

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter Mag. Erich Schwaiger in der Beschwerdesache *****Bf1***, ***1*****, vertreten durch die Prodingler Leitinger & Partner Steuerberatung GmbH & Co KG, Karolingerstraße 1, 5020 Salzburg, sowie die Mag. Kurt Caspari Steuerberatungs KG, Hirnreit 173, 5771 Leogang (Untervollmacht), über die **Beschwerde vom 5. September 2022** gegen die Bescheide des Finanzamtes Österreich vom 20. Juli 2022 betreffend die Abweisung der Anträge vom 16. März 2016 und 6. Mai 2020 auf **Energieabgabenvergütung für 02/2012 bis 01/2013, 02/2013 bis 01/2014, 02/2014 bis 01/2015, 02/2015 bis 01/2016, 02/2016 bis 01/2017, 02/2017 bis 01/2018 und 02/2018 bis 01/2019** zu Recht erkannt:

I.

Die Beschwerde wird gemäß § 279 BAO als unbegründet abgewiesen.

Die Bescheide bleiben unverändert.

II.

Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) nicht zulässig.

Entscheidungsgründe

Die Beschwerde fällt in die Zuständigkeit des Fachgebietes FU 6 und damit in die Zuteilungsgruppe 7003. Auf Basis der gültigen Geschäftsverteilung wurde sie der Gerichtsabteilung 7013 zur Entscheidung zugewiesen.

I. Verfahrensgang

Schon am 2. Juli 2012 wies das Finanzamt (kurz FA) einen Antrag der Bf. auf Erstattung der Energieabgaben für den Zeitraum **1. Februar 2011 bis 31. Jänner 2012** ab. Die dagegen gerichtete Beschwerde wies das Bundesfinanzgericht im März 2020 als unbegründet ab (**BFG 23.3.2020, RV/6100133/2013**), woraufhin der **Verfassungsgerichtshof** die Behandlung der dagegen gerichteten Beschwerde mit Beschluss ablehnte (**VfGH 23.6.2021, E 1720/2020**). Dabei bezog sich das Höchstgericht auf **VfGH 14.6.2021, E 1743/2020** und E 1749/2020.

Das Bundesfinanzgericht hatte seine Entscheidung im März 2020 damit begründet, gemäß § 2 Abs. 1 EnergieabgabenvergütungsG 1996 idF BGBl. I Nr. 111/2010 bestehe ein Anspruch auf Vergütung 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. Der **Verwaltungsgerichtshof** habe - nach Befassung des EuGH im Vorabentscheidungsweg und Ergehen seines Urteils (EuGH 14.11.2019, *Dilly's Wellnesshotel (II)*, C-585/17) - mit Erkenntnis (**VwGH 18.12.2019, Ro 2016/15/0041**) ausgesprochen, dass die mit Budgetbegleitgesetz 2011, BGBl. I Nr. 111/2010, normierten Änderungen des Energieabgabenvergütungsgesetzes mit 1. Februar 2011 in Kraft getreten sind und damit für Dienstleistungsbetriebe wie die Bf. ein Anspruch auf Energieabgabenvergütung ab 1. Februar 2011 nicht mehr besteht (weiterer Hinweis auf VwGH 18.12.2019, Ro 2019/15/0013). Die Beschwerde sei daher als unbegründet abzuweisen.

Die hier strittigen Bescheide basieren auf Anträgen auf Energieabgabenvergütung für die Folgewirtschaftsjahre und bezogen sich jeweils auf ein abweichendes Wirtschaftsjahr, das mit 1. Februar beginnt und mit 31. Jänner endet.

Über diese Anträge sprach das Finanzamt (kurz FA) ursprünglich mit folgenden Bescheiden ab, die sich jeweils auf ein Kalenderjahr bezogen:

Vergütungsantrag	Datum	16.03.2016	16.03.2016	16.03.2016	06.05.2020	06.05.2020	06.05.2020	06.05.2020
	Bezeichnung	02/2012 bis 01/2013	02/2013 bis 01/2014	02/2014 bis 01/2015	02/2015 bis 01/2016	02/2016 bis 01/2017	02/2017 bis 01/2018	02/2018 bis 01/2019
Abweisungsbescheid	Datum	04.06.2020	12.10.2016		07.05.2020	07.05.2020	07.05.2020	07.05.2020
	Bezeichnung	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Beschwerde		15.06.2020	02.11.2016			20.05.2020		
Aussetzung der Entscheidung		26.06.2020						
BVE		29.09.2021						
Vorlageantrag		29.10.2021						
Vorlage und Vorlagebericht		22.12.2021						

Nachdem diese Bescheide bekämpft und die dagegen gerichteten Beschwerden schlussendlich an das Bundesfinanzgericht vorgelegt worden waren, **hob sie das Verwaltungsgericht** mit der Begründung **auf**, die Bescheide hätten über Zeiträume abgesprochen, die sich nicht mit den in den Anträgen decken und erwiesen sich schon aus diesem Grund als rechtswidrig. Hier seien immer mehrere Anträge am selben Tag eingebracht worden, deren Wirtschaftsjahre jeweils zwei Kalenderjahre berühren. Im Ergebnis habe das FA in mehreren antragsgebundenen Verfahren über nicht existente Anträge abgesprochen, weshalb die Abweisungsbescheide aufzuheben seien (vgl. BFG 4.7.2022, RV/6100439/2021). Dieses Erkenntnis erwuchs in Rechtskraft.

In der Folge erließ das FA die nun zu beurteilenden Abweisungsbescheide vom 20. Juli 2022 und wiederholte seine Rechtsansicht, dass für Dienstleistungsbetriebe wie die Bf. ein Anspruch auf Energieabgabenvergütung ab 1. Februar 2011 nicht mehr besteht.

Das bekämpfte die Beschwerdeführerin (kurz Bf.) mit **Beschwerde** vom 4. September 2022 (eingebracht per Post am **5. September 2022**) und beantragte, diese direkt an das Bundesfinanzgericht vorzulegen. Es seien praktisch nur verfassungs- bzw. europarechtliche Fragestellungen offen.

Dem kam das FA am **27. September 2022** nach und beantragte deren Abweisung.

Nach einigen Telefonaten mit dem steuerlichen Vertreter der Bf. urgierte dieser mit **Schriftsatz vom 19. Mai 2023** eine Entscheidung und pochte auf die Einhaltung der Sechsmonatsfrist. Gleichzeitig reichte er eine 55-seitige Ergänzung der Beschwerde mit sieben Beilagen nach.

II. Das Bundesfinanzgericht hat erwogen:

1. Sachverhalt

Die Antragswerberin bzw. Beschwerdeführerin (Bf.) ist eine österreichische Kapitalgesellschaft, die ein **Hotel** betreibt.

Es ist unstrittig, dass sie keinen Betrieb führt, dessen Schwerpunkt nachweislich in der Herstellung körperlicher Wirtschaftsgüter besteht (§ 2 Abs. 1 Bundesgesetz über die Vergütung von Energieabgaben, EAVG; BGBl. Nr. 201/1996 idgF).

Sie ermittelt den Gewinn nach abweichendem Wirtschaftsjahr (1. Februar bis 31. Jänner) und beantragte die Vergütung der Energieabgaben auch jeweils für die Wirtschaftsjahre 1. Februar 2012 bis 31. Jänner 2013, 1. Februar 2013 bis 31. Jänner 2014 etc..

Strittig ist allein, ob dieser Betrieb einen Anspruch auf Energieabgabenvergütung vermittelt.

1.1. Beschwerdeschrift vom 4. September 2022

Die 35-seitige Beschwerde verweist auf mitvorgelegte umfangreiche Beilagen (Beschwerde an den Europäischen Menschenrechtsgerichtshof, die dort am 12. Jänner 2022 eingebracht wurde, sowie eine Klage der Kommission der Europäischen Union vom 8. September 2021 durch die Bf. sowie vier weitere Mitkläger – siehe unten). Im Kern rügt sie, für den hier relevanten Inkrafttretenstag der Einschränkung der Energieabgabenvergütung sei nicht die Europäische Kommission verantwortlich, sondern offensichtlich ein namentlich genannter Vertreter des Bundesministeriums für Finanzen, der für die Mitteilung vom 7. Februar 2011 an die Kommission nach eigenen Angaben in dieser Mitteilung verantwortlich gewesen sei.

Die Bf. betonte, sie halte die Argumentation aufrecht, dass das **EAVG idF BBG 2011** mangels vorliegender – in § 4 Abs. 7 EAVG geforderter - Genehmigung durch die Europäische Kommission **bis dato nicht in Kraft getreten sein könne** und die Behörden daher einerseits gegen das Europäische Beihilfenrecht und andererseits gegen Verfassungsrecht verstoßen. Sollte weiterhin von einem Inkrafttretenstag mit 1. Februar 2011 ausgegangen werden, dürfe das Bundesfinanzgericht an das Durchführungsverbot erinnert werden, dessen Einhaltung auch ohne Berufung darauf von diesem innerstaatlichen Gericht zu kontrollieren sei, womit entsprechend zu reagieren sei. Die Rz 53 des Erkenntnisses **VwGH 18.12.2019, Ro 2016/15/0041** müsse schon deswegen ins Leere gehen, weil die Verpflichtung der innerstaatlichen Gerichte, für eine Durchsetzung des Durchführungsverbotes zu sorgen, zwingend sei. Die Bf. verwies auf alle schon bisher vorgelegten Schriftsätze und Beweismittel, ohne diese näher zu bezeichnen.

Das genannte Erkenntnis erscheine rechtsstaatlich nicht nachvollziehbar, weshalb die Berufung darauf die beschwerdegegenständlichen Bescheide mit Rechtswidrigkeit ihres Inhalts belaste.

Die Beschwerde verwies auf den Beschluss des Europäischen Gerichts (**EuG 2.2.2022, Rs T-591/21**) und darauf, dass dieses aufzeige, dass die innerstaatlichen Höchstgerichte massiv gegen Europarecht verstoßen.

Auch habe der Verfassungsgerichtshof mit **VfGH 14.6.2021, E 1743/2020, E 1749/2020** eine Entscheidung gefällt, die den Unionsgerichten vorbehalten ist.

Die Anerkennung des Inkrafttretensstages mit 7. Februar 2011 könne nichts anderes bedeuten, als dass die Gewaltentrennung in der Republik Österreich ihr Ende gefunden hat. Dem Gesetz selbst sei dieser Inkrafttretenstag unbekannt. Nach Art. 18 Abs. 1 B-VG („Die gesamte staatliche Verwaltung darf nur auf Grund der Gesetze ausgeübt werden“) verstoße der genannte Bescheid jedenfalls gegen Verfassungsrecht. Durch die Bezugnahme auf europarechtliche Vorschriften in **VwGH 18.12.2019, Ro 2016/15/0041**, ergebe sich auch eine europarechtliche Problematik.

Nach **VwGH 18.12.2019, Ro 2016/15/0041, Rz 26**, sei selbst unter der (rechtswidrigen) Annahme eines Inkrafttretensstages 1. Februar 2011 aus der Mitteilung die „Neuregelung“ am 31. Dezember 2013 ausgelaufen, womit allen Dienstleistern ab 1. Jänner 2014 wieder die Vergütung der Energieabgaben zustehe.

Im Anschluss daran rügte die Bf. die **Fehlerhaftigkeit der Entscheidung VwGH 18.12.2019, Ro 2016/15/0041** und verwies diesbezüglich auf mehrere Literaturstellen und erklärte sie zum integrierten Bestandteil der Beschwerde (*Caspari*, ÖStZ 12/2019, ÖStZ 13/2019, ÖStZ 15-16/2019, ÖStZ 1-2/2020, Anmerkung in SWK 6/2020, *Caspari*, ÖStZ 10/2020, *Laudacher* SWK 34/2019, *Bendlinger/Traußner*, BFG-Journal 1/2019), verwies auf die EuGH- Urteile *Dilly I* und *Dilly II* sowie EuGH 5.3.2019, Rs C-349/17, *Eesti Pagar*, und EuGH 29.7.2019, Rs C-654/17, *BMW*).

Dazu legte die Bf. die folgenden – oben bereits kurz erwähnten – Unterlagen vor (siehe dazu im Detail unten):

1. Klageschrift an den EGMR mit Annahmeschreiben vom 12. Jänner 2022 (Beschwerde Nr. 4037/22)
2. Klageschrift an den EuG sowie Abweisungsbeschluss EuG 2.2.2022, T-594/2021
3. E-Mail einer WT-Kanzlei aus dem Juli an die ÖHV mit dem Angebot, diese beiden „Gutachten“ (die eher „Schlechtachten“ seien) für die ÖHV bzw. den Gemeindebund vorzulegen.

Weiters verwies die Bf. auf ihren **Beschwerdeschriftsatz** bezüglich der Wirtschaftsjahre 2015/16 bis 2018/19 vom **20. Mai 2020**. Dort hatte sie auf Seite 5 f unter anderem ausgeführt, in der Revisionsbeantwortung zu VwGH 18.12.2019, Ro 2019/15/0013 bzw. VwGH 18.12.2019, Ro 2016/15/0041 sei – ohne diesbezügliche Reaktion - ersucht worden, folgende Unterlagen von der Revisionswerberin (dem dort zuständigen FA) einzufordern:

1. Unterlagen aus denen hervorgeht, dass das Bundesministerium für Finanzen bzw. ein eventuell anderes zuständiges Ministerium rechtsgültig damit beauftragt wurden, im Falle der Änderung des EAVG durch das BBG 2011 anstatt einen Antrag nach Artikel 108 Abs. 3 AGVO (wie im Gesetz vorgesehen) eine Mitteilung im Sinne einer AGVO vorzunehmen
2. Unterlagen aus denen eindeutig hervorgeht zu welchem Zeitpunkt und von wem solch ein Auftrag (oder ein anderer gesetzlich dafür vorgesehener Akt) erteilt wurde
3. Unterlagen, aus denen eindeutig hervorgeht, wer zu welchem Zeitpunkt und auf welcher gesetzlichen Grundlage die Entscheidung gefällt hat,
 - a) am 07.02.2011 eine Mitteilung im Sinne der AGVO 800/2008 und
 - b) am 12.12.2014 eine Mitteilung im Sinne der AGVO 651/2014 (in einem Formular, das nur nach der AGVO 800/2008 gültig war) an die Europäische Kommission zu senden
4. Unterlagen, aus denen hervorgeht, dass der Gesetzgeber immer schon geplant hatte, eine AGVO anzuwenden - nach der neuesten Entwicklung jedenfalls solche Unterlagen, welche belegen, dass der Gesetzgeber bei der Formulierung des Genehmigungsvorbehaltes (Genehmigung durch die Europäische Kommission) bereits die Anwendung der AGVO 651/2014 geplant hatte
5. Unterlagen, welche beweisen könnten, dass alle Voraussetzungen im Sinne der AGVO 651/2014 erfüllt sind

6. Soweit vorhanden: Die Anmeldung der verbotenen staatlichen Beihilfe im Sinne des Art. 108 Abs. 3 AGVO sowie - soweit bereits vorhanden - die dazugehörige Genehmigung durch die Europäische Kommission
7. Jenes Bundesgesetzblatt, in dem eventuell ein vom 1.1.2011 abweichender Inkrafttretenstag des EAVG in der Fassung des BBG 2011 geregelt ist.
8. Erläuterung, warum Artikel 58 Abs. 1 AGVO 651/2014 eine Beihilfenregelung wie die Änderung des EAVG durch BBG 2011 freizustellen imstande sein sollte, wo diese Regelungen eindeutig (aus dem klaren Wortlaut abgeleitet) nur für Einzelbeihilfen gilt.
9. Alle Nachweise der Veröffentlichung im Sinne Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe c
10. Alle Jahresberichte im Sinne des Artikels 11 lit. b AGVO 651/2014
11. Eine Offenlegung der Erfüllung aller Voraussetzungen der AGVO 651/2014

Die Bf. regte an, dass das Bundesfinanzgericht die Versäumnisse des VfGH nachholt.

Im Beschwerdeschriftsatz findet sich sodann eine Darstellung des Hintergrundes der Entwicklung des EAVG und BBG 2011 (Punkt 3) und des „Falles“ Dilly's Wellnesshotel (EuGH 21.7.2016, Rs C-493/14, *Dilly's Wellnesshotel GmbH I*, und BFG 3.8.2016, RV/5100360/2013; EuGH 14.11.2019, Rs C-585/17, *Dilly's Wellnesshotel GmbH II*; Punkt 4).

Im Anschluss daran setzt sich die Bf. umfangreich und kritisch mit **VfGH 14.6.2021, 1743/2020 und 1749/2020** auseinander (Punkt 5). Sie schreibt dazu wörtlich (ohne Fußnoten):

„5.1. Zusammenfassung der wichtigsten Beschwerdepunkte

Der Gesetzgeber sei immer von einer Anmeldung iSd Art 108 Abs. 3 AEUV ausgegangen, da die Anwendung einer AGVO nicht die Inkrafttretensvoraussetzungen des § 4 Abs. 7 EAVG erfüllen kann. Selbst wenn man diese anerkennen sollte, werden grundlegende Voraussetzungen nicht eingehalten. Eine in den Anwendungsbereich der AGVO fallende Umweltschutzbeihilfe und der Inkrafttretenstag 1.2.2011 werden bezweifelt. Auch wird das Bestimmtheitsgebot verletzt, da unbestimmte Rechtsbegriffe in den §§ 2 und 3 EAVG verwendet werden und eine AGVO in den Gesetzesmaterialien nicht vorkommt. Die Beschwerde rügt auch einen Verstoß des § 2 Abs. 1 EAVG gegen den Gleichheitssatz.

5.2. Der (vereinfachte) Spruch des VfGH

Der VfGH sieht das beschwerdeführende Krankenhaus weder in einem verfassungsgesetzlichen Recht noch wegen Anwendung einer rechtswidrigen generellen Norm in ihren Rechten verletzt. Die Beschwerden wurden nach der Abweisung dem VfGH zur Entscheidung abgetreten, ob die beschwerdeführende Partei durch die angefochtenen Erkenntnisse in einem sonstigen Recht verletzt wurde.

