission können insbesondere mittels Nichtigkeitsklage (Art. 263 AEUV) - unter bestimmten Voraussetzungen auch durch benachteiligte Konkurrenten des begünstigten Unternehmens - bekämpft werden (vgl. etwa Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV5, Art. 108 Rz 25 f).

41 Gestützt auf Art. 94 des Vertrags hat der Rat weiters die Verordnung Nr. 994/98 vom 7. Mai 1998 erlassen. Nach Art. 1 dieser Verordnung kann die Kommission mittels Verordnungen erklären, dass näher genannte Gruppen von Beihilfen mit dem Gemeinsamen Markt zu vereinbaren sind und nicht der Anmeldepflicht nach (damals) Art. 93 Abs. 3 des Vertrags (nunmehr Art. 108 Abs. 3 AEUV) unterliegen.

42 Gestützt auf die zuletzt genannte Verordnung hat die Kommission insbesondere die Verordnung (EG) Nr. 800/2008 (Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung, AGVO) erlassen. Nach Art. 3 Abs. 1 dieser Verordnung waren Beihilferegeln, die alle Voraussetzungen des Kapitels I erfüllen sowie den einschlägigen Bestimmungen des Kapitels II entsprechen, im Sinne von Art. 87 Abs. 3 EG-Vertrag (nunmehr Art. 107 Abs. 3 AEUV) mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar und von der Anmeldepflicht nach Art. 88 Abs. 3 EG-Vertrag (nunmehr Art. 108 Abs. 3 AEUV) freigestellt, wenn alle Einzelbeihilfen auf der Grundlage solcher Regelungen ebenfalls alle Voraussetzungen dieser Verordnung erfüllen und die Regelungen einen ausdrücklichen Verweis auf diese Verordnung unter Angabe des Titels sowie einen ausdrücklichen Verweis auf die Fundstelle im Amtsblatt der Europäischen Union enthalten. Nach Artikel 9 der Verordnung übermittelt der Mitgliedstaat der Kommission binnen 20 Tagen ab Inkrafttreten einer Beihilferegelung, die nach dieser Verordnung freigestellt ist, eine Kurzbeschreibung der Beihilfemaßnahme. Die Kommission bestätigt den Eingang der Kurzbeschreibung unverzüglich und veröffentlicht sodann die Kurzbeschreibung im Amtsblatt der Europäischen Union und auf der Website der Kommission. Nach Art. 10 Abs. 1 der Verordnung überprüft die Kommission regelmäßig die Beihilfemaßnahmen, von denen sie nach Art. 9 unterrichtet wurde. Nach Erwägungsgrund 7 dieser Verordnung sollten staatliche Beihilfen, die nicht unter diese Verordnung fallen, weiterhin der Anmeldepflicht unterliegen. Unbeschadet dieser Verordnung sollten die

Mitgliedstaaten auch weiterhin die Möglichkeit haben, Beihilfen anzumelden, mit denen unter diese Verordnung fallende Ziele verfolgt würden.

43 Diese Gruppenfreistellungsverordnung wurde mit 1. Juli 2014 durch die Verordnung (EU) Nr. 651/2014 (AGVO 2014) abgelöst.

44 Nach dem nunmehr vorliegenden Urteil des EuGH (C-585/17) steht fest, dass eine nationale Regelung, mit der eine Beihilferegelung geändert wird, indem der Kreis der Empfänger dieser Beihilfe verkleinert wird, *grundsätzlich* der in Art. 108 Abs. 3 AEUV vorgesehenen *Anmeldepflicht* unterliegt.

45 Dem Mitgliedstaat, der eine Beihilferegelung neu einführt oder abändert, standen aber unterschiedliche Verfahrenswege zur Verfügung. Er konnte sich entweder auf die Gruppenfreistellungsverordnung stützen und dazu der Kommission eine Kurzbeschreibung übermitteln, die sodann von der Kommission im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht wird; oder er konnte die Beihilfe entsprechend der Verordnung Nr. 659/1999 bei der Kommission anmelden, die über diese Anmeldung verschiedene Entscheidungen treffen konnte.