5.3. Kritische Auseinandersetzung aus europarechtlicher Sicht

5.3.1. „Genehmigung durch die Europäische Kommission 4423

In einem Rechtsstaat konnte es genau zwei Möglichkeiten geben, solch eine Genehmigung zu erhalten:

- 1. Antrag und Genehmigung durch die Europäische Kommission iSd Art 108 Abs. 3 AEUV*
- 2. Freistellung im Sinne einer AGVO, wenn alle Voraussetzungen eingehalten werden.*

Falls der Gesetzgeber die AGVO nicht gekannt hat, kann er sie mit dem Genehmigungsvorbehalt auch nicht gemeint haben.

Dass er sie nicht kannte, aber anwenden wollte, erscheint unreal.

Wenn er sie aber kannte und anwenden hätte wollen, hätte er im Vorfeld dafür gesorgt, dass die Voraussetzungen eingehalten werden. Es erscheint nicht denkunmöglich, dass der Gesetzgeber europarechtliche Problematiken, wie jene um die Jahrtausendwende, verhindern wollte und genau deshalb keine Anwendung der AGVO vorgesehen hat. VwGH und VfGH gehen davon aus, dass der Gesetzgeber die AGVO kannte und auch anwenden wollte.

Warum diese Anwendung dem Gesetz nicht zu entnehmen ist und die Voraussetzungen nicht eingehalten werden, erscheint den Höchstgerichten nicht relevant genug, um auf die diesbezüglichen Argumentationen der Beschwerdeführer einzugehen. Es erfolgt auch keine Anforderungen von Beweisen oder Nachweisen. § 4 Abs. 8 EAVG (oder § 32d Abs. 1 des Ökostromgesetzes), zeigen auf, dass der Gesetzgeber, wenn er etwas anwenden möchte, das auch im Gesetz umgesetzt. In § 4 Abs. 7 EAVG idF BBG 2011 hat er das eben nicht getan.

Der „umsichtige und besonnene Wirtschaftsteilnehmer“ leitet nach Kundmachung des BBG 2011 ab: Das EAVG idF BBG 2011 erfüllt weder die Voraussetzungen der Energiesteuerrichtlinie noch jene der Umweltbeihilfeleitlinien, womit eine Genehmigung iSd Art 108 Abs. 3 nicht möglich erscheint. Da der Gesetzgeber die AGVO nicht erwähnt und auch die Voraussetzungen (z.B. Art. 3 und 25 AGVO 2008) nicht erfüllt sind, ist eine Inkrafttretung bis zur Entscheidung der Kommission auszuschließen.

Im Jänner 2011 übersandte die Österreichische Hotelierversammlung (ÖHV) ein Schreiben an die Kommission, mit der Bitte „eine sachlich und rechtlich unbegründete, europarechtswidrige, selektive Beihilfe nicht zu genehmigen, ...“. Die ÖHV ging davon aus, dass schon ein Antrag iSd Art. 108 AEUV vorliegt. Am 4.2.2011 antwortete die Kommission und verwies unter Hinweis darauf, dass nach deren Informationsstand Österreich plane, die AGVO anzuwenden und in naher Zukunft die Kommission diesbezüglich informieren werde, auf die innerstaatlichen Gerichte. Auffällig erscheint die Zeitnähe zur „Mitteilung“ an die Kommission und es ist nicht denkunmöglich, dass die Anwendung der AGVO erst zu diesem Zeitpunkt (also am 7. Februar 2011) beschlossen wurde. Aufforderungen seitens mehrerer Beschwerdeführer, Beweise vorzulegen, dass der Gesetzgeber eine Anwendung der AGVO 2008 plante, werden seitens der innerstaatlichen Gerichte bis heute nicht einmal ignoriert.

5.3.1.1. Die Mitteilung

VfGH und VwGH erachten die Antworten auf die, beiden Höchstgerichten vorgelegten Fragen, wer, wann und auf welche Weise beschlossen/beauftragt hat, eine Mitteilung an die Kommission zu schicken, nicht für wesentlich. Am 7.2.2011 (also nach der Frist des Art. 9 AGVO 2008) wurde eine Mitteilung verschickt. Bekanntgegeben wurde, dass die Voraussetzungen eingehalten werden und eine Laufzeit, die dem Gesetz nicht zu entnehmen ist. Die Mitteilung wurde gem. Art. 9 Abs. 1 am 30. 9. 2011 im Amtsblatt veröffentlicht.

Unklar bleibt neben der Tatsache der Nichterfüllung wesentlicher Voraussetzungen, wer auf welcher gesetzlichen Grundlage die Laufzeit 1.2.2011 bis 31.12.2013 festgelegt hat und warum nach dem Ende der Laufzeit keine Reaktion erfolgte. Offen bleibt, warum der Gesetzgeber die Anwendung der AGVO nicht im Gesetz offengelegt hat, wie dies der EuGH in C-493/14 als unabdingbare Voraussetzung erkannt hat.

5.3.1.2. Das „Gutachten“

Die ÖHV beauftragte bei einer Wirtschaftstreuhandkanzlei ein Gutachten und erhielt dieses im Juni 2011:

... Laut den EB zum BBG 2011 hat der österreichische Gesetzgeber die Beihilfe bei der Kommission angemeldet.

... Eine etwaige Anmeldepflicht ergibt sich allerdings bereits aus dem primären Unionsrecht (Art. 107ff AEUV).

Aus dem Zwischenergebnis des Gutachtens

Die Autoren dieses Gutachtens haben eine Anfrage an die Kommission gestellt, ob die Beihilfe tatsächlich angemeldet wurde. Die Kommission hat eine diesbezügliche Antwort verweigert. Auch das BMF hat über den Stand des Beihilfenverfahrens keine Auskunft gegeben.

Im Gutachten (kann im Falle, dass es nötig erscheint ebenso vorgelegt werden wie ein weiteres Gutachten von denselben „Gutachtern“ für den Gemeindebund) selbst findet sich kein Hinweis auf eine AGVO-Anwendung, jedoch ist in einem Nachtrag (per Email an die ÖHV - siehe Beilagen) zu lesen:

Bezugnehmend auf die von uns übermittelte Expertise und die von ihnen ergänzend mit E-Mail vom 6.7.2011 gestellten Fragen, dürfen wir wie folgt Stellung nehmen: In der Erledigung der Europäischen Kommission vom 4.2.2011 wird darauf hingewiesen, dass seit 9.8.2008 die GBER in Kraft ist, welche den Mitgliedstaaten erlaubt, unter bestimmten Bedingungen Ausnahmen ohne vorherige Notifikation anzuwenden. Hierzu dürfen wir festhalten, dass diese GBER offensichtlich nicht veröffentlicht sind und sich auch weder aus der Rspr noch aus dem Schrifttum Hinweise zu deren normativen Charakter auffinden lassen. Es dürfte sich somit um eine interne Richtlinie der Europäischen Kommission handeln, die vorsieht, dass die Europäische Kommission unter bestimmten Voraussetzungen von der Anmeldepflicht einer Beihilfe absieht.

Als durchaus bemerkenswert kann vermerkt werden, das namhafte Univ.Prof, und Steuerexperten und nunmehrige Verfassungsrichter die AGVO im Juli 2011 noch für eine interne Regelung der Europäischen Kommission gehalten hat. Die im Internet der Kommission veröffentlichte und jederzeit frei zugängliche AGVO 800/2008 scheint nicht einmal gefunden worden zu sein.

Die Anwendung einer AGVO scheint also doch nicht so offensichtlich gewesen zu sein, wie nunmehr seitens des VfGH im Erkenntnis zu E 1743/2020 und 1749/2020 „V“erkannt wird. Danach hätte aber jeder kleine Dienstleistungsunternehmer die Anwendung einer AGVO erkennen sollen.

5.3.1.3. Die Veröffentlichung im Amtsblatt am 30.9.2011

Die „Angaben“ der Republik Österreich (FN 43) sollen gleichzusetzen sein mit einer „Genehmigung der Kommission“. Der „umsichtige und besonnene Wirtschaftsteilnehmer“

erkennt demgegenüber, dass hier eine Mitteilung ohne rechtliche Grundlage erfolgt ist, die Voraussetzungen der AGVO nicht erfüllt sind und damit mangels Freistellung eine Anmeldepflicht besteht, die Genehmigung nicht vorliegt und die alte Rechtslage weiterhin gilt. Die erste innerstaatliche Erwähnung der AGVO findet sich in einem UFS-Verfahren. VfGH und VwGH fällten grundlegende, aber nicht unstrittige Entscheidungen.

5.3.2. Argumente für die Anwendung einer AGVO

Bendlinger/Traußner gehen wie der auch die Beschwerdeführerin davon aus, dass der Gesetzgeber nur ein Anmeldeverfahren iSd Art. 108 Abs. 3 AEUV im Auge gehabt haben kann.

Achleitner/Bartosch/Bieber befassen sich eingehend mit dem fehlenden Vertrauensschutz und schließen, dass die AGVO keinen Vertrauenstatbestand schafft, „so dass dem Beihilfeempfänger kein berechtigtes Vertrauen in die Ordnungsmäßigkeit der Gewährung der Beihilfe zusteht.“

Leider verlangen die Höchstgerichte trotz Urgenz in Schriftsätzen keine Beweise seitens des Gesetzgebers bzw. des BMF, um hier Rechtssicherheit zu erhalten. Vielmehr zieht der VfGH Schlüsse, die rechtstaatlich nicht nachvollziehbar erscheinen. EuGH 5.3.2019, C-349/17, Eesti Pagar und EuGH 29.7.2019, C-654/17, BMW scheinen wie auch schon für den VwGH nicht von Relevanz zu sein.

5.3.3. Die wesentlichen Aussagen in Punkt III. Erwägungen und Punkt IV. Ergebnis kritisch betrachtet

In den Rz 45 und 46 erläutert der VfGH, dass entgegen der Auffassung der beschwerdeführenden Partei damit aber dem Gesetz keinesfalls zu entnehmen sei, dass eine Anmeldung nach der Vorschrift des Art. 108 Abs. 3 AEUV zu erfolgen hätte. Dies ergäbe sich aus dem Umstand, dass nach der im Jahr 2011 geltenden Rechtslage gemäß Art. 3 Abs. 1 AGVO 2008 Beihilferegelnungen unter bestimmten Voraussetzungen von der Anmeldepflicht gemäß Art. 88 Abs. 3 EG-Vertrag (nunmehr Art. 108 Abs. 3 AEUV) freigestellt werden konnten und das spezifische Verfahren für die betreffenden Fälle an die Stelle eines Anmeldeverfahrens nach Art. 108 Abs. 3 AEUV getreten ist.

Dass eine Anmeldung iSd Art. 108 Abs. 3 AEUV, die dann in eine „Genehmigung“ mündet, erfolgen hätte müssen, ist dem Gesetz aber eher zu entnehmen, als nur eine AGVO-Anwendung. Dass das AGVO-Verfahren an die Stelle des Anmeldeverfahrens nach Art. 108 Abs. 3 AEUV getreten sein soll, sieht der EuGH in Dilly I doch anders.

Eine Berufung auf eine geltende Rechtslage muss bei einer Wahlmöglichkeit (Erwägungsgrund 7 AGVO 2008) ins Leere gehen. Es besteht keine Verpflichtung zur Anwendung einer AGVO, zwingend ist nur die Anmeldung iSd Art. 108 Abs. 3 AEUV. Dass eine Anwendung der AGVO 2008 vom Gesetzgeber geplant war und ob der Gesetzgeber die AGVO überhaupt gekannt hat, kann daraus nicht geschlossen werden. Vielmehr zeigt eben die Nichteinhaltung von z.B. Art. 3 und 25 AGVO 2008, dass eine Anwendung nicht im Sinne des Gesetzgebers gelegen haben kann.

In Rz 47 erkennt der VfGH unter Berufung auf VfSlg 19.678/2012, dass die unionsrechtliche Voraussetzung des § 4 Abs. 7 EAVG auch dadurch erfüllt werden kann, dass der Mitgliedsstaat nach den Bestimmungen der AGVO 2008 eine Kurzbeschreibung der Beihilfemaßnahme der Europäischen Kommission binnen 20 Arbeitstagen ab Inkrafttreten der Regelung übermittelt und diese von der Europäischen Kommission im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht wird. Der VfGH begründet dies damit, dass es sich bei der AGVO 2008 um eine Verordnung der Europäischen Kommission handelt, mit der diese bestimmte Beihilfen von

vorneherein für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärt und von der Anmeldepflicht freigestellt, wobei die gemeldeten Beihilfemaßnahmen regelmäßig zu überprüfen sind (Art. 10 Abs. 1 AGVO 2008).

Es würde für eine Freistellung von der Anmeldepflicht aber nicht allein genügen, dass die Kurzmitteilung übersendet und veröffentlicht wird. Einen gewissen Wahrheitsgehalt müssen die Daten in der Kurzmitteilung haben und die Voraussetzungen der AGVO müssten eingehalten werden.

Die Berufung auf das Erkenntnis VfSlg. 19.678/2012 in Rz 48 geht deswegen ins Leere, weil der VfGH ja damals die Einhaltung der Voraussetzungen als denkmöglich angesehen hat, was jedoch absolut unmöglich war - wie EuGH C-493/14 eindrucksvoll rechtsstaatlich korrekt aufzeigt. Eine Revidierung dieser Fehlbeurteilung erfolgt jedoch nicht.

Ebenso keine Berücksichtigung finden die rechtsrichtigen Lösungsansätze der beschwerdeführenden Parteien, welche Zeiträume nach 31.12.2013 betrafen.

Auch wenn der VfGH zweimal betont, dass er vom Vorliegen der Voraussetzungen ausgegangen ist, wird die Behauptung nicht richtiger und hätte er der Verpflichtung zur Überprüfung der Voraussetzungen und zur Vorlage offener Fragen an den EuGH nachzukommen gehabt. Ein Blick in Art 3 AGVO 2008 hätte die Unmöglichkeit des Vorliegens der Voraussetzungen gezeigt.

Die Aussage in Rz 49, dass aus dem Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Union vom 21. Juli 2016, Rs. C-493/14, Dilly's Wellnesshotel auch nicht abzuleiten wäre, dass die Bedingung der Genehmigung durch die Europäische Kommission nicht eingetreten und somit § 2 Abs. 1 EAVG nicht in Kraft getreten sei, scheint vor dem Hintergrund der klaren Aussagen des EuGH in Rs C-493/14 (und auch des EuGH und der Kommission im Verfahren Rs C-585/17) rechtsstaatlich bedenklich und zeigt auch die Kompetenzproblematik bezüglich europäisches Beihilfenrecht eindrucksvoll auf.

In Rz 50 erkennt der VfGH, dass im Urteil C-493/14, der EuGH ausgesprochen hat, dass Art. 3 Abs. 1 AGVO 2008 dahin auszulegen sei, dass das Fehlen eines ausdrücklichen Verweises auf die Verordnung unter Angabe des Titels sowie eines Verweises auf die Fundstelle im Amtsblatt der Europäischen Union in einer Beihilferegelung wie der vorliegenden der Annahme entgegensteht, dass diese Regelung gemäß dieser Verordnung die Voraussetzungen für eine Freistellung von der in Art. 108 Abs. 3 AEUV vorgesehenen Anmeldepflicht erfüllt.

Als Folge dessen ergibt sich aber nach Erwägungsgrund 7 der AGVO 2008 zwingend eine Anmeldung iSd Art. 108 Abs. 3 AEUV als einzige Möglichkeit für eine Genehmigung durch die Europäische Kommission.

In Rz 51 erkennt der VfGH, dass die Kommission das Gruppenfreistellungsverfahren tatsächlich angewendet hat. Damit unterstellt der VfGH jedoch der Europäischen Kommission Inkompetenz im Zusammenhang mit den europäischen Beihilfenrecht, da es doch die Mitgliedstaaten sind, die das Gruppenfreistellungsverfahren anwenden, indem sie die Mitteilung an die Kommission übersenden, die Voraussetzungen einhalten und die Angaben wahrheitsgemäß abgeben. Nachdem der VfGH jedoch ein Anwenden der AGVO durch die Europäische Kommission erkennt, wurde den Beschwerdeführern eine Nichtigkeitsklage nach Art 263 AEUV eröffnet.

In Rz 52 erkennt der VfGH:

Geht man davon aus, dass durch das Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Union vom 21. Juli 2016, Rs. C-493/14, Dilly's Wellnesshotel lediglich zum Ausdruck gebracht wird, dass die in einem weiten Sinn verstandene Genehmigung durch die Europäische Kommission in Form der

Veröffentlichung der Mitteilung im Amtsblatt der Europäischen Union nicht den Vorgaben des Unionsrechts entsprochen hat und das Gruppenfreistellungsverfahren nach dem Zweck der Regelung des § 4 Abs. 7 EA VG einer Genehmigung durch die Europäische Kommission gleichzuhalten ist (vgl. oben), ist zu folgern, dass mit der Durchführung dieses Verfahrens die Bedingung für die Anwendbarkeit der Beihilferegulation eingetreten ist. Dass die Anwendung dieses Verfahrens im Zeitpunkt seiner Durchführung nicht den Vorgaben des Unionsrechts entsprach (vgl. EuGH 14.11.2019, Rs. C-585/17, Dilly's Wellnesshotel [II] wonach die Übergangsbestimmung des Art. 58 Abs. 1 AGVO 2014 diesen Mangel rückwirkend heilen kann), ändert nichts an der Tatsache, dass mit der Veröffentlichung der Mitteilung die Genehmigung durch die Europäische Kommission vorlag und damit die in § 4 Abs. 7 EAVG geregelte Bedingung für die Anwendung des § 2 Abs. 1 EAVG eingetreten war (vgl. auch VfGH 18.12.2019, Ro 2016/15/0041).

Was genau eine „in einem weiten Sinn verstandene Genehmigung durch die Europäische Kommission“ sein sollte, bleibt offen. Das Studium von einschlägigen EuGH-Urteilen könnte hier bei der rechtsstaatlichen Lösung von europarechtlichen Fragestellungen durchaus hilfreich sein.

Die Regelung ist nicht nach Art. 108 Abs. 3 AEUV angemeldet und nicht genehmigt worden.

Sie wurde mangels Einhaltung der Voraussetzungen auch nicht von der Anmeldepflicht freigestellt, womit für eine „Genehmigung“ jedenfalls ein Verfahren iSd Art. 108 Abs. 3 AEUV durchzuführen gewesen wäre.

Der VfGH beruft sich auf die Veröffentlichung der Mitteilung, obwohl praktisch keine Voraussetzung eingehalten wird.

Da die erlassene Beihilfenmaßnahme die einschlägigen Voraussetzungen der Verordnung Nr. 800/2008 nicht erfüllt, ergibt sich, dass die Beihilfe weiterhin der in Art. 108 Abs. 3 AEUV vorgesehenen Anmeldepflicht unterliegt. Da die Anmeldung nicht vorliegt, kann auch der Genehmigungsvorbehalt des § 4 Abs. 7 EAVG nicht erfüllt sein.

In der AGVO 2008 findet sich kein Hinweis, dass die Kommission „das Gruppenfreistellungsverfahren anwendet“. Laut Art. 9 wird nur der Eingang der Mitteilung bestätigt und die Kurzbeschreibung im Amtsblatt und auf der Webseite ungeprüft veröffentlicht. Dass diese Veröffentlichung eine „Genehmigung“ der Kommission sein könnte, kann durchaus als denkunmöglich bezeichnet werden. Somit erscheint klar, dass nur der Mitgliedstaat „das Gruppenfreistellungsverfahren anwendet“. Die Kommission spricht bei der Veröffentlichung im Amtsblatt genau dann und nur dann von einer „Genehmigung“, wenn sie genehmigte Beihilfen iSd Art. 108 Abs. 3 AEUV veröffentlicht.

Demgegenüber ist bei der Veröffentlichung einer Mitteilung iSd AGVO NICHT von einer Genehmigung, sondern von „Informationen der Mitgliedstaaten“ die Rede. Somit ist offensichtlich, dass eine Freistellung nie eine Genehmigung darstellen kann.

Die europarechtlichen Folgen hat schon das BFG im Erkenntnis nach Rs C-493/14 dargelegt. Da weder eine Genehmigung noch eine Freistellung vorliegt, liegt eine unerlaubte staatliche Beihilfe an die Produktionsunternehmen vor, die zurückzufordern sein müsste. Aufgabe der nationalen Gerichte ist es, die Rechtswidrigkeit der Durchführung zu beseitigen.

Achtleitner/Bartosch/Bieber verneinen als Möglichkeit, dass die Veröffentlichung doch eine Genehmigung sein könnte, dass die Europäische Kommission nach Dilly 1 nicht reagiert hätte. Es erscheint aber nicht denkunmöglich, dass die Kommission davon ausging, dass das EuGH-Urteil innerstaatlich umgesetzt wird und daher keine Notwendigkeit sah, zu reagieren, auch da

die Beihilfe ja angeblich von 1.2.2011 bis 31.12.2013 befristet war. Außerdem wäre eine Reaktion der Kommission auch nicht nötig, da die innerstaatlichen Gerichte dafür zuständig sind, die Einhaltung des Durchführungsverbots sicherzustellen. Jedenfalls haben die innerstaatlichen Gerichte EuGH 29.7.2019, C-654/17, BMW umzusetzen.

Wenn die Kommission unter der Fallnummer SA.40192 (2014/X) (oder auch Fallnummer SA.62645 (2021ZX)) das Weiterbestehen der Befristung bestätigt haben soll, so ist einerseits auf die nicht erfolgte (laut EuG T-594/21 ohnehin keine Rechtsverbindlichkeit erzeugende) Veröffentlichung im Amtsblatt zu verweisen, andererseits wäre unklar, wer wiederum beschlossen hat, Mitteilungen an die Europäische Kommission zu verschicken und auf welcher gesetzlichen Grundlage das BMF hier wieder einmal tätig geworden ist.

Betrachtet man die beiden „Mitteilungen“ an die Europäische Kommission (SA.40192 (2014/X) oder SA.62645 (2021/X)), ist offensichtlich, dass die innerstaatlichen Behörden bezüglich Fachwissens im Zusammenhang mit AGVO 2008 und 2014 selbst noch 2021 mehr als unbedarft erscheinen.

Die erstgenannte Mitteilung wurde am 12.12.2014 als Mitteilung im Sinne und auf dem Formular der AGVO 2008 gemacht, obwohl zu diesem Zeitpunkt bereits die AGVO 2014 in Geltung war. Interessanterweise wurde dann vor dem EuGH im Verfahren C-585/17 argumentiert, dass es sich um eine Mitteilung im Sinne AGVO 2014 handeln sollte. Auf die rechtsstaatlich mehr als bedenklichen Aussagen in den Energieabgabenrichtlinien darf eindringlich hingewiesen werden.

Wenn man annimmt, dass die Veröffentlichung der Mitteilung vom 7.2.2011 im Amtsblatt am 30.09.2011 als „Genehmigung durch die Europäische Kommission“ erkannt werden soll und die Änderungen durch BBG 2011 dadurch am 01.02.2011 in Kraft getreten sind, wäre die Mitteilung der Weitergeltung ein Anwendungsfall für Art. 58 Abs. 3 und nicht Abs. 1 der AGVO 2014.

Dass beide „Mitteilungen“ offensichtlich auf den falschen Formatvorlagen gemacht wurden (die Verwendung der Formulare aus den beiden AGVO's ist eine zwingende Voraussetzung für eine Freistellung von Beihilfen und kann dies nicht einfach durch Verwendung irgendwelcher oder längst überholter Formulare ersetzt werden) und damit jedenfalls gegen sämtliche Grundlagen der AGVO 2008 bzw. 2014 verstoßen, sei nur nebenbei erwähnt.

Der Verweis in beiden „Mitteilungen“ auf den falschen Formularen, auf einen „Durchführungserlass“ oder auf „Energieabgabenrichtlinien“ erscheinen rechtsstaatlich mehr als bedenklich. Scheinbar will man hier den Eindruck erwecken, dass Richtlinien oder Erlässe im innerstaatlichen Rechtsgefüge eine Rechtsstellung haben, die nicht den realen Gegebenheiten entspricht.

So hat etwa der Verwaltungsgerichtshof in seiner Entscheidung vom 28. Jänner 2003, 2002/14/0139 dargetan, dass Erlässe aber auch Richtlinien des BMF dem Steuerpflichtigen keine Rechte einräumen. Richtlinien erklären sich (ihrem klaren Wortlaut nach) als unverbindlich (sonst wären es ja Verordnungen); sie sind also nur Ratschläge an das Finanzamt. Das Finanzamt mag Ratschläge bei seiner Entscheidung mitbedenken, die Bescheide erlässt es ausschließlich auf Grund des Gesetzes (Recht der Wirtschaft, 2003, 227f) - oder wie hier in unserer Rechtssache, teilweise auch nicht.

In diesem Zusammenhang ist auch auf den Beschluss des Verfassungsgerichtshofes vom 26. November 1996, V 46/95) zu verweisen, worin zum Ausdruck gebracht wird, dass in den

vom Gerichtshof konkret zu beurteilenden Richtlinien, wie sich aus deren Einleitungssatz ergebe, bloß die Rechtsauffassung des BMF mitgeteilt werde; derartigen Erledigungen komme normative Bedeutung nicht zu.

Wie Caspari beweist, werden auch die Voraussetzungen der AGVO 2014 NICHT eingehalten. Dies sollte jedoch auch seitens der innerstaatlichen Gerichte nicht aus den Augen verloren werden, wenn die Behörden weiterhin unbewiesene Behauptungen zur immer schon geplanten Anwendung einer AGVO aufstellen. Mit der „Mitteilung“ bezüglich SA.62645 (2021/X) haben die Behörden bewiesen, dass weiterhin eine Verweigerung der Einhaltung jeglicher Voraussetzungen der AGVO 2008 bzw. 2014 erfolgt, was rechtsstaatlich mehr als bedenklich erscheint.

Nachdem keine Gesetzesänderung mit diesen uE rechtswidrigen Mitteilungen einhergegangen ist, muss davon ausgegangen werden, dass die Voraussetzungen der AGVO (weder 2008 noch 2014) weiterhin nicht erfüllt werden, was eine Freistellung ausschließt.

Da die Behörden jedoch der Europäischen Kommission „Laufzeiten“ bekannt geben (einerseits 01.01.2015 - 31.12.2020“, andererseits 01.01.2021 - 31.12.2023) muss die Frage erlaubt sein, ob denn das BMF oder ein dort angegebener „***2***“ nunmehr mit gesetzgebender Kompetenz ausgestattet wurden, dass sie solche dem Gesetzgeber vorbehaltenen „Beschlüsse“ bezüglich Laufzeiten einer Beihilfenregelung fassen können.

Der Verweis der Autoren Achleitner/Bartosch/Bieber auf Art: 58 Abs: 1 AGVO muss mangels Erfüllung der Voraussetzungen ins Leere gehen.

„Dass mit der Veröffentlichung der Mitteilung die „Genehmigung“ durch die Europäische Kommission vorlag und damit die in § 4 Abs. 7 EAVG geregelte Bedingung für die Anwendung des § 2 Abs. 1 EAVG eingetreten war“ erscheint unter Beachtung der dargelegten Tatsachen denkunmöglich.

EXKURS: Nichtigkeitsklage nach Art 263 AEUV

Mehrere Beschwerdeführer haben im Anschluss an VfGH 14.6.2021, E 1743/2020, E 1749/2020 beim EuG im September 2021 fristgerecht eine Nichtigkeitsklage eingebracht. Darin wurde beantragt, die Veröffentlichung der Mitteilung im Amtsblatt vom 30.09.2011 für nichtig zu erklären.

Die Notwendigkeit und Wesentlichkeit der Nichtigkeitsklärung ergibt sich aus der Tatsache, dass die innerstaatlichen Höchstgerichte gegenüber den Klägerinnen in Verkennung des Urteils des EuGH C-493/14 davon ausgehen, dass die klagegegenständliche Veröffentlichung der Mitteilung in Sinne der AGVO 800/2008 europa- bzw. überhaupt rechtliche Wirkung entfalten und die in § 4 Abs. 7 EAVG geforderte „Genehmigung durch die Europäische Kommission“ darstellen könnte. Durch die beantragte Nichtigkeitsklärung würde die Berufung auf die Veröffentlichung durch die Höchstgerichte ins Leere gehen.

Die Klage wurde durch Beschluss abgelehnt, weil keine rechtsverbindliche Handlung der Kommission vorliegt, womit auch die Pro-Argumente von Achleitner/Bartosch/Bieber an Wirksamkeit verlieren. Eine Berufung auf Art. 58 Abs. 1 AGVO 2014 muss mangels Erfüllung aller Voraussetzungen außer Art 9 ins Leere gehen, wobei beide Höchstgerichte der seitens des EuGH in C-585/17 auferlegten Verpflichtung zu Überprüfung der Voraussetzungen bis heute nicht nachgekommen sind. Die Contra-Argumente erscheinen rechtlich abgesicherter.

Auszüge aus dem Beschluss:

12 Daraus folgt, dass die Veröffentlichung der streitigen Kurzbeschreibung durch die Kommission nicht als offizielle Stellungnahme betrachtet werden kann, die auf eine rechtlich verbindliche Äußerung zu der fraglichen, von der Republik Österreich übermittelten Beihilferegulierung schließen lässt.

13 Was drittens die Intention betrifft, die hinter der Veröffentlichung der streitigen Kurzbeschreibung im Amtsblatt der Europäischen Union vom 30. September 2011 durch die Kommission steht, ergibt sich diese eindeutig sowohl aus dem Wortlaut und dem Inhalt dieser Kurzbeschreibung als auch aus dem Gesamtzusammenhang, in den sie sich einfügt. Dieser besteht nämlich darin, dass die Kommission der ihr nach Art. 9 der Verordnung Nr. 800/2008 obliegenden Verpflichtung nachkommt, die von der Republik Österreich übermittelte Kurzbeschreibung der Beihilfemaßnahme in diesem Amtsblatt zu veröffentlichen. Daraus geht eindeutig hervor, dass die Intention der Kommission allein darin bestand, diese Veröffentlichung vorzunehmen, ohne eine rechtlich verbindliche, offizielle Stellungnahme zur in Rede stehenden Beihilferegulierung abzugeben, die ihr von diesem Mitgliedstaat mitgeteilt wurde.

14 Nach alledem ist es unter keinem erheblichen Gesichtspunkt möglich, der von der Kommission im Amtsblatt der Europäischen Union vom 30. September 2011 veröffentlichten streitigen Kurzbeschreibung in Bezug auf die Klägerinnen einen rechtlich verbindlichen Charakter zuzuschreiben, so dass keine anfechtbare Handlung im Sinne von Art. 263 AEUV vorliegt.

15. ... Eine Beurteilung durch die nationalen Behörden ist nämlich keinesfalls geeignet, die Natur und die Tragweite einer Handlung der Union, einschließlich der Frage, ob sie rechtlich verbindlich ist, zu berühren, da sonst die Autonomie und die Auslegung des Unionsrechts, für die allein die Unionsgerichte zuständig sind, beeinträchtigt würden (vgl. in diesem Sinne Beschluss vom 11. Juli 2019, Vattenfall Europe Nuclear Energy/Kommission, T-674/18, nicht veröffentlicht, EU:T:2019:501, Rn. 42 und die dort angeführte Rechtsprechung).

Somit wäre es aber auch den innerstaatlichen Höchstgerichten versagt gewesen, eine Entscheidung zu fallen, für die die Unionsgerichte zuständig sind, weil sie damit ihre europarechtliche Kompetenz bei weitem überschreiten.

Das wäre dann so, als ob ein Mitarbeiter des BMF einen abweichenden Inkrafttretenstag, der dem Gesetz nicht zu entnehmen ist, in einer AGVO-Mitteilung bestimmen würde und die Höchstgerichte keinen Kompetenzkonflikt im Zusammenhang mit der Gewaltentrennung sehen würden.

EXKURS: Die wesentlichen Aussagen EuGH, 29.7.2019, C-654/17, BMW

Wir möchten hier auf die klaren Aussagen - auch in Verbindung mit den EuGH-Urteilen C-493/14 Dilly's Wellnesshotel und EuGH 5. 3. 2019, C-349/17, Eesti Pagar- verweisen, wenn die Höchstgerichte entgegen diesen Urteilen des EuGH in der Veröffentlichung der Mitteilung vom 7.2.2011 im Amtsblatt, eine „Genehmigung durch die Europäische Kommission“ erkennen möchten.

Unter Beachtung dieser Urteile ist eine rechtsstaatliche Rechtfertigung für VfGH E 1743/2020 und E 1749/2020 nicht erkennbar und hätten die beide Höchstgewichte diese Urteile, die für sie zwingend umzusetzen sind, in ihre Entscheidungsfindung mit einbezogen, hätten die Fehleinschätzungen durch beide Höchstgerichte verhindert werden können. Nachdem die Urteile zum Zeitpunkt der Erkenntnisse beider Höchstgerichte jedoch bereits vorgelegen haben, kann beschwerdeführenden Parteien bezüglich einer Willkürvermutung jedenfalls nicht wirksam

entgegen getreten werden. Vielmehr bestärkt auch EuG vom 2.2.2022, T-594/21 diese Vermutungsvermutung noch.

Da es ja einigermaßen interessant erscheint, dürfen wir folgendes festhalten.

Zorn geht davon aus, dass dann, „(w)enn zu einer relevanten Rechtsfrage eine abweichende Entscheidung des EuGH ergeht, (...) der Fall der rückwirkenden Änderung der Rechtslage gegeben sein (wird)“.

Dies sollte jedenfalls auch für Beschlüsse des EuG und die genannten EuGH-Urteile gelten, womit das BFG keiner Bindung unterliegen könnte.

Ob die BFG europarechtlich dann entsprechende Erkenntnisse fällen werden, bleibt abzuwarten, wo doch die Erkenntnisse von VwGH und der VfGH in diesem Fall als rechtswidrig nicht zu berücksichtigen sein könnten.

5.4. Kritische Auseinandersetzung aus verfassungsrechtlicher Sicht

5.4.1. Die Aussagen des VfGH in den Rz 53-57

Der VfGH erkennt in Rz 53 auch den 1.1.2011 als Inkrafttretenstag und betont im Falle der Nichtgenehmigung sollte die bis dahin geltende Rechtslage unverändert bleiben und sollten somit auch Dienstleistungsbetriebe einen Vergütungsanspruch haben. Der Ausdruck „bis dahin“ bestimmt uE nur den 31.12.2010 als geplanten Endtag für die alte Regelung und dass genau am 1.1.2011 die Genehmigung vorzuliegen hat – widrigenfalls es bei der vorherigen Regelung bleibt.

In Rz 54 erkennt der VfGH:

Der Gesetzgeber hat sohin mit § 4 Abs. 7 EAVG eine Regelung geschaffen, die gewährleisten sollte, dass die Einschränkung der Beihilfe auf Produktionsbetriebe nur im Fall deren Genehmigung durch die Europäische Kommission in Kraft tritt. Der zeitliche Anwendungsbereich der Vorschrift bezieht sich in diesem Fall „auf einen Zeitraum nach dem 31. Dezember 2010“. Wenngleich § 4 Abs. 7 EAVG den zeitlichen Anwendungsbereich des § 2 EAVG nicht exakt festlegt, ist dieser doch insofern bestimmbar, als die Vorschrift dahingehend ausgelegt werden kann, dass der Beginn des zeitlichen Anwendungsbereiches der Vorschrift durch den von der Europäischen Kommission bestimmten Genehmigungszeitraum festgelegt wird (vgl. in diesem Sinn auch VwGH 18.12.2019, Ro 2016/15/0041).

Der zeitliche Anwendungsbereich wurde in einem Abgabengesetz also nicht exakt festgelegt, sondern soll erst nach mehr als zehn Jahren feststehen. Auf welcher innerstaatlichen Rechtsgrundlage der zeitliche Anwendungsbereich durch die Kommission festgelegt worden sein soll, erscheint trotz der Anfragen diesbezüglich an den VfGH offen.