46 Wenn in § 4 Abs. 7 EAVG (und in den Erläuterungen zur Regierungsvorlage hiezu) nur eine "Genehmigung", "Zustimmung" oder "Nicht-Genehmigung" angeführt ist, so wird damit schon die Vielfalt der möglichen Entscheidungen der Kommission nach der Verordnung Nr. 659/1999 nicht abgebildet, die im Übrigen - entgegen der Annahme des Bundesfinanzgerichts - auch nicht (explizit) als "Genehmigung" oder "Nicht-Genehmigung" bezeichnet werden. Es muss angenommen werden, dass § 4 Abs. 7 EAVG somit nur eine typische Erledigungsart - und dies mit einer "untechnischen" (nicht den normativen Bezeichnungen des Unionsrechts entsprechenden) Bezeichnung - hervorgehoben hat, ohne aber andere mögliche Erledigungsarten auszuschließen. Insbesondere kann nicht ernstlich bezweifelt werden, dass etwa eine Mitteilung der Kommission iSd Art. 4 Abs. 2 der Verordnung Nr. 659/1999, dass die angemeldete Maßnahme keine Beihilfe darstelle, den Eintritt der Bedingung darstellen sollte und damit das Inkrafttreten der geänderten Regelung bewirken sollte. Damit ist aber auch - entgegen den Darlegungen des Bundesfinanzgerichts - anzunehmen, dass ein Vorgehen im Sinne der Gruppenfreistellungsverordnung samt der dort geregelten Reaktion der Kommission den Eintritt der in § 4 Abs. 7 EAVG normierten Bedingung darstellen kann.

47 Es besteht auch kein Anhaltspunkt dafür, dass der Gesetzgeber die Möglichkeit eines Inkrafttretens der Regelung im Wege eines Freistellungsverfahrens nach der Gruppenfreistellungsverordnung hätte ausschließen wollen. Entgegen der Ansicht des Bundesfinanzgerichts kann auch insbesondere nicht angenommen werden, dass dem Gesetzgeber diese Möglichkeit unbekannt gewesen wäre.

48 Voraussetzung für das Inkrafttreten war eine "Genehmigung" durch die Kommission. Wie bereits oben ausgeführt, bewirkte aber auch eine Entscheidung der Kommission nach Art. 7 der Verordnung Nr. 659/1999 keine (absolute) Rechtssicherheit, unterlag eine derartige Entscheidung doch einer allfälligen Bekämpfung mittels Nichtigkeitsklage (durch einen anderen Mitgliedstaat oder allenfalls auch durch benachteiligte Konkurrenten). Nach dem Wortlaut des Gesetzes trat die Neuregelung aber bereits mit der "Genehmigung" ein; absolute Rechtssicherheit wurde damit vom Gesetzgeber nicht angestrebt, was im Hinblick auf möglicherweise langwierige Verfahren nach dieser Genehmigung wohl auch nicht sinnvoll erreichbar wäre, zumal eine Inkrafttretensbestimmung auch einen klaren Anknüpfungspunkt

erfordert. Dafür, dass im Falle einer erfolgreichen Bekämpfung der "Genehmigung" der Kommission die Einschränkung des Kreises der Empfänger der Beihilfe wieder außer Kraft treten oder sogar rückwirkend das Inkrafttreten dieser Einschränkung entfallen sollte, bestehen weder aus dem Wortlaut des § 4 Abs. 7 EAVG noch aus den zitierten Erläuterungen der Regierungsvorlage Anhaltspunkte. Ein Freistellungsverfahren erzielt verglichen mit dem Anmeldeverfahren nur graduell eine geringere Rechtssicherheit; auch ein solches ist daher an sich als geeignet anzusehen, eine "Genehmigung" iSd § 4 Abs. 7 EAVG zu erreichen.