Nachdem laut VfGH (Rz 51), die Kommission das Gruppenfreistellungsverfahren tatsächlich angewendet hat, geht die Kommission jetzt sogar noch einen Schritt weiter und bestimmt auch einen Genehmigungszeitraum (der mit dem von einem Mitarbeiter der Finanzverwaltung in der Mitteilung vom 7.2.2011 an die Kommission gemachten angeblichen Befristungszeitraum 1.2.2011 bis 31.12.2013 übereinstimmt).

Durchaus problematisch kann erkannt werden, dass dieser angebliche zeitliche Anwendungsbereich erst am 30.9.2011 und nur im Amtsblatt, nicht aber im BGBl, dessen Bedeutung seitens der Beschwerdeführer scheinbar überschätzt wird, veröffentlicht wurde.

Unbestritten ist, dass die Änderungen des EAVG idF BBG 2011 mangels Genehmigung durch die Kommission, welche am Tag des Inkrafttretens vorliegen hätte müssen, am 1.1.2011 nicht in Kraft getreten sein können.

Innerstaatlich konnte bis heute kein anderer „Beginn des zeitlichen Anwendungsbereiches“ oder „Inkrafttretenstag“ gefunden werden als der 1.1.2011.

Somit ist unter Berücksichtigung der ErlRV eine exakte Festlegung des Beginns des zeitlichen Anwendungsbereiches bereits im Gesetz erfolgt.

Aufgrund der Klarheit der Regelung müssen andere Auslegungen ins Leere gehen und Art. 18, Art 49 B-VG und das BGBIG wären zu beachten.

Ebenso wäre zu klären gewesen, welche Folgen das Ende des von der Kommission bestimmten Genehmigungszeitraumes innerstaatlich nach sich zieht. Die ErlRV legen klar: „Voraussetzung für die Anwendung der geänderten Bestimmungen ist die Zustimmung der Europäischen Kommission.“

Wenn die Kommission den zeitlichen Anwendungsbereich bestimmt haben soll, dann hätte sie (oder besser ein Mitarbeiter des BMF) damit auch das Ende dieses Anwendungszeitraumes bestimmt.

Mangels Genehmigung/Freistellung besteht unter diesen Voraussetzungen, wie sie der VfGH sieht, mangels „genehmigten Anwendungszeitraumes“ eine unerlaubte staatliche Beihilfe zumindestens ab 1.1.2014. Entsprechende Argumentationen finden sich in vielen Schriftsätzen in den Höchstgerichtsverfahren. Diese wurden jedoch nicht nur nicht für relevant erachtet, sondern wie bereits vorher vom VwGH nicht einmal ignoriert.

Dem Gesetz samt Materialien kann weder eine Legisvakanz noch eine Rückwirkung und auch keine Befristung oder ein Inkrafttretenstag 1.2.2011 entnommen werden. Woher die Höchststrichter diese ableiten bleibt ihr Geheimnis.

Ad Legisvakanz

Wenn die Voraussetzungen für die Vollziehung eines Gesetzes erst zu schaffen sind, so ist eine entsprechend lange Legisvakanz vorzusehen - und zwar im Gesetz selbst.

Im konkreten Fall enthält das EAVG keine Legisvakanz.

Nunmehr scheint der VfGH jedoch festgestellt zu haben, dass der Beginn des zeitlichen Anwendungsbereiches der Vorschrift durch den von der Europäischen Kommission bestimmten Genehmigungszeitraum festgelegt wird. Die in allen Verfahren aufgeworfene Fragen, woher der Zeitraum, den die Kommission als „Anwendungszeitraum“ festgelegt haben soll, kommt und auf welcher gesetzlichen Grundlage dies erfolgt sein soll, bleiben unbeantwortet.

Eine Verschiebung des Inkrafttretenstages von 1.1.2011 auf 1.2.2011 ist aus den innerstaatlichen Gesetzesmaterialien nicht abzuleiten und Art. 49 B-VG und das BGBIG scheinen überbewertet.

Geht man davon aus, dass es sich dabei um den in der Mitteilung vom 7.2.201 1 angegebenen Zeitraum der Befristung handelt, würde das bedeuten, dass die Festlegung dieses Zeitraumes durch das BMF erfolgt ist, da sich dieser Zeitraum nicht rechtswirksam aus den Gesetzesmaterialien ableiten lässt. Somit wäre zu fragen, wer diesen „Befristungszeitraum“ 1.2.201 1 bis 31.12.2013 „bestimmt hat, bzw. wer dem Mitarbeiter des BMF den Auftrag

gegeben hat, diesen Zeitraum in die Mitteilung aufnehmen, der jeglicher gesetzlichen Grundlage entbehrt.

Somit liegt eine Vorschrift vor, zu deren Sinnermittlung subtile verfassungsrechtliche Kenntnisse, qualifizierte juristische Befähigung und Erfahrung sowie geradezu archivarischer Fleiß vonnöten sind und zu deren Verständnis außerordentliche methodische Fähigkeiten und eine gewisse Lust zum Lösen von Denksport-Aufgaben erforderlich sind (VfSlg 3130/1956 und 12420/1990). Nebenbei ist auch noch grundlegendes Wissen im europäischen Beihilfenrecht gefordert, allerdings scheinbar nur von den Dienstleistungsbetrieben.

Der „umsichtige und besonnene Wirtschaftsteilnehmer“ befasst sich eingehend mit den Gesetzesmaterialien und stellt fest, dass eine Ableitung einer Legisvakanz nicht möglich erscheint, auch da ein Inkrafttretenstag 1.2.201 1 nicht gesetzlich gedeckt sein kann.

Ad Befristung

Wenn eine Rechtsvorschrift nur für einen bestimmten Zeitraum gelten soll, so ist dies in der Inkrafttreten sklausel ausdrücklich anzuordnen.

Fraglich erscheint, warum nicht auch das Ende des zeitlichen Anwendungsbereiches aus dem von der Europäischen Kommission bestimmten Genehmigungszeitraum bestimmbar sein sollte. Auf die diesbezüglichen Überlegungen in den VfGH-Beschwerdeschriften wird nicht näher eingegangen, obwohl Art. 25 Abs. 3 AGVO 2008 eine zwingende Befristung der Beihilfe erfordert (und diese mit höchstens 10 Jahren begrenzt ist), um in den Genuss der Freistellung zu kommen. Die Kommission hat in ihrer Stellungnahme zu Rs C-493/14 auch klargestellt, dass die erforderliche Befristung zwingend in der Beihilfenregelung selbst, also dem EAVG, geregelt werden muss.

Nach Ansicht des VfGH hat der Gesetzgeber im Zusammenhang mit dem Genehmigungsvorbehalt des § 4 Abs. 7 EAVG nicht auf eine formelle Anmeldung (Genehmigung) nach Art. 108 Abs. 3 AEUV abgestellt. Ebenso wenig soll der Gesetzgeber offenbar eine rechtswirksam erfolgte Freistellung im Sinne der AGVO im Auge gehabt haben. Der Gesetzgeber wollte de facto eine Veröffentlichung einer Mitteilung im Sinne der AGVO im Amtsblatt der Union (durch EuGH Dilly I rechtsunwirksam) zur Erfüllung des Genehmigungsvorbehaltes für eine Beihilfe, die praktisch keine Voraussetzung der AGVO erfüllt. Die entsprechenden Leit- und Richtlinien erscheinen ebenfalls nicht erfüllt.

In RZ 55. erkennt der VfGH, dass er vor diesem Hintergrund nicht zu erkennen vermag, dass die Regelung des § 4 Abs. 7 EAVG den Gleichheitssatz verletzen würde. Auch stehe der Gleichheitssatz einer Auslegung des § 4 Abs. 7 EAVG nicht entgegen, die das Inkrafttreten der Regelung des § 2 Abs. 1 EAVG mit dem Beginn des Genehmigungszeitraumes festlegt.

Innerstaatlich kann dieser angebliche Beginn des Genehmigungszeitraumes bis heute dem BGBl nicht entnommen werden. Auch hier bleibt es unverständlich, dass kein Bezug auf das Ende des Genehmigungszeitraumes genommen wird, wo doch die Europäische Kommission diesen festgelegt hat.

Der „umsichtige und besonnene Wirtschaftsteilnehmer“ befasst sich eingehend mit den Gesetzesmaterialien und stellt fest, dass eine Ableitung einer Befristung nicht möglich erscheint und ein Inkrafttreten innerstaatlich am 1.2.201 1 mangels Kundmachung im BGBl, auszuschließen sein muss.

In RZ 56. erkennt der VfGH, dass zwar die Mitteilung an die Europäische Kommission im Amtsblatt der Europäischen Union erst am 30. September 2011 veröffentlicht worden und insofern ein für die Zeit bis zur Mitteilung angewachsener Vergütungsanspruch gleichsam rückwirkend für die Zeit ab 1. Februar 2011 ausgeschlossen worden sei. Es sei aber vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes zur rückwirkenden Inkraftsetzung von Abgabenbelastungen (vgl. VfSlg. 12.186/1989) nicht zu erkennen, dass diese mit der Veröffentlichung der Mitteilung durch die Europäische Kommission allenfalls eingetretene Verschlechterung der Rechtsposition der beschwerdeführenden Partei gegen den Gleichheitssatz verstoßen hätte.

Ad Rückwirkung

Der Verweis auf VfSlg 12.186/1989 109 geht meines Erachtens deswegen ins Leere, weil eine Rückwirkung, die nicht dem Gesetz zu entnehmen ist, gesetzlos ist. Somit liegt eine Vorschrift vor, zu deren Sinnermittlung subtile verfassungsrechtliche Kenntnisse, qualifizierte juristische Befähigung und Erfahrung sowie geradezu archivarischer Fleiß vonnöten sind und zu deren Verständnis außerordentliche methodische Fähigkeiten und eine gewisse Lust zum Lösen von Denksport-Aufgaben erforderlich sind (VfSlg 3130/1956 und 12420/1990). Zusätzlich sind qualifizierte Kenntnisse im Beihilfenrecht vonnöten.

Aus den Grundgedanken der Judikatur zur Gleichheitsbindung rückwirkend in Kraft gesetzter Vorschriften und zum Vertrauensschutz in seiner Wirkung gegenüber dem Gesetzgeber und der Verwaltung sowie aus einer Bedachtnahme auf die Konsequenzen der rückwirkenden Einführung von belastenden Steuervorschriften ergibt sich, dass gesetzliche Vorschriften, die (nachträglich) an früher verwirklichte Tatbestände steuerliche Folgen knüpfen und dadurch die Rechtsposition der Steuerpflichtigen mit Wirkung für die Vergangenheit verschlechtern, zu einem gleichheitswidrigen Ergebnis führen, wenn die Normunterworfenen durch einen Eingriff von erheblichem Gewicht in einem berechtigten Vertrauen auf die Rechtslage enttäuscht wurden und nicht etwa besondere Umstände eine solche Rückwirkung verlangen (etwa indem sie sich als notwendig erweisen, um andere Gleichheitswidrigkeiten zu vermeiden).

Fest steht, dass besondere Umstände, die eine Rückwirkung erfordern würden, nicht vorliegen und auch nicht geltend gemacht wurden. Vielmehr gab es keine einzige diesbezügliche Stellungnahme in den VfGH-Beschwerdeverfahren. Eine mündliche Verhandlung hätte hier möglicherweise weitere Perspektiven öffnen können.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes sind rückwirkende Gesetzesänderungen, nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig. Maßgebend für die verfassungsrechtliche Zulässigkeit ist dabei die Gravität des Eingriffs sowie das Gewicht der für den Eingriff sprechenden Gründe (zB VfSlg. 14.149/1995, 14.861/1997, 15.060/1997, 15.179/1998 ua).

Schließlich ist nicht zu erkennen, dass besondere Umstände vorliegen, die das rückwirkende Inkrafttreten rechtfertigen, etwa um andere Gleichheitswidrigkeiten zu vermeiden (vgl. VfSlg 13.020/1992. 14.149/1995).

Aus den erwähnten Materialien sind aber keine Anhaltspunkte ersichtlich, die als besondere Umstände zu qualifizieren wären, um das rückwirkende Inkrafttreten der Novelle BBG 2011 hinsichtlich EAVG zu rechtfertigen.

An der Erheblichkeit des gesetzlichen Eingriffes im vorliegenden Fall vermag auch die vom VfGH aufgezeigten Dauer der Rückwirkung von „lediglich“ neun Monaten nichts ändern.

Bei der Beurteilung einer rückwirkend in Kraft getretenen Bestimmung ist – insbesondere aus Gründen der Rechtssicherheit - auf den Zeitpunkt der Kundmachung der betreffenden Rechtsvorschrift im Bundesgesetzblatt abzustellen. Erst zu diesem Zeitpunkt steht die Änderung der Rechtslage für den Rechtsunterworfenen erkennbar und mit Sicherheit fest.

Die angebliche Rückwirkung wurde bis heute nicht im BGBl veröffentlicht.

Zwar verbietet es die Bundesverfassung dem Gesetzgeber - sieht man von rückwirkenden Strafvorschriften ab - nicht, ein Gesetz mit rückwirkender Kraft auszustatten, doch muss diese Rückwirkung - wie der Verfassungsgerichtshof immer wieder betont hat - mit dem Gleichheitsgrundsatz vereinbar, also sachlich zu rechtfertigen sein (vgl etwa VfSlg 8195/1977).

Gerade im Bereich des Steuerrechts können rückwirkende gesetzliche Vorschriften mit dem Gleichheitsgrundsatz in Konflikt geraten, weil und insoweit sie den im Vertrauen auf eine bestimmte steuerliche Rechtslage Disponierenden nachträglich unsachlich belasten. Ein derartiger Fall einer unzulässigen Rückwirkung eines Steuergesetzes scheint hier vorzuliegen: Da auch eine andere Rechtfertigung für die in Frage stehende Vorschrift nicht hervorgekommen ist, ist als Ergebnis festzuhalten, dass das rückwirkende Inkraftsetzen die steuerliche Situation für jene Steuerpflichtigen gravierend geändert hat, die im Vertrauen auf die Rechtslage ihre Dispositionen getroffen haben.

Offen bleibt auch, an welchem Tag genau die (angeblichen) Voraussetzungen erfüllt waren, damit die Änderungen des EAVG durch BBG 2011 rückwirkend in Kraft treten konnten und wo dies innerstaatlich bekanntgemacht wurde.

Wozu eine Rückwirkung erforderlich sein sollte, wo doch bei Anwendung der AGVO 2008 laut Art. 9 erst das Inkrafttreten erfolgt und innerhalb von 20 Arbeitstagen die Mitteilung an die Kommission zu übersenden ist, erscheint hinterfragenswert. Für ein rückwirkendes Inkrafttreten bleibt hier kein Platz.

In Rz 57 erkennt der VfGH, dass selbst wenn von einem Eingriff von erheblichem Gewicht auszugehen wäre, im gegebenen Zusammenhang zu berücksichtigen sei, dass für den Rechtsunterworfenen schon aus § 4 Abs. 7 EAVG, der mit BGBl. I 111/2010 am 30. Dezember 2010 kundgemacht wurde, die unter dem Vorbehalt der Genehmigung durch die Europäische Kommission stehende Einschränkung der Beihilfe für Zeiträume ab dem 1. Jänner 2011 zu gewärtigen war. Ungeachtet der Frage, ob eine rückwirkende Regelung vorliegt, musste auf Grund des in der Regelung enthaltenen Hinweises auf den Genehmigungsvorbehalt jedenfalls ab Inkrafttreten des Gesetzes von einem solchen – den Anspruch ausschließenden - Regelungsinhalt ausgegangen werden. Eine berechtigte Erwartung, der Vergütungsanspruch würde für steuerpflichtige Dienstleistungsbetriebe bis auf weiteres auch 2011 unbeeinträchtigt fortbestehen, liegt somit aber nicht vor.

Aus § 4 Abs. 7 EAVG iVm ErlRV ist für alle Betroffenen klar ersichtlich, dass die Regelung nur am 1.1.2011 nach Genehmigung der Beihilfe durch die Kommission in Kraft treten konnte bzw. der Anwendungsbereich nur am 1.1.2011 beginnen konnte.

Da die Genehmigung am 1.1.2011 nicht vorgelegen hat, konnte der „umsichtige und besonnene Wirtschaftsteilnehmer“ - der ja auch erkannt hatte, dass die in Frage stehende Beihilfenregelung einer Genehmigung durch die Kommission ebensowenig zugänglich ist, wie einer Freistellung im Sinne der AGVO - darauf vertrauen, dass der Gesetzgeber eine entsprechende Novelle beschließen wird müssen, um die geplanten Änderungen im EAVG rechtswirksam in Kraft zu setzen.

Auf diese wartet er mittlerweile 12 Jahre und auch die Frist des Art. 25 Abs. 3 ist mittlerweile abgelaufen, ohne dass der Gesetzgeber entsprechend reagiert hat.

Die berechnete Erwartung, der Vergütungsanspruch würde für Dienstleistungsbetriebe bis auf weiteres auch 2011 unbeeinträchtigt fortbestehen, liegt aber schon allein deswegen vor, da die Regelungen des EAVG idF BBG 2011 nicht einer Genehmigung unter den Richt-/Leitlinien zugänglich sind.

Der „umsichtige und besonnene Wirtschaftsteilnehmer“ erkennt den zukünftigen Anspruch auch 2011 ff, weil eben keine rückwirkende Inkraftsetzung und auch keine Legislative gesetzlich geregelt ist. Nach Genehmigung durch die Kommission wäre die Inkraftsetzung im BGBl zu veröffentlichen gewesen. Erst danach wäre die berechnete Erwartung auf den Vergütungsanspruch, die bis heute wirkt, nicht mehr gerechtfertigt gewesen.

5.4.2. Die Aussagen des VfGH in Rz 58

Der VfGH bezieht sich in Rz 58 auf die Rechtsprechung um die Jahrtausendwende. Booking.com und andere Plattformen waren unbekannt und die Feststellung, dass Dienstleistungsunternehmen nicht im internationalen Wettbewerb stünden, ist – betrachtet man beispielsweise Werbeagenturen, Architekten oder auch Steuerberater – längst überholt.

5.4.3. Die Aussagen des VfGH in den Rz 59-61

RZ 59. 5. Auch liegt eine Verletzung des Bestimmtheitsgrundsatzes nicht vor:

RZ 60. 5.1. Das im Art. 18 Abs. 1 B-VG verankerte Rechtsstaatsprinzip gebietet, dass Gesetze einen Inhalt haben müssen, durch den das Verhalten der Behörde vorherbestimmt ist. Ob eine Norm diesem rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebot entspricht, richtet sich aber nicht nur nach ihrem Wortlaut, sondern auch nach ihrer Entstehungsgeschichte, dem Gegenstand und dem Zweck der Regelung (vgl. VfSlg. 15.447/1999). Bei der Ermittlung des Inhaltes einer gesetzlichen Regelung sind alle zur Verfügung stehenden Auslegungsmöglichkeiten auszuschöpfen: Nur wenn sich nach Heranziehung aller Interpretationsmethoden nicht beurteilen lässt, was im konkreten Fall rechtens ist, verletzt die Norm die in Art. 18 B-VG statuierten rechtsstaatlichen Erfordernisse (vgl. VfSlg. 8395/1978, 14.644/1996, 15.447/1999, 16. 137/2001 und 18. 738/2009).

Inwieweit das Verhalten von Behörden vorherbestimmbar ist, wenn es nach 12 Jahren noch immer keine Rechtssicherheit gibt (Achtleitner/Bartosch/Bieber), mag dahingestellt bleiben. Auf die Tatsache, dass die beschwerdeführenden Parteien sich auch schon auf die genannten EuGH-Urteile berufen haben, darf hingewiesen werden.

Leider geht der VfGH nicht näher auf die Entstehungsgeschichte, den Gegenstand und den Zweck der Regelung ein. Die Heranziehung aller Interpretationsmethoden erscheint dem Autor auf der Grundlage des klaren Wortlautes entbehrlich, weil auch die ErlRV klare .Anordnungen enthalten.

Die seitens des BFG gefundene Lösung wäre uE verfassungsrechtlich und europarechtlich unbedenklich. Es scheint eher nicht naheliegend, dass man, um den zeitlichen Anwendungsbereich einer innerstaatlichen Gesetzesnovelle zu eruieren, das Amtsblatt der Europäischen Union heranzuziehen hat, wobei von diesem zeitlichen Anwendungsbereich dann nur der Beginn relevant sein soll, nicht aber dessen Ende und Gesetzesänderungen wie abweichende Inkrafttretenstage nun scheinbar nicht mehr im BGBl, veröffentlicht werden müssen.

Der Gesetzgeber muss der breiten Öffentlichkeit den Inhalt seines Gesetzesbeschlusses in klarer und erschöpfender Weise zur Kenntnis bringen, da anderenfalls der Normunterworfenen nicht die Möglichkeit hat, sich der Norm gemäß zu verhalten. Diesem Erfordernis entspricht weder eine Vorschrift, zu deren Sinnermittlung subtile verfassungsrechtliche Kenntnisse, qualifizierte juristische Befähigung und Erfahrung sowie geradezu archivarischer Fleiß vonnöten sind, noch eine solche, zu deren Verständnis außerordentliche methodische Fähigkeiten und eine gewisse Lust zum Lösen von Denksport-Aufgaben erforderlich sind (VfSlg 3130/1956 und 12.420/1990). Nun kommen zu den angeführten auch noch zusätzlich qualifizierte Kenntnisse im europäischen Beihilfenrecht.

Dass eine Verletzung des Bestimmtheitsgrundsatzes nicht vorliegen soll, wenn (nur beispielsweise)

1. *die Anwendung der AGVO dem Gesetz nicht zu entnehmen ist*
2. *der Inkrafttretenstag 1.2.2011 ebenfalls nicht*
3. *eine Legislavakanz nicht aus dem Gesetz abgeleitet werden kann*
4. *eine rückwirkende Inkraftsetzung nicht im Gesetz geregelt ist*
5. *grundlegende Voraussetzungen der AGVO nicht eingehalten werden (wie z.B. eine Befristung)*
6. *der EuGH eine Anwendung der AGVO 2008 dezidiert ausgeschlossen hat, der VfGH sich aber trotzdem auf eine Veröffentlichung der Mitteilung im Sinne dieser AGVO beruft (die selbst die innerstaatlichen Behörden im Verfahren C-585/17 als rechtsunwirksam bezeichnet haben)*

erscheint rechtsstaatlich nicht argumentierbar.

In Rz 61 erkennt der VfGH, dass der Wortlaut „Betriebe, deren Schwerpunkt nachweislich in der Herstellung körperlicher Wirtschaftsgüter besteht“ in § 2 Abs. 1 EAVG einer Auslegung zugänglich (vgl. etwa VwGH 18. 12. 2019, Ro 2015/15/0021) und daher im Hinblick auf Art. 18 B-VG hinreichend bestimmt sei. Auch § 4 Abs. 7 EAVG sei entgegen der Auffassung der beschwerdeführenden Partei einer Auslegung zugänglich.

Anzumerken ist, dass die beschwerdeführende Partei sehr wohl der Auffassung ist, dass § 4 Abs. 7 EAVG einer Auslegung zugänglich ist, nur nicht jener, die der VwGH und nunmehr auch der VfGH erkennen wollen, weil deren Ansicht verfassungs- und europarechtlich (unter Beachtung EuG vom 2.2.2022 T-594/21) nicht haltbar erscheinen.

Wenn die Höchstgerichte nunmehr beginnen, eine Vorschrift dahingehend auszulegen, dass der Beginn des zeitlichen Anwendungsbereichs der Vorschrift durch den von der Europäischen Kommission bestimmten Genehmigungszeitraum festgelegt wird, scheint der innerstaatliche Gesetzgeber irrelevant.

Andererseits ist aufgrund der „Mitteilung“ vom 7.2.2011 an die Kommission (das einzige Dokument, das den 1.2.2011 enthält und die Veröffentlichung dieses Dokumentes soll ja auch die Genehmigung durch die Kommission darstellen) der Verfasser dieser Mitteilung auch der, welcher dieses Datum bestimmte und es handelte sich dabei jedenfalls nicht um den Gesetzgeber.

Diese Tatsache wird seitens der Höchstgerichte jedoch nicht als relevant erachtet, während und obwohl die beschwerdeführenden Parteien rechtsrichtig hier eine Kompetenzproblematik in der Gewaltentrennung zu erkennen glauben.

Wenn man den beiden Höchstgerichten folgen möchte, kann § 4 Abs. 7 EAVG nicht jenen Grad an Determinierung aufweisen, den Art 18 Abs. 1 B-VG vorschreibt. Das dort verankerte Rechtsstaatsprinzip gebietet, dass Gesetze einen Inhalt haben müssen, durch den das Verhalten der Behörde vorherbestimmbar ist.

Der Verfassungsgerichtshof hat das Problem der Normenklarheit mehrfach eindeutig und durchaus pointiert zum Ausdruck gebracht: Für den Gesetzgeber ergibt sich aus Art 18 B-VG, dass die gesetzlichen Grundlagen für die Vollziehung inhaltlich ausreichend determiniert sein müssen. Das Ausmaß an Determinierung muss dem jeweiligen Regelungsgegenstand entsprechen: Gesetze, die zu Grund rechtseingriffen ermächtigen (eingriffsnahe Gesetze), unterliegen einem strengen Bestimmtheitsgebot.

Der Gesetzgeber ist je nach Regelungsmaterie mehr oder weniger an den Bestimmtheitsgrundsatz gebunden (differenziertes Legalitätsgebot). Strenge Bindungen bestehen bei Eingriffen in Grundrechte, bei Bestimmungen im Strafrecht, Steuerrecht und Sozialversicherungsrecht.

Das gilt insbesondere bei der Verwendung unbestimmter Gesetzesbegriffe, die auch im Steuerrecht zulässig ist. Das Gesetzmäßigkeitsprinzip ist jedoch auch im Steuerrecht verletzt, wenn über den Inhalt eines Begriffes eine Vielzahl unvereinbarer Auffassungen, die jeweils gleichgewichtige Gründe für sich haben, existiert.

Das Bestimmtheitsgebot, welches aus dem in Art. 18 Abs. 1 B-VG genannten Legalitätsprinzip abgeleitet wird, besagt, dass ein Gesetz, dem keine ausreichende Determinierung entnommen werden kann, verfassungswidrig ist. Betroffen sind aber auch §§ 2 Abs. 1, 2 Abs. 3 und 3 Z 1 EAVG idF BBG 2011. Es erscheint jedenfalls nicht denkunmöglich, dass hier eine Änderung der Rechtsprechung stattgefunden hat, die jedoch nicht ausreichend begründet ist.“

Im Anschluss daran wies die Bf. in Punkt 6 der Beschwerde auf das Durchführungsverbot des Art 108 Abs 3 AEUV hin.

Das Durchführungsverbot von Beihilfen sei unmittelbar anwendbares Unionsrecht und "begründe Rechte der Einzelnen, die von den nationalen Gerichten zu beachten sind" (EuGH 11.12.1973, Rs C-120/73, *Lorenz*, Rz 8; OGH 19.01.2010, 4 Ob 154/09i) und "diene dem Schutz der Mitbewerber gegen Eingriffe des Staates in den Leistungswettbewerb (OGH 19.01.2010, 4 Ob 154/09i). Nationalen Gerichten komme die Aufgabe zu, „über die Wahrung der Rechte des Einzelnen bei Verstößen gegen die Verpflichtung nach Art. 108 Abs. 3 AEUV zu wachen" (EuGH 21.10.2003, C-261/01 und C-262/01, *van Calster*; OGH 19.1.2010, 4 Ob 154/09i); und „die Rechte des Einzelnen dagegen zu schützen, dass staatliche Stellen das Verbot der Durchführung von Beihilfen vor dem Erlass einer Entscheidung der Kommission, mit der diese genehmigt werden, verletzen." (EuGH 5.10.2006, Rs C-368/04, *Transalpine*). Weiters müssten sie Schutzmaßnahmen erlassen, „wenn die Qualifizierung als staatliche Beihilfe nicht zweifelhaft ist, wenn die Durchführung der Beihilfe unmittelbar bevorsteht oder die Beihilfe durchgeführt wurde und wenn keine außergewöhnlichen Umstände, die eine Rückforderung unangemessen erscheinen lassen, festgestellt worden sind." (EuGH, C-1/09, *CELF II*, Rz 36.)

1. Durch das Inkrafttreten der Änderungen des EAVG durch das BBG 2011 bestehe eine unerlaubte staatliche Beihilfe.
2. Keine Anmeldung/Genehmigung bei/durch die Kommission iSd Art. 108 Abs. 3 AEUV
3. Freistellung nach AGVO 2008 könne ausgeschlossen werden.
4. Freistellung nach AGVO 2014 könne ausgeschlossen werden.

Aus VfGH E 1743/2020 und VwGH Ro 2016/15/0041 iVm EuGH Rs C-493/14 und C-585/17 folge, dass ein Durchführungsverbot bestehe, das die innerstaatlichen Gerichte umzusetzen hätten.

Unter **Punkt 7** der Beschwerde untersucht die Bf. eine mögliche Bindungswirkung des Bundesfinanzgerichts an bisher ergangene Erkenntnisse des VfGH und kommt zum Schluss, dass eine solche nicht vorliege. Da dies hier außer Zweifel steht, wird auf eine detaillierte Darstellung verzichtet.

Unter **Punkt 8** fasst die Bf. zusammen, es erscheine denkmöglicher, dass der Gesetzgeber immer von einer Anmeldung und Genehmigung iSd Art. 108 Abs. 3 ausgegangen sein muss, als, dass er eine planmäßige Anwendung einer AGVO beabsichtigte.

Der VfGH berufe sich darauf, dass die Kommission das Gruppenfreistellungsverfahren angewendet haben soll und dabei auch gleich einen zeitlichen Anwendungsbereich bestimmt habe, von dem allerdings nur der Beginn innerstaatlich relevant sein soll. Dass dieser zeitliche Anwendungsbereich innerstaatlich mangels Kundmachung im BGBl nicht einer breiten Öffentlichkeit in klarer und erschöpfender Weise zur Kenntnis gebracht wurde, vermöge die Entscheidung des VfGH nicht zu beeinflussen.

Danach habe der Gesetzgeber mit dem Genehmigungsvorbehalt des § 4 Abs. 7 EAVG weder eine ordnungsgemäße Genehmigung auf Basis einer Anmeldung iSd Art. 108 Abs. 3 AEUV gemeint noch eine rechtswirksam erfolgte Freistellung im Sinne einer AGVO.

Der VfGH erkenne die Erfüllung des Genehmigungsvorbehaltes in einer Veröffentlichung einer innerstaatlich nicht gedeckten Mitteilung im Sinne der AGVO 2008 im Amtsblatt der Union (die dann durch EuGH Rs C-493/14, uE rechtsunwirksam wurde) für eine Beihilfe, die fast keine Voraussetzung der AGVO erfülle. Er lasse sich nicht von der BMF-Meinung abbringen.

In den Entscheidungen der beiden Höchstgerichte hätten neben den beiden Dilly-Urteilen weitere grundlegende Urteile des EuGH keine Berücksichtigung gefunden.

Das Urteil des EGMR müsse bezüglich der dort urgierten Verletzungen des Art 6 EMRK abgewartet werden (siehe dazu Ergänzung 19. Mai 2023).

Aus den vorangegangenen Ausführungen ergebe sich zweifelsfrei, dass die Bescheide vom 20. Juli 2020 betreffend Vergütung von Energieabgaben für die Wirtschaftsjahre 02/2012 - 01/2013 bis 02/2018 bis 01/2019 mit Rechtswidrigkeit ihres Inhaltes behaftet und daher aufzuheben seien.

Es sei erwiesen, dass die Änderungen des Energieabgabenvergütungsgesetzes in der Fassung des BBG 2011, BGBl. I Nr. 111/2010 weder am 1. Jänner 2011 noch am 1. Februar 2011 in Kraft getreten sind. Sie seien bis heute nicht anwendbar. Ihre Anwendung widerspreche Art. 18 B-VG.

1.2. Beilagen zur Beschwerdeschrift

Aus den als Beilage zur Beschwerdeschrift vorgelegten Dokumenten ergeben sich weitere Rügen der Bf.:

1.2.1. Klageschrift an den EGMR mit Annahmeschreiben vom 12. Jänner 2022 (Beschwerde Nr. 4037/22)

Mit diesem Schriftsatz beschwerte sich die Bf. beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte bezüglich der Abweisung des Antrages auf Energieabgabenvergütung vom 18. Juni 2012 für das Wirtschaftsjahr 2011/12 (BFG 23.3.2020, RV/6100133/2013; VfGH 23.6.2021, E 1720/2020). Die sechs Rechtsverletzungen, die hier zum Vorwurf erhoben wurden, lassen sich im Kern wie folgt zusammenfassen:

a) *Befangenheit eines Richters des Verfassungsgerichtshofes*

Nach dem Vorbringen der Bf. könnte der Verfassungsrichter ***3*** den Tatbestand der Befangenheit erfüllt haben. Durch seine federführende Tätigkeit bei der Erstellung eines Gutachtens durch eine Kanzlei, bei der er Partner war, im Verfahren VfGH B 321/12 könnte er in der Rechtssache E 1743/2020, 1749/2020 und E 1720/2020 als voreingenommen und befangen angesehen werden. Auch seine Tätigkeiten als Mitglied der Steuerreformkommission und als Steuerberater ließen in Verbindung mit seiner Tätigkeit als Universitätsprofessor Zweifel an seiner Unparteilichkeit aufkommen. Zudem hielt die Bf. diesen Verfassungsrichter durch tendenzielle Ausführungen in Gutachten aus 2012 für belastet („Sowohl aus unionsrechtlicher als auch aus verfassungsrechtlicher Sicht erscheint uE eine Bekämpfung der gegenständlichen Regelung im Instanzenzug wenig erfolgversprechend“).

Als Mitglied der Steuerreformkommission habe er ein nicht unbeträchtliches Naheverhältnis zu Regierung bzw. Gesetzgebung gehabt, was auch Schlüsse auf eine Befangenheit zulassen könnte. Auch in seiner Funktion als Gesellschafter einer Wirtschaftstreuhandgesellschaft sei er sicherlich auch mit Klienten beschäftigt, die als Dienstleistungsunternehmen Anträge auf Energieabgabenvergütung gestellt haben und damit von der beim VfGH beschwerdegegenständlichen Regelung betroffen sind.

Damit müssten nach Ansicht der Bf. zureichende Anhaltspunkte gegeben sein, die geeignet sind, bei einem verständig würdigenden objektiven Beurteiler die volle Unbefangenheit in Zweifel zu ziehen.

b) *Fehler des Verwaltungsgerichtshofes*

Als nächstes wirft die Bf. dem Verwaltungsgerichtshof vor, dass es sich bei einer Aussage „in seinem Schriftsatz an den EuGH (Rs C585/17)“ um die Unwahrheit zu handeln scheine.

c) *Ignorieren und Missbrauch der Verfassung, Verletzung der Gewaltentrennung*

Zudem würden die Aufforderungen vieler Beschwerdeführer ignoriert, offenzulegen, wer, wann und auf welcher gesetzlichen Grundlage beschlossen hat, eine AGVO 800/2008 anzuwenden, und woher das nunmehr angebliche Inkrafttretensdatum 1.2.2011 stammt. Auch würde neben anderem auch der Aufforderung nicht nachgekommen, jenes Bundesgesetzblatt offenzulegen, in dem die Änderung des Inkrafttretenstages vom 1.1.2011 auf den 1.2.2011 kundgemacht worden sein soll.

Dass der VfGH solch einem massiven Verstoß gegen Art 18 B-VG bzw. Art 49 B-VG in Verbindung mit § 3 BGBIG unterstützt und der VwGH diesen Verstoß praktisch anstößt, widerspreche jedenfalls dem Recht auf ein faires Verfahren, wenn Höchstrichter die Verfassung ignorieren, ja sogar noch willkürlich für eine Entscheidung im Sinne des Bundesministeriums missbrauchen.

d) *Verfahrenslänge und Missachtung des Neuerungsverbotes durch beide Höchstgerichte*

Die mehr als 10-jährige Zeitspanne werde durch fragwürdigste Vorlagen an den EuGH und Erkenntnisse bzw. Beschlüsse der Höchstgerichte noch weiter verlängert. Dabei scheinen nach der Rüge der Bf. Regeln wie das vor den Höchstgerichten geltende Neuerungsverbot nur für Abgabepflichtige zu gelten. Die Behörden könnten immer wieder neue Rechtsansichten einbringen.

e) *Unbegründete Änderung der ständigen Rechtsprechung durch den VfGH und Verweigerung des Parteiengehörs*

Der VfGH ändere damit völlig unerwartet seine ständige Rechtsprechung zum rückwirkenden Inkrafttreten von Gesetzen, ohne eine Begründung für sein Vorgehen zu liefern. Eine Gelegenheit zur Stellungnahme zu dieser unerwarteten Vorgehensweise des VfGH sei verweigert worden.

f) *Fehlende Umsetzung EuGH C-493/14 und C-585/17*

Die Bf. führte aus, weder die genannten EuGH-Urteile würden von den Höchstgerichten umgesetzt noch das Durchführungsverbot.

Nachdem der VfGH das Urteil des EuGH in der Rs C-493/14 nicht umgesetzt habe, wäre er verpflichtet gewesen, die im Verfahren offen gebliebenen Fragestellungen nochmals an den EuGH heranzutragen, um zu klären, ob überhaupt eine nach der AGVO 800/2008 freistellungsfähige Beihilfe vorliegt, was seitens des BFG im Verfahren Dilly C-493/14 mehr als bezweifelt worden sei.

Mit Schriftsatz vom 19. Mai 2023 teilte die Bf. über Nachfrage mit, das Urteil des EGMR müsse nicht abgewartet werden, da der dort wie hier beschwerdeführenden Partei abgesprochen worden sei, alle Rechtsmittel ausgeschöpft zu haben. Dies obwohl beide nationalen Höchstgerichte entschieden hatten, jedoch zuerst der VwGH und dann der VfGH, der dann aber wieder an den VwGH abgetreten habe. Die Bf. habe keine Chance gesehen und diese Abtretung nicht weiterverfolgt. Im Falle der nun vorliegenden Jahre sei eine neuerlicher Gang vor den EGMR nicht auszuschließen.

1.2.2. Abweisungsbeschluss EuG 2.2.2022, T-594/2021

Aus dem vorgelegten Beschluss des Europäischen Gerichts EuG 2.2.2022, Rs T-594/21 ergeben sich die folgenden Sachverhaltselemente: Diese Klage wurde neben der Bf. noch von vier weiteren Klägern gegen die Europäische Kommission eingebracht, die nach Art. 263 AEUV die **Nichtigerklärung** der von der Kommission im Amtsblatt der Europäischen Union vom 30. September 2011 (ABl. 2011, C 288, S. 21) veröffentlichten, von der Republik Österreich gemäß der Verordnung (EG) Nr. 800/2008 der Kommission vom 6. August 2008 zur **Erklärung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Gemeinsamen Markt** in Anwendung der Artikel 107 und 108 AEUV (Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung) (ABl. 2008, L 214, S. 3) übermittelten Kurzbeschreibung der Beihilferegelung SA.32526 (11/X) verlangten.

Das EuG wies die Klage als offensichtlich unzulässig ab und führte wörtlich aus (Formatierung **fett** durch Bundesfinanzgericht):

„[...]

3 Nach Art. 126 seiner Verfahrensordnung kann das Gericht, wenn es für die Entscheidung über eine Klage offensichtlich unzuständig ist oder eine Klage offensichtlich unzulässig ist oder ihr offensichtlich jede rechtliche Grundlage fehlt, auf Vorschlag des Berichterstatters jederzeit die Entscheidung treffen, durch mit Gründen versehenen Beschluss zu entscheiden, ohne das Verfahren fortzusetzen.

4 Im vorliegenden Fall hält sich das Gericht aufgrund der Aktenlage für ausreichend informiert und beschließt, ohne Fortsetzung des Verfahrens zu entscheiden.

*5 Nach ständiger Rechtsprechung sind „**anfechtbare Handlungen**“ im Sinne von Art. 263 AEUV unabhängig von ihrer Form alle von den Organen der Europäischen Union erlassenen Bestimmungen, die verbindliche Rechtswirkungen erzeugen sollen. Für die Feststellung, ob eine angefochtene Handlung solche Wirkungen erzeugt, ist auf ihr Wesen abzustellen. Die Wirkungen sind anhand objektiver Kriterien zu beurteilen, wie z. B. des Inhalts der Handlung, wobei gegebenenfalls der Zusammenhang ihres Erlasses und die Befugnisse des die Handlung vernehmenden Organs zu berücksichtigen sind (Urteil vom 25. Oktober 2017, Rumänien/Kommission, 0599/ 15 P, EU:C:20 17:801, Rn. 47 und 48; vgl. in diesem Sinne Urteil vom 13. Februar 2014, Ungarn/Kommission, C-31/13 P, EU:C:2014:70, Rn. 54 und 55 und die dort angeführte Rechtsprechung).*

6 Im Fall einer **Nichtigkeitsklage**, die wie im vorliegenden Fall von einer natürlichen oder juristischen Person erhoben wird, ist es außerdem erforderlich, dass die verbindlichen Rechtswirkungen der angefochtenen Handlung geeignet sind, die Interessen des Klägers durch eine qualifizierte **Änderung seiner Rechtsstellung zu beeinträchtigen** (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 13. Oktober 2011, Deutsche Post und Deutschland/Kommission, C-463/10 P und C-475/10 P, EU:C:2011:656, Rn. 37 und die dort angeführte Rechtsprechung).

7 Da im vorliegenden Fall die Form der **streitigen Kurzbeschreibung**, die von der Kommission im Amtsblatt der Europäischen Union vom 30. September 2011 veröffentlicht wurde, nicht maßgeblich ist, ist diese Kurzbeschreibung inhaltlich zu prüfen, um zu beurteilen, ob sie gegenüber den Klägerinnen verbindliche Rechtswirkungen entfaltet. Dabei sind insbesondere ihr Wortlaut, ihr Inhalt, der Kontext, in dem sie erstellt wurde, und die Intention ihres Verfassers zu berücksichtigen. Hierzu machen die Klägerinnen im Wesentlichen geltend, der österreichische Verfassungsgerichtshof habe diese Kurzbeschreibung zu Unrecht als „Genehmigung der Kommission“ der fraglichen Beihilferegulung ausgelegt, die anzufechten sie beabsichtigen.

8 Erstens ist zum Wortlaut und zum Inhalt der streitigen Kurzbeschreibung festzustellen, dass sich die Kommission darauf beschränkt hat, im Amtsblatt der Europäischen Union vom 30. September 2011 unter der Überschrift „Informationen der Mitgliedstaaten“ die Angaben zu der betreffenden Beihilfemaßnahme nach der Verordnung Nr. 800/2008 zu veröffentlichen, die ihr von der Republik Österreich gemäß der Transparenzpflicht nach Art. 9 dieser Verordnung übermittelt wurden. Die **Kurzbeschreibung**, die in Form einer Tabelle erstellt wurde, enthält knappe Angaben wie die Referenz-Nummer der staatlichen Beihilfe, den Namen des betroffenen Gebiets, die für die in Rede stehende Beihilfe zuständige Bewilligungsbehörde, den Namen der Beihilfemaßnahme, die einzelstaatliche Rechtsgrundlage und die Fundstelle der amtlichen Veröffentlichung im Mitgliedstaat, die Art der Maßnahme, die Laufzeit der Beihilfe, die betroffenen Wirtschaftszweige, die Art des Beihilfeempfängers, das gesamte nach der Regelung vorgesehene Jahresbudget und den Weblink der österreichischen Regierung zum vollständigen Wortlaut der Beihilfemaßnahme. Es ist darauf hinzuweisen, dass das in der Tabelle für einen potenziellen Verweis auf die Kommissionsentscheidung über die fragliche Beihilfe vorgesehene Feld keinen Eintrag enthält, woraus sich ergibt, dass keine endgültige Stellungnahme der Kommission zu dieser Beihilfe existiert.

9 Daraus folgt, dass **weder der Wortlaut noch der Inhalt der streitigen Kurzbeschreibung darauf schließen lassen, dass sich die Kommission rechtlich verbindlich zu der in Rede stehenden Beihilferegulung geäußert hat**, die ihr von der Republik Österreich übermittelt wurde.

10 Zweitens ist zu dem Kontext, in dem die streitige Kurzbeschreibung steht, festzustellen, dass diese im Rahmen der Transparenzpflicht nach Art. 9 der Verordnung Nr. 800/2008 erstellt wurde, wonach binnen 20 Arbeitstagen ab Inkrafttreten einer Beihilferegulung oder Bewilligung einer Ad-hoc-Beihilfe, die nach dieser Verordnung freigestellt ist, der betreffende **Mitgliedstaat der Kommission eine Kurzbeschreibung der Beihilfemaßnahme [übermittelt]**. Diese Kurzbeschreibung wird über die von der Kommission eingerichtete IT-Anwendung in elektronischer Form und nach dem Muster in Anhang III übermittelt. [...] Die Kurzbeschreibung wird von der Kommission im Amtsblatt der Europäischen Union und auf der Website der Kommission veröffentlicht.

11 Außerdem ist darauf hinzuweisen, dass Art. 10 („Beihilfenkontrolle“) Abs. 1 der Verordnung Nr. 800/2008 vorsieht, dass „[d]ie Kommission regelmäßig die Beihilfemaßnahmen [überprüft],

von denen sie nach Artikel 9 [dieser Verordnung] unterrichtet wurde“. Des Weiteren ist in Art. 10 Abs. 3 vorgesehen, dass „[d]ie Mitgliedstaaten der Kommission auf deren schriftliches Ersuchen hin innerhalb von 20 Arbeitstagen oder eines längeren, in dem Ersuchen angegebenen Zeitraums alle Informationen übermitteln [müssen], die nach Ansicht der Kommission nötig sind, um die Anwendung dieser Verordnung zu überprüfen“.

12 Aus diesen Bestimmungen ergibt sich, dass die Kommission **im Zeitpunkt der Veröffentlichung der Kurzbeschreibung gemäß Art. 9 der Verordnung Nr. 800/2008 lediglich die Kurzbeschreibung seitens des betreffenden Mitgliedstaats entgegennimmt** und sie im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht, **ohne** die gemäß dieser Bestimmung zur Kenntnis gebrachten Beihilfemaßnahmen in irgendeiner Weise **zu überprüfen**. Daraus folgt, dass die Veröffentlichung der streitigen Kurzbeschreibung durch die Kommission nicht als offizielle Stellungnahme betrachtet werden kann, die auf eine rechtlich verbindliche Äußerung zu der fraglichen, von der Republik Österreich übermittelten Beihilferegulierung schließen lässt.

13 Was drittens die Intention betrifft, die hinter der Veröffentlichung der streitigen Kurzbeschreibung im Amtsblatt der Europäischen Union vom 30. September 2011 durch die Kommission steht, ergibt sich diese eindeutig sowohl aus dem Wortlaut und dem Inhalt dieser Kurzbeschreibung als auch aus dem Gesamtzusammenhang, in den sie sich einfügt. Dieser besteht nämlich darin, dass die Kommission der ihr nach Art. 9 der Verordnung Nr. 800/2008 obliegenden Verpflichtung nachkommt, die von der Republik Österreich übermittelte Kurzbeschreibung der Beihilfemaßnahme in diesem Amtsblatt zu veröffentlichen.

Daraus geht eindeutig hervor, dass die **Intention der Kommission allein darin bestand, diese Veröffentlichung vorzunehmen**, ohne eine rechtlich verbindliche, offizielle Stellungnahme zur in Rede stehenden Beihilferegulierung abzugeben, die ihr von diesem Mitgliedstaat mitgeteilt wurde.

14 Nach alledem ist es unter keinem erheblichen Gesichtspunkt möglich, der von der Kommission im Amtsblatt der Europäischen Union vom 30. September 2011 veröffentlichten streitigen Kurzbeschreibung in Bezug auf die Klägerinnen einen rechtlich verbindlichen Charakter zuzuschreiben, so dass **keine anfechtbare Handlung** im Sinne von Art. 263 AEUV vorliegt.

15 Diese Beurteilung, die auf den einschlägigen, oben in den Rn. 5 und 6 genannten unionsrechtlichen Kriterien beruht, wird selbst dann nicht in Frage gestellt, wenn der Verfassungsgerichtshof die in Rede stehende Kurzbeschreibung als „Genehmigung der Kommission“ der Beihilferegulierung, die die Klägerinnen anfechten wollen, qualifiziert hat. **Eine Beurteilung durch die nationalen Behörden ist nämlich keinesfalls geeignet, die Natur und die Tragweite einer Handlung der Union, einschließlich der Frage, ob sie rechtlich verbindlich ist, zu berühren**, da sonst die Autonomie und die Auslegung des Unionsrechts, für die allein die Unionsgerichte zuständig sind, beeinträchtigt würden (vgl. in diesem Sinne Beschluss vom 11. Juli 2019, Vattenfall Europe Nuclear Energy/Kommission, T-674/18, nicht veröffentlicht, EU:T:2019:501, Rn. 42 und die dort angeführte Rechtsprechung).

16 Daher ist die Klage als offensichtlich unzulässig abzuweisen, soweit sie auf die Nichtigerklärung der von der Kommission im Amtsblatt der Europäischen Union vom 30. September 2011 veröffentlichten Kurzbeschreibung gerichtet ist, ohne dass es der Zustellung der Klageschrift an die Kommission bedarf.

[...]“

1.2.3. E-Mail einer WT-Kanzlei aus dem Juli an die ÖHV mit dem Angebot, diese beiden „Gutachten“ (die eher „Schlechtachten“ seien) für die ÖHV bzw. den Gemeindebund vorzulegen.

Zusätzlich übermittelte die Bf. eine Stellungnahme vom 25. Juli 2011 der oben erwähnten Kanzlei, an der der namentlich genannte Verfassungsrichter beteiligt ist.

1.3. Ergänzung zur Beschwerde vom 19. Mai 2023

Am 23. Mai 2023 langte eine 55-seitige Ergänzung der Beschwerde beim Bundesfinanzgericht ein. Mit ihr urgierte die Bf. eine Entscheidung, wiederholte im Kern die bereits vorgebrachten Argumente und vertiefte sie in Teilbereichen weiter.

- a) Ein zentraler Punkt der Ergänzung ist die Rüge, dass der **Tag des relevanten Inkrafttretens** der strittigen Bestimmung nicht im **Bundesgesetzblatt** kundgemacht wurde und auch nicht begründet worden sei, warum eine solche Kundmachung nicht zu erfolgen hätte. Die Bf. stellt dazu auch dar, dass vom Verfassungsdienst des Bundeskanzleramtes die Prüfung einer solchen Verpflichtung vorgeschlagen worden war. Unbestritten blieb, dass die Aufnahme einer solchen Verpflichtung in das Gesetz nicht erfolgte. So kritisierte die Bf. weiters, dass die beiden Höchstgerichte der Kommission gesetzgebende Kompetenz zuerkennen würden, ohne den rechtlichen Rahmen dafür offen zu legen. Es stelle sich die Frage, ob das Amtsblatt der Union nunmehr als Verlautbarungsorgan Österreichs heranzuziehen sei. Zudem sei nicht bekannt, wer, wann und auf welcher gesetzlichen Grundlage entschied, am 7. Februar 2011 die Mitteilung an die Kommission zu versenden und wer für deren Inhalt verantwortlich zeichnet. Das gelte auch für die Folgemitteilungen vom 12. Dezember 2014 und 9. April 2021. Das Bundesfinanzgericht müsse sich die Frage stellen, wer den 1. Februar 2011 als Inkrafttretenstag erfunden hat (das Bundesministerium für Finanzen oder dessen Mitarbeiter ***2***).
- b) Zentral ist in dieser Ergänzung auch die Frage, ob tatsächlich die Bedingung einer unionsrechtlichen „**Genehmigung**“ der Kommission eingetreten ist. Dazu regt die Bf. – unter anderem - eine Anfrage an die Kommission an bzw. ein Vorabentscheidungsverfahren an. Der Beschluss EuG 2.2.2022, T-594/2021 bewiese das Gegenteil. Die Bf. kommt im Hinblick auf die Anwendbarkeit der AGVO zum Schluss, dass es sich bei der Verlautbarung vom 30. September 2011 nicht um eine rechtlich verbindliche Handlung der Union gehandelt habe. Die AGVO allein schaffe keinen Vertrauensschutz (Hinweis auf *Achleitner/Bartosch/Bieber*, EuZW 7/2022). Es erscheine nicht unmöglich, dass mit VfGH 14.6.2021, E 1743/2020, noch keine endgültige rechtsstaatliche Entscheidung vorliegt. Die Ergänzung bezweifelt, dass die Kommission die AGVO angewendet hat. Dies obliege

vielmehr den Mitgliedstaaten. Zudem bezweifelt die Bf. die Unbefangenheit eines Mitglieds des VfGH und bringt vor, das Gruppenfreistellungsverfahren sei keinesfalls einer Genehmigung durch die Kommission gleichzuhalten. Sie vermisst eine Erläuterung der Entscheidung des VfGH auf Grundlage des Beihilfenrechts und wirft diesem eine Überschreitung seiner Kompetenzen vor, wenn er das Vorliegen oder Nichtvorliegen einer Genehmigung durch die Kommission beurteilt. Das sei dem EuGH bzw. EuG vorbehalten.