49 Nach der Inkrafttretensregelung des § 4 Abs. 7 EAVG *reicht daher* - aus der Sicht des nationalen Rechts - die in der AGVO 2008 vorgesehene *Mitteilung* an die Kommission *samt der entsprechenden Veröffentlichung* durch die Kommission. Daran ändert nichts, wenn die AGVO 2008 nicht vollständig erfüllt worden ist (vgl. neuerlich VwGH 30.1.2013, 2012/17/0469).

50 Der Verwaltungsgerichtshof hält daher die in der bisherigen, ständigen Rechtsprechung vertretene Rechtsansicht bezogen auf die innerstaatliche Vorschrift des § 4 Abs. 7 EAVG aufrecht, dass in der Veröffentlichung der Beihilferegulation durch die Kommission die "Genehmigung durch die Europäische Kommission" im Sinne des § 4 Abs. 7 EAVG zu erblicken ist und daher die Regelung der EAVG-Novelle 2011 - aus der Sicht des nationalen Rechts - mit 1. Februar 2011 in Kraft getreten ist.

51 Das angefochtene Erkenntnis begründet ergänzend, sollte die EAVG-Novelle 2011 gemäß § 4 Abs. 7 EAVG (aus innerstaatlicher Sicht) in Kraft getreten sein, ergäbe sich der Anspruch der Mitbeteiligten auf Vergütung aus dem Umstand, dass das Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 AEUV der Anwendung der mit der EAVG-Novelle 2011 geregelten Einschränkung des Kreises der vergütungsberechtigten Unternehmen entgegen steht.

52 Dem ist entgegen zu halten, dass nach dem Urteil des EuGH vom 14. November 2019, Dilly's Wellnesshotel (II), C-585/17, die Übergangsbestimmung des Art. 58 AGVO 2014 grundsätzlich die Gewährung von Beihilfen bei Verstoß gegen Veröffentlichungs- und Informationspflichten erlaubt.

53 Aus dem unionsrechtlichen Durchführungsverbot lässt sich für die mitbeteiligte Partei allerdings von vornherein nichts gewinnen, weil sie als Dienstleistungsbetrieb nicht mehr im Anwendungsbereich der (mit Inkrafttreten der genannten Novelle geänderten) österreichischen Energieabgabenvergütungsregelung steht und sich als Schuldnerin einer Abgabe nach ständiger Rechtsprechung des EuGH in ihrem Abgabenverfahren nicht darauf berufen könnte, dass die Befreiung anderer Unternehmen eine staatliche Beihilfe darstelle, um sich der Zahlung dieser Abgabe zu entziehen (vgl. VwGH 28.4.2011, 2009/15/0172, mit Hinweisen auf die Rechtsprechung des EuGH).“

Der Verwaltungsgerichtshof ist somit in seiner Entscheidung (VwGH 18.12.2019, Ro 2016/15/0041) - nach Befassung des EuGH im Vorabentscheidungsweg, EuGH vom 14.11.2019, Dilly's Wellnesshotel (II), C-585/17 – unter Berufung auf seine bisherige ständige Rechtsprechung zum Ergebnis gekommen, dass die mit dem Budgetbegleitgesetz 2011 normierte Änderungen des EnAbgVergG mit 1.2.2011 in Kraft getreten sind. Des Weiteren hegt der Verwaltungsgerichtshof auch keine verfassungsrechtlichen Bedenken und sieht die unionsrechtlichen Fragen als geklärt an.

Zum Einwand der Bf, dass nicht alle Bedingungen für die Anwendung der AGVO 800/2008 bzw 651/2014 erfüllt seien, ist ihr zu entgegnen, dass es laut VwGH in Bezug auf das vom Gesetzgeber vorgesehene Inkrafttreten der Novelle des EnAbgVergG durch das BBG 2011 darauf nicht ankommt.