- c) Die Finanzämter seien verpflichtet, die Anträge der Produktionsbetriebe ausnahmslos abzuweisen. Darüber hinaus seien alle innerstaatlichen Behörden und Gerichte, unabhängig davon, ob ein konkreter Fall beim innerstaatlichen Gericht erliegt, dazu verpflichtet, verbotene Beihilfengewährungen zu verhindern. Auch diese Frage wäre möglicherweise dem EuGH vorzulegen.
- d) Wiederholt weist die Bf. auf die Folgemitteilungen an die Kommission vom 12. Dezember 2014 und 9. April 2021 sowie darauf hin, dass in der ersten Mitteilung vom 7. Februar 2011 das Ende des Zeitraumes mit 31. Dezember 2013 angegeben wurde. Sie schließt daraus ein **Ende des Anwendungszeitraumes** für den Ausschluss von Nichtproduktionsunternehmen bzw. das Vorliegen einer Beihilfe für Produktionsunternehmen ab 1. Jänner 2014.
- e) Die Bf. wirft den nationalen Höchstgerichten wiederholt – sehr vorsichtig ausgedrückt – Unwissenheit vor. Sie gingen in ihren Erkenntnissen „eher von Spekulationen als von rechtlich fundierten Tatsachen“ aus. Sie rügt die Entscheidung des VfGH, die der Veröffentlichung im Amtsblatt der Europäischen Union vom 30. September 2011 eine „Rückwirkung“ zuerkannt habe, als falsch. Zudem zitiert sie aus einem Schreiben des Generalsekretärs des Verfassungsgerichtshofes als Reaktion auf die Entscheidung EuG T-594/21, der zum Schluss kam, dass dieser Beschluss des Gerichtes der Europäischen Union die Beurteilung in VfGH 14.6.2021, E 1743/2020 nicht in Frage stellt. Dem hält die Bf. entgegen, es gebe keine Genehmigung durch die Europäische Kommission.
- f) Das Verfahren vor dem EGMR brauche nicht mehr abgewartet zu werden. Es sei mangels Ausschöpfung des innerstaatlichen Instanzenzugs am 6. Oktober 2022 für unzulässig erklärt worden.
- g) Die Bf. verwies auf das Durchführungsverbot für Beihilfen (Art. 108 Abs. 3 AEUV). Die Energieabgabenvergütung werde erst durch die strittigen Änderungen (Ausschluss für Dienstleistungsbetriebe) zu einer unerlaubten staatlichen Beihilfen. Fielen auch die ausgeschlossenen Betriebe unter die Vergütung, läge nach Kommissionsmeinung keine unerlaubte Beihilfe vor. Das Durchführungsverbot könnte damit entweder durch die Rückforderung von den Produktionsbetrieben oder aber durch die Beseitigung der wettbewerbswidrigen Wirkungen über die Gewährung an die anderen Betriebe erreicht werden.

2. Rechtliche Beurteilung

2.1. Energieabgabenvergütung

Strittig ist hier ausschließlich, ob und gegebenenfalls wann der Ausschluss von Betrieben, deren Schwerpunkt nicht nachweislich in der Herstellung körperlicher Wirtschaftsgüter besteht, von der Vergütung von Energieabgaben in Kraft trat.

2.1.1. Rechtsgrundlagen

Strittig ist damit, ob § 2 Energieabgabenvergütungsgesetz für die hier strittigen sieben Wirtschaftsjahre zwischen Februar 2012 und Jänner 2019 in der Fassung vor oder nach dem Budgetbegleitgesetz 2011, BGBl. I Nr. 111/2010, anzuwenden ist.

§ 2 Abs. 1 Energieabgabenvergütungsgesetz lautete bis zu diesem Gesetz:

„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.“

Diese Fassung wurde durch das genannte Gesetz wie folgt geändert (Änderung Formatierung **fett**):

*„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.“*

§ 4 Abs. 7 Energieabgabenvergütungsgesetz lautet dazu wie folgt (Formatierung **fett** durch Bundesfinanzgericht):

*„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.“*

Die parlamentarischen Materialien (ErläutRV 981 BlgNR 24. GP 10 und 141) führen dazu aus:

„Zu Art. 72 (Änderung des Energieabgabenvergütungsgesetzes):

*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. [...]*

Zu Z 1 bis 3 (§ 2 Abs. 1, § 2 Abs. 3 und § 3 Z 1 EnAbgVG):

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.

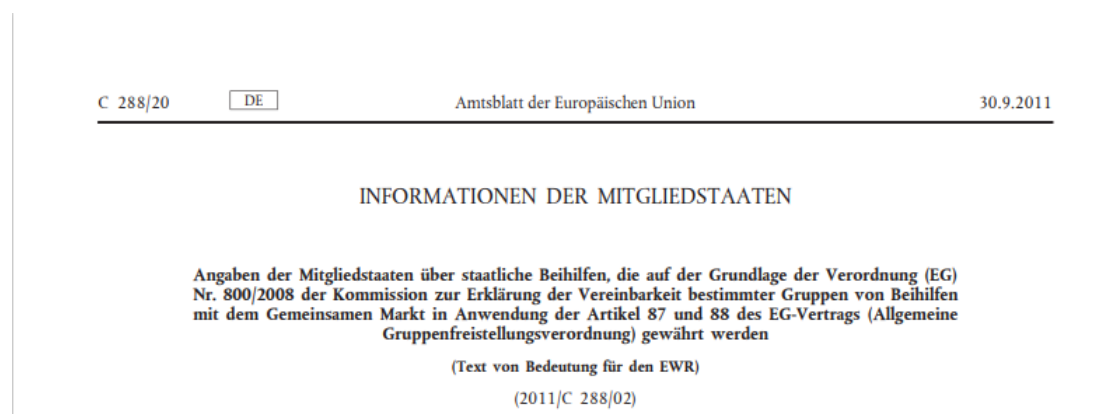
Zu Z 4 (§ 4 Abs. 7 EnAbgVG):

*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.“*

Im Amtsblatt der Europäischen Union C 288 vom 30. September 2011 wurde die folgende Mitteilung veröffentlicht:



Unter der Überschrift



finden sich die folgenden Informationen:

Referenz-Nummer der staatlichen Beihilfe	SA.32526 (11/X)
Mitgliedstaat	Österreich
Referenznummer des Mitgliedstaats	—
Name der Region (NUTS)	OESTERREICH Mischgebiete
Bewilligungsbehörde	Bundesministerium für Finanzen Hintere Zollamtsstraße 2 b 1030 Wien www.bmf.gv.at
Name der Beihilfemaßnahme	Energieabgabenrückvergütung, Gesetzesnovelle BGBl. I Nr. 111/2010 vom 31.12.2010

Einzelstaatliche Rechtsgrundlage (Fundstelle der amtlichen Veröffentlichung im Mitgliedstaat)	BGBl. I Nr. 111/2010, Novelle Energieabgabenrückvergütung, 31.12.2010
Art der Maßnahme	Regelung
Änderung einer bestehenden Beihilfemaßnahme	—
Laufzeit	1.2.2011—31.12.2013
Betroffene Wirtschaftszweige	Alle für Beihilfen in Frage kommende Wirtschaftszweige
Art des Beihilfeempfängers	KMU,Großunternehmen
Gesamtes nach der Regelung vorgesehenes Jahresbudget	EUR 500,00 (in Mio.)
Bei Garantien	—

Beihilfeinstrumente (Artikel 5)	Sonstige Form der Steuervergünstigung,Sonstiges (bitte ausführen) — Es handelt sich hierbei um eine Rückvergütung von Energieabgaben, im Rahmen von Art. 17 der harmonisierten EU-Energiesteuerrichtlinie (2003/96/EC). Anspruch auf Vergütung besteht nur für Betriebe, deren Schwerpunkt nachweislich in der Herstellung körperlicher Wirtschaftsgüter besteht.	
Verweis auf die Kommissionsentscheidung	—	
Bei Kofinanzierung aus Gemeinschaftsmitteln	—	
Ziele	Beihilfehöchstintensität in % oder Beihilfehöchstbetrag in der Landeswährung	KMU-Aufschläge in %
Beihilfen in Form von Umweltsteuerermäßigungen (Artikel 25)	500 000 000 EUR	—

Weblink zum vollständigen Wortlaut der Beihilfemaßnahme:

<https://ris.bka.intra.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Dokumentnummer=NOR40124267&ResultFunctionToken=ab4b9499-f4fc-4bff-9a15-f652407980c5&Kundmachungsorgan=&Index=&Titel=&Gesetzesnummer=&VonArtikel=&BisAr>

tikel=&VonParagraf=&BisParagraf=&VonAnlage=&BisAnlage=&Typ=&Kundmachungsnummer=&Unterzeichnungsdatum=&FassungVom=07.02.2011&ImRisSeit=Undefined&ResultPageSize=100&Suchworte=BGBI+I+111%2f2010

Nach Überzeugung des Bundesfinanzgerichts kommt es für das Inkrafttreten der strittigen Bestimmung ausschließlich auf **diese Veröffentlichung** an. Spätere Veröffentlichungen, etwa zur Laufzeit über den 31. Dezember 2013 hinaus, haben darauf keinen Einfluss mehr.

Art. 9 Abs. 1 AGVO 2008 sah dazu vor, dass die zu veröffentlichende Kurzbeschreibung der Beihilfenmaßnahme über die von der Kommission eingerichtete IT-Anwendung in elektronischer Form übermittelt wird. Es bestehen keine Zweifel, dass das erfolgte.

Mit BFG 31.10.2014, RE/5100001/2014 ersuchte das Bundesfinanzgericht den Europäischen Gerichtshof um eine Vorabentscheidung, die dieser mit EuGH 21.7.2016, Rs C-493/14, *Dilly's Wellnesshotel GmbH*, traf. In der Folge verwies das Bundesfinanzgericht schon 2016 in BFG 3.8.2016, RV/5100360/2013, auf eine schriftliche Stellungnahme der Republik Österreich vom 19. Februar 2015, in der diese erklärte, das EAVG sei auf der Grundlage von Artikel 25 AGVO (EG) Nr. 800/2008 am **7. Februar 2011** der Europäischen Kommission im Rahmen des **elektronischen Anmeldesystems** (State Aid Notification Interactive, SANI) freigestellt worden (ABl 2011, C-288, S. 21).

Auch daraus geht hervor, dass die Anmeldung von **zuständigen Organen der Republik** auf dem **dafür vorgesehenen Weg** erfolgte. Weitere diesbezügliche Recherchen erübrigen sich damit, steht es doch außer Zweifel, dass Österreich als Mitgliedstaat der Kommission mit 7. Februar 2011 eine Kurzbeschreibung der Beihilfemaßnahme über die von der Kommission eingerichtete IT-Anwendung in elektronischer Form übermittelte und dass diese Kurzbeschreibung von der Kommission im Amtsblatt der Europäischen Union und auf der Website der Kommission noch 2011 veröffentlicht wurde.

Wenn nun die Bf. rügt, die Rechtsgrundlage von SA.40192 wäre jedenfalls zu hinterfragen, ebenso wie auch, wer wann wem auf welcher gesetzlichen Grundlage eine Anwendung der AGVO 651/2014 aufgetragen habe und wie ein Herr ***2*** als Bewilligungsbehörde in das Gesamtbild der europarechtlichen Kompetenz des BMF passt, so ist dazu festzustellen, dass diese Rügen nur spätere Veröffentlichungen betreffen, die für das Inkrafttreten der strittigen Bestimmung ohne Relevanz bleiben.

2.1.2. Verwaltungsgerichtshof

In seinem **Grundsatzurkenntnis VwGH 18.12.2019, Ro 2016/15/0041** zur Energieabgabenvergütung 2011 stellte das Höchstgericht seine Beurteilung – nach Befassung des EuGH - umfassend dar und führte aus (Formatierung **fett** durch Bundesfinanzgericht):

„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).

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.

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 Beihilferegulungen 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 **binnen 20 Arbeitstagen ab Inkrafttreten einer Beihilferegulierung 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**.“

Im vorliegenden Verfahren hat der Verwaltungsgerichtshof mit dem bereits erwähnten Erkenntnis vom 19. März 2013, 2013/15/0053, den Bescheid des unabhängigen Finanzsenats vom 23. März 2012 aufgehoben und begründend auf die beiden Erkenntnisse vom 22. August 2012, 2012/17/0175, sowie vom 30. Jänner 2013, 2012/17/0469, verwiesen. Gemäß § 63 Abs. 1 VwGG in der bis zum Ablauf des 31. Dezember 2013 geltenden Fassung sind die Verwaltungsbehörden verpflichtet, wenn der Verwaltungsgerichtshof einer Beschwerde stattgegeben hat, in dem betreffenden Fall mit den ihnen zu Gebote stehenden rechtlichen Mitteln unverzüglich den der Rechtsanschauung des Verwaltungsgerichtshofes entsprechenden Rechtszustand herzustellen. Gemäß § 63 Abs. 1 VwGG in der seit 1. Jänner 2014 geltenden Fassung (BGBl. I Nr. 33/2013) sind die Verwaltungsgerichte und die Verwaltungsbehörden, wenn der Verwaltungsgerichtshof einer Revision stattgegeben hat, verpflichtet, in der betreffenden Rechtssache mit den ihnen zu Gebote stehenden rechtlichen Mitteln unverzüglich den der Rechtsanschauung des Verwaltungsgerichtshofes entsprechenden Rechtszustand herzustellen.

Die Bindungswirkung gemäß § 63 VwGG bezieht sich auch auf einen Übergangsfall im Sinne des Art. 151 Abs. 51 Z 8 B-VG (vgl. VwGH 27.8.2014, Ro 2014/05/0062; 20.10.2015, Ra 2015/09/0003). Der „betreffende Fall“ bzw. die „betreffende Rechtssache“ ist jene, die auch dem Erkenntnis vom 19. März 2013, 2013/15/0053, zu Grunde gelegen ist.

Bei der Erlassung der Folgeentscheidung ist das Verwaltungsgericht an die Rechtsanschauung des Verwaltungsgerichtshofs gebunden. Auch der Verwaltungsgerichtshof ist an diese überbundene Rechtsauffassung in der Weise gebunden, dass er selbst durch einen verstärkten Senat nicht von ihr abgehen kann. Diese Bindung - sowohl des Verwaltungsgerichts als auch des Verwaltungsgerichtshofs - besteht aber nur im Rahmen der für die Aufhebung tragenden Gründe (vgl. z.B. VwGH 17.9.1997, 93/13/0064; 30.1.2002, 2000/08/0218; 19.1.2017, Ro 2016/06/0014).

Tragender Grund für die Aufhebung der Entscheidung des unabhängigen Finanzsenats durch den Verwaltungsgerichtshof war der Umstand, dass der unabhängige Finanzsenat (auch) für den Monat Jänner 2011 das Bestehen eines Anspruches auf Energieabgabenvergütung versagt hat. Die - auf das Erkenntnis vom 30. Jänner 2013, 2012/17/0469, gestützten - Darlegungen für die Monate Februar bis Dezember 2011 waren hingegen für die Aufhebung des Bescheides des unabhängigen Finanzsenats keineswegs tragend (sondern hätten für sich zur Bestätigung

dieses Bescheides geführt). Damit bestand aber weder eine Bindung des Bundesfinanzgerichts iSd § 63 Abs. 1 VwGG betreffend diesen Zeitraum (Februar bis Dezember 2011) noch besteht eine solche des Verwaltungsgerichtshofs.

Keine Bindung besteht überdies, wenn nach der Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs eine abweichende Entscheidung des EuGH ergeht (vgl. VwGH 7.10.2013, 2013/17/0274). Es ist mit dem Unionsrecht nicht vereinbar, dass ein nationales Gericht nach einer nationalen Verfahrensvorschrift an die rechtliche Beurteilung eines übergeordneten nationalen Gerichts gebunden ist, wenn diese Beurteilung des übergeordneten Gerichts nicht dem Unionsrecht in seiner Auslegung durch den Gerichtshof der Europäischen Union entspricht (vgl. EuGH 20.10.2011, Interedil, C-396/09, Rn. 39; 15.10.2015, Naderhirn, C-581/14, Rn. 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.

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. Diese innerstaatliche Regelung erfolgte vor dem Hintergrund der Unionsrechtslage.

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.

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.

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.

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/AEUV 5, Art. 108 Rz 25 f).

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.

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.

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

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

Dem Mitgliedstaat, der eine Beihilferegulation 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.

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.**

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.

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.

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).

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 Beihilferegelung 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.

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.

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.

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).“

Im Anschluss daran entschied der Verwaltungsgerichtshof mindestens zwei Fälle, in denen die Energieabgabenvergütung für 2014 strittig war:

- Im Erkenntnis **VwGH 18.12.2019, Ro 2017/15/0005** zur Vergütung für **2014** hob das Höchstgericht ein Erkenntnis des Bundesfinanzgerichts wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes auf, weil es die Energieabgabenvergütung für eine Abfallverbrennungsanlage

zuerkannt hatte. Der VwGH erteilte dessen Zugang, „in unionsrechtskonformer Auslegung sei davon auszugehen, dass infolge fehlender Genehmigung die Einschränkung des Vergütungsanspruches auf Produktionsbetriebe noch nicht in Kraft getreten sei“, eine Absage. Es betonte unter Hinweis auf das obige Grundsatzurteil, es sei zum Ergebnis gekommen, dass die mit dem Budgetbegleitgesetz 2011 normierten Änderungen des Energieabgabenvergütungsgesetzes mit 1. Februar 2011 in Kraft getreten sind.

Auf die Behauptung der mitbeteiligten Partei, dass nicht alle Bedingungen für die Anwendung der AGVO erfüllt wären, entgegnete das Höchstgericht, es komme in Bezug auf das vom Gesetzgeber vorgesehene **Inkrafttreten** der Novelle des EAVG durch das Budgetbegleitgesetz 2011 nicht darauf an.

Auch einer Anregung auf Antragsstellung nach Art. 140 B-VG hinsichtlich der in Rede stehenden Normen trat der VwGH nicht näher, weil er nicht zu erkennen vermochte, dass der Gesetzgeber damit seinen rechtspolitischen Gestaltungsspielraum überschritten hätte (Verweis auf VfSlg. 19678/2012; 16771/2002).

- Auch im Erkenntnis **VwGH 29.6.2022, Ro 2020/15/0020** bezüglich der Vergütung 2011 bis **2014** eines Müllentsorgungsunternehmens blieb das Höchstgericht bei seiner Beurteilung, die Einschränkung durch das BBG 2011 sei anzuwenden. Es sah offenbar keinen Grund zur Annahme, dass dies nicht auch für 2014 gelten solle.

2.1.3. Verfassungsgerichtshof

Die Frage, wann die Einschränkungen des Energieabgabenvergütungsgesetzes in Kraft getreten sind, wurde wie von der Bf. richtig aufgezeigt auch schon durch den Verfassungsgerichtshof untersucht und beurteilt. Dieser wies mehrere Beschwerden ab und trat sie dem Verwaltungsgerichtshof zur Entscheidung ab (**VfGH 14.6.2021, E 1743/2020** etc.). In seinem Erkenntnis ging das Höchstgericht insbesondere auf die folgenden Rügen der dortigen Beschwerdeführer ein:

- Die Anwendung der AGVO 2008 anstelle eines Anmeldeverfahrens nach Art. 108 AEUV erfülle nicht die Inkrafttretensvoraussetzungen des § 4 Abs. 7 EAVG.
- Die Voraussetzungen der AGVO 2008 bzw. der AGVO 2014 seien nicht erfüllt.
- Betreffend den Zeitpunkt des Inkrafttretens rügten die Bf., ein Inkrafttreten am 1. Februar 2011 sei aus dem Gesetz nicht abzuleiten. Das einzige Dokument, aus dem der 1. Februar 2011 als Stichtag abzuleiten sei, sei die Mitteilung des Bundesministers für Finanzen an die Europäische Kommission vom 7. Februar 2011. Im Ergebnis habe der Bundesminister für Finanzen faktisch einen gesetzgeberischen Akt gesetzt, der ihm nicht zukomme. Darüber hinaus sei die Mitteilung an die Europäische Kommission erst am 7. Februar 2011 erfolgt und die Mitteilung am 30. September 2011 im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht worden, weshalb § 2 Abs. 1 EAVG – wenn man die Bedingung für das Inkrafttreten überhaupt als erfüllt ansehen würde – frühestens am 30. September 2011 in Kraft treten hätte können.

- § 2 Abs. 1 EAVG verstoße gegen den Gleichheitssatz, da nur Betriebe, deren Schwerpunkt nachweislich in der Herstellung körperlicher Wirtschaftsgüter bestehe, eine Vergütung erhielten.
- Die Regelungen des § 2 Abs. 1 und des § 4 Abs. 7 EAVG verletzen das Bestimmtheitsgebot. Der Gesetzgeber habe den Inhalt seines Gesetzesbeschlusses nicht in klarer und erschöpfender Weise zur Kenntnis gebracht, wie es der Bestimmtheitsgrundsatz verlange.

Der Verfassungsgerichtshof begründete die Abweisung nach einer umfassenden Darstellung der Rechtsgrundlagen auszugewiesen wie folgt (Formatierung **fett** durch das Bundesfinanzgericht):

„[...]“

3. Mit diesen Bedenken vermag die beschwerdeführende Partei weder eine Verfassungswidrigkeit des § 4 Abs. 7 EAVG aufzuzeigen noch ist zu erkennen, dass das entscheidende Gericht bei Anwendung dieser Bestimmung Willkür geübt und somit gegen den Gleichheitssatz verstoßen hätte:

*[...] 3.2. Der Gesetzgeber hat somit in § 4 Abs. 7 EAVG die **Genehmigung durch die Europäische Kommission** als Bedingung für die Anwendung des § 2 Abs. 1 EAVG festgelegt. Nach den Materialien (RV 981 BlgNR 24. GP, 141) sollte für die Anwendung der geänderten Bestimmung "die Zustimmung der Europäischen Kommission" Voraussetzung sein. **Entgegen der Auffassung der beschwerdeführenden Partei ist damit aber dem Gesetz keinesfalls zu entnehmen, dass eine Anmeldung nach der Vorschrift des Art. 108 Abs. 3 AEUV zu erfolgen hätte.***

3.2.1. Dies ergibt sich bereits aus dem Umstand, dass nach der im Jahr 2011 geltenden Rechtslage gemäß Art. 3 Abs. 1 AGVO 2008 Beihilferegelungen unter bestimmten Voraussetzungen von der Anmeldepflicht gemäß Art. 88 Abs. 3 EG-Vertrag (nunmehr Art. 108 Abs. 3 AEUV) freigestellt werden konnten und das spezifische Verfahren für die betreffenden Fälle an die Stelle eines Anmeldeverfahrens nach Art. 108 Abs. 3 AEUV getreten ist.

*3.2.2. **Demgemäß hat der Verfassungsgerichtshof im Erkenntnis VfSlg 19.678/2012 festgehalten, dass die unionsrechtliche Voraussetzung des § 4 Abs. 7 EAVG auch dadurch erfüllt werden kann, dass der Mitgliedstaat nach den Bestimmungen der AGVO 2008 eine Kurzbeschreibung der Beihilfemaßnahme der Europäischen Kommission binnen 20 Arbeitstagen ab Inkrafttreten der Regelung übermittelt und diese von der Europäischen Kommission im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht wird.** Nach diesem Erkenntnis findet diese Auslegung ihre Begründung darin, dass es sich bei der AGVO 2008 um eine Verordnung der Europäischen Kommission handelt, mit der diese bestimmte Beihilfen von vornherein für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärt und von der Anmeldepflicht freistellt, wobei die gemeldeten Beihilfemaßnahmen regelmäßig zu überprüfen sind (Art. 10 Abs. 1 AGVO 2008).*

*Im Erkenntnis VfSlg 19.678/2012 ist der Verfassungsgerichtshof daher vom nicht denkunmöglichen Vorliegen dieser Voraussetzungen ausgegangen, zumal in der Veröffentlichung durch die Europäische Kommission vom 30. September 2011 betreffend die Angaben der Mitgliedstaaten über staatliche Beihilfen, die auf der Grundlage der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung gewährt werden, auch die **Angaben Österreichs zur Energieabgabenvergütung auf Grund der Gesetzesnovelle BGBl I 111/2010** angeführt wurden*

(Abl. 2011 C 288, 21). Dieser Information zufolge war die Beihilfe auf den Zeitraum 1. Februar 2011 bis 31. Dezember 2013 befristet. **Der Verfassungsgerichtshof ist in diesem Zusammenhang daher in VfSlg 19.678/2012 davon ausgegangen, dass die Beihilfe die Voraussetzungen der AGVO 2008 erfüllte.** Ob der Ausschluss von der Vergütung bereits mit 1. Jänner 2011 oder erst mit 1. Februar 2011 wirksam wurde, konnte aus Anlass dieses Verfahrens dahinstehen.

3.3. Entgegen der Auffassung der beschwerdeführenden Partei ist aus dem Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Union vom 21. Juli 2016, Rs C-493/14, Dilly's Wellnesshotel auch nicht abzuleiten, dass die Bedingung der Genehmigung durch die Europäische Kommission nicht eingetreten und somit § 2 Abs. 1 EAVG – bis zum heutigen Tag – nicht in Kraft getreten sei.

3.3.1. Im Urteil vom 21. Juli 2016, Rs C-493/14, Dilly's Wellnesshotel hat der Gerichtshof der Europäischen Union ausgesprochen, dass Art. 3 Abs. 1 AGVO 2008 dahin auszulegen sei, dass das Fehlen eines ausdrücklichen Verweises auf die Verordnung unter Angabe des Titels sowie eines Verweises auf die Fundstelle im Amtsblatt der Europäischen Union in einer Beihilferegelung wie der vorliegenden der **Annahme entgegensteht**, dass diese Regelung gemäß dieser Verordnung die Voraussetzungen für eine Freistellung von der in Art. 108 Abs. 3 AEUV **vorgesehenen Anmeldepflicht erfüllt**.

3.3.2. Damit hat der Gerichtshof der Europäischen Union aber lediglich ausgesprochen, dass das Vorgehen nach der AGVO 2008 nicht den Vorgaben der Verordnung entsprochen hat. **Dieses Urteil berührt somit nicht den Umstand, dass die Europäische Kommission das Gruppenfreistellungsverfahren tatsächlich angewendet hat.**

3.3.3. Geht man davon aus, dass durch das Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Union vom 21. Juli 2016, Rs C-493/14, Dilly's Wellnesshotel lediglich zum Ausdruck gebracht wird, dass die **in einem weiten Sinn verstandene Genehmigung** durch die Europäische Kommission in Form der **Veröffentlichung** der Mitteilung im Amtsblatt der Europäischen Union nicht den Vorgaben des Unionsrechts entsprochen hat, und das **Gruppenfreistellungsverfahren** nach dem Zweck der Regelung des § 4 Abs. 7 EAVG einer **Genehmigung durch die Europäische Kommission gleichzuhalten** ist (vgl. oben), ist zu folgern, dass **mit der Durchführung dieses Verfahrens die Bedingung für die Anwendbarkeit der Beihilferegelung eingetreten ist**. Dass die Anwendung dieses Verfahrens im Zeitpunkt seiner Durchführung nicht den Vorgaben des Unionsrechts entsprach (vgl. EuGH 14.11.2019, Rs C-585/17, Dilly's Wellnesshotel [II], wonach die Übergangsbestimmung des Art. 58 Abs. 1 AGVO 2014 diesen Mangel rückwirkend heilen kann), ändert nichts an der Tatsache, dass **mit der Veröffentlichung der Mitteilung die "Genehmigung" durch die Europäische Kommission vorlag** und damit die in § 4 Abs. 7 EAVG geregelte **Bedingung für die Anwendung des §. 2 Abs. 1 EAVG eingetreten war** (vgl. auch VwGH 18.12.2019, Ro 2016/15/0041).

3.4. § 4 Abs. 7 EAVG bestimmt, dass die §§ 2 und 3 EAVG vorbehaltlich der Genehmigung durch die Europäische Kommission auf Vergütungsanträge anzuwenden sind, die sich auf einen Zeitraum nach dem 31. Dezember 2010 beziehen. Nach den Materialien sollte bei Genehmigung durch die Europäische Kommission die Einschränkung auf Produktionsbetriebe ab 1. Jänner 2011 angewendet werden. Sollte die Änderung von der Europäischen Kommission nicht genehmigt werden, so sollte die bis dahin geltende Rechtslage unverändert bleiben und sollten somit auch Dienstleistungsbetriebe einen Vergütungsanspruch haben (vgl. RV 981 BlgNR 24. GP, 141).

3.4.1. Der Gesetzgeber hat sohin mit § 4 Abs. 7 EAVG eine Regelung geschaffen, die gewährleisten sollte, dass die Einschränkung der Beihilfe auf Produktionsbetriebe nur im Fall deren Genehmigung durch die Europäische Kommission in Kraft tritt. Der zeitliche Anwendungsbereich der Vorschrift bezieht sich in diesem Fall „auf einen Zeitraum nach dem 31. Dezember 2010“. Wenngleich **§ 4 Abs. 7 EAVG den zeitlichen Anwendungsbereich** des § 2 EAVG nicht exakt festlegt, ist dieser doch insofern **bestimmbar**, als die Vorschrift dahingehend ausgelegt werden kann, dass der **Beginn des zeitlichen Anwendungsbereiches** der Vorschrift durch den **von der Europäischen Kommission bestimmten Genehmigungszeitraum** festgelegt wird (vgl. in diesem Sinn auch VwGH 18.12.2019, Ro 2016/15/0041).

3.4.2. Vor diesem Hintergrund vermag der Verfassungsgerichtshof nicht zu erkennen, dass die Regelung des § 4 Abs. 7 EAVG den Gleichheitssatz verletzen würde. Auch steht der Gleichheitssatz einer Auslegung des § 4 Abs. 7 EAVG nicht entgegen, die das **Inkrafttreten der Regelung des § 2 Abs. 1 EAVG mit dem Beginn des Genehmigungszeitraumes** festlegt.

3.4.3. Zwar ist die Mitteilung an die Europäische Kommission im Amtsblatt der Europäischen Union **erst am 30. September 2011 veröffentlicht** worden und insofern ein für die Zeit bis zur Mitteilung angewachsener Vergütungsanspruch **gleichsam rückwirkend** für die Zeit ab 1. Februar 2011 ausgeschlossen worden. Es ist aber vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes zur rückwirkenden Inkraftsetzung von Abgabenbelastungen (vgl. VfSlg 12.186/1989) nicht zu erkennen, dass diese mit der Veröffentlichung der Mitteilung durch die Europäische Kommission allenfalls eingetretene Verschlechterung der Rechtsposition der beschwerdeführenden Partei gegen den Gleichheitssatz verstoßen hätte.

Selbst wenn von einem Eingriff von erheblichem Gewicht auszugehen wäre, ist im gegebenen Zusammenhang zu berücksichtigen, dass für den Rechtsunterworfenen schon aus § 4 Abs. 7 EAVG, der mit BGBl I 111/2010 am **30. Dezember 2010 kundgemacht** wurde, die unter dem Vorbehalt der Genehmigung durch die Europäische Kommission stehende Einschränkung der Beihilfe für Zeiträume ab dem 1. Jänner 2011 zu gewärtigen war. Ungeachtet der Frage, ob eine rückwirkende Regelung vorliegt, musste auf Grund des in der Regelung enthaltenen Hinweises auf den Genehmigungsvorbehalt jedenfalls ab Inkrafttreten des Gesetzes von einem solchen – den Anspruch ausschließenden – Regelungsinhalt ausgegangen werden. Eine berechnete Erwartung, der Vergütungsanspruch würde für steuerpflichtige Dienstleistungsbetriebe bis auf weiteres auch 2011 unbeeinträchtigt fortbestehen, liegt somit aber nicht vor.

4. Der Verfassungsgerichtshof sieht sich aus Anlass der Beschwerden auch nicht dazu veranlasst, von seiner Rechtsprechung abzugehen, dass die Beschränkung der Energieabgabenvergütung auf Produktionsbetriebe (und damit der Ausschluss von Dienstleistungsbetrieben) im Hinblick auf die Unterschiede zwischen diesen Arten von Betrieben in der Wettbewerbssituation im rechtspolitischen Gestaltungsspielraum des einfachen Bundesgesetzgebers liegt (vgl. VfSlg 16.771/2002, 19.678/2012).

5. Auch liegt eine Verletzung des Bestimmtheitsgrundsatzes nicht vor:

5.1. Das im Art. 18 Abs. 1 B-VG verankerte Rechtsstaatsprinzip gebietet, dass Gesetze einen Inhalt haben müssen, durch den das Verhalten der Behörde vorherbestimmt ist. Ob eine Norm diesem rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebot entspricht, richtet sich aber nicht nur nach ihrem Wortlaut, sondern auch nach ihrer Entstehungsgeschichte, dem Gegenstand und dem Zweck der Regelung (vgl. VfSlg 15.447/1999). Bei der Ermittlung des Inhaltes einer gesetzlichen Regelung sind alle zur Verfügung stehenden Auslegungsmöglichkeiten auszuschöpfen: Nur wenn sich nach Heranziehung aller Interpretationsmethoden nicht beurteilen lässt, was im

konkreten Fall rechtens ist, verletzt die Norm die in Art. 18 B-VG statuierten rechtsstaatlichen Erfordernisse (vgl. VfSlg 8395/1978, 14.644/1996, 15.447/1999, 16.137/2001 und 18.738/2009).

5.2. Der Wortlaut "Betriebe, deren Schwerpunkt nachweislich in der Herstellung körperlicher Wirtschaftsgüter besteht" in § 2 Abs. 1 EAVG ist einer Auslegung zugänglich (vgl. etwa VwGH 18.12.2019, Ro 2015/15/0021) und daher im Hinblick auf Art. 18 B-VG hinreichend bestimmt. Auch § 4 Abs. 7 EAVG ist entgegen der Auffassung der beschwerdeführenden Partei einer Auslegung zugänglich.

6. Auch sonst sind aus der Sicht der Beschwerdefälle und des Prüfungsmaßstabes des Verfassungsgerichtshofes (vgl. VfSlg 14.886/1997) keine Bedenken gegen die der angefochtenen Entscheidung zugrunde liegenden Rechtsvorschriften entstanden.

IV. Ergebnis

1. Die behauptete Verletzung verfassungsgesetzlich gewährleisteter Rechte hat sohin nicht stattgefunden.

Das Verfahren hat auch nicht ergeben, dass die beschwerdeführende Partei in von ihr nicht geltend gemachten verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten verletzt wurde. Angesichts der Unbedenklichkeit der angewendeten Rechtsgrundlagen ist es auch ausgeschlossen, dass sie in ihren Rechten wegen Anwendung einer rechtswidrigen generellen Norm verletzt wurde.

2. Die Beschwerden sind daher abzuweisen und gemäß Art. 144 Abs. 3 B-VG antragsgemäß dem Verwaltungsgerichtshof abzutreten (zum System der Abtretung der Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof durch den Verfassungsgerichtshof nach Inkrafttreten der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 vgl VfSlg 19.867/2014).

3. Diese Entscheidung konnte gemäß § 19 Abs. 4 VfGG ohne mündliche Verhandlung in nichtöffentlicher Sitzung getroffen werden.“

Keinen Anstoß nahm der VfGH daran, dass der Eintritt der Bedingung nicht im Bundesgesetzblatt kundgemacht worden war.

2.1.4. Gericht der Europäischen Union und deutsches Bundesverfassungsgericht

Die Bf. bezieht sich auf die Entscheidung des Gerichtes der Europäischen Union (kurz EuG). Mit Beschluss **EuG 2.2.2022, T-594/21, Stadtgemeinde Zell am See u.a./Kommission**, wies dieses eine Klage der Bf. als offensichtlich unzulässig ab (Art. 126 seiner Verfahrensordnung).

Bei diesem Gericht „anfechtbare Handlungen“ im Sinne von Art. 263 AEUV seien unabhängig von ihrer Form alle **von den Organen der Europäischen Union erlassenen Bestimmungen**, die **verbindliche Rechtswirkungen** erzeugen sollen, die geeignet sind, die Interessen des Klägers durch eine **qualifizierte Änderung seiner Rechtsstellung** zu beeinträchtigen (vgl. EuGH 13.10.2011, C