In Hinblick auf die ausführliche Argumentation des VwGH (Ro 2016/15/0041), wonach in der Veröffentlichung der Beihilfenregelung jedenfalls die „Genehmigung“ iSd § 4 Abs. 7 EnAbgVergG gesehen werden könne, ist dem Vorbringen der Bf, die zum gegenteiligen Ergebnis kommt, nicht zu folgen.

Nach Ansicht der Bf sei dem VwGH-Erkenntnis Ro 2016/15/0041 in der Rz 26 (vorletzter Satz) zu entnehmen, dass die Änderung des EnAbgVergG mit Ablauf des 31.12.2013 wieder außer Kraft getreten sei, weil die Mitteilung der EnAbgVergG-Neuregelung an die Kommission mit diesem Zeitpunkt befristet sei. Die Bf verkennt damit den Umstand, dass der Verwaltungsgerichtshof die Veröffentlichung dieser Mitteilung ausschließlich als eine Art der Genehmigung durch die Europäische Kommission heranzieht. Ob diese Mitteilung einer Befristung unterliegt oder nicht, ist für das Inkrafttreten der Änderungen des EnAbgVergG durch das BBG 2011 ohne Bedeutung.

Soweit die Bf vermeint, dass aufgrund des vom Verwaltungsgerichtshof erkannten Inkrafttretens der Änderung des EnAbgVergG nunmehr eine "unerlaubte staatliche Beihilfe" vorliege, so ist ihr zu entgegnen, dass diese Argumentation nur bei jenen Fällen zielführend erscheint, in denen nach der Änderung des EnAbgVergG eine Energieabgabenvergütung zuerkannt wurde oder werden soll. Ein solcher Fall liegt hier nicht vor. Eine Verpflichtung zur Beihilfengewährung an die Bf ist daraus nicht ableitbar.

Inwieweit die Inkraftsetzungsnorm des BBG 2011 betreffend die Änderungen des EnAbgVergG dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot entspricht, kann hier dahingestellt bleiben, weil das BFG – abgeleitet von den Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofs - keine verfassungsrechtlichen Bedenken hegt. Das Bundesfinanzgericht teilt auch nicht die in der Beschwerde vorgebrachten unionsrechtlichen Bedenken. Der Verwaltungsgerichtshof hat über entsprechende Fragestellungen bereits mehrfach abgesprochen und den EuGH damit befasst (siehe VwGH 18.12.2019, Ro 2016/15/0041, und die dort zitierte Judikatur, siehe auch VwGH 18.12.2019, Ro 2019/15/0013). Die Einwendungen der Bf wurden vor dem Verwaltungsgerichtshof bereits thematisiert und es ist davon auszugehen, dass der Verwaltungsgerichtshof diese Argumente in seinen Entscheidungen berücksichtigt hat.

Das Bundesfinanzgericht schließt sich der Beurteilung des Verwaltungsgerichtshofes an, wonach die Einschränkung der Energieabgabenvergütung auf Produktionsbetriebe am 1.2.2011 wirksam in Kraft getreten ist, zumal dies der einheitlichen Rechtsprechung des Bundesfinanzgerichts entspricht (zB BFG 22.1.2020, RV/7105680/2017, ebenfalls die Bf betreffend; sowie BFG 18.3.2020, RV/6100613/2017; BFG 28.4.2020, RV/6100066/2019).

Abschließend ist daher festzuhalten, dass für die Jahre 2016 bis 2019 kein Anspruch der Bf auf Energieabgabenvergütung besteht. Die Beschwerde war abzuweisen.

3.2. Zu Spruchpunkt II. (Revision)

Gegen ein Erkenntnis des Bundesfinanzgerichtes ist die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision nicht zulässig, da die Entscheidung in der Frage des Inkrafttretens der Änderung des EnAbgVergG durch das BBG 2011 der dargestellten Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes folgt.

Wien, am 21. Juli 2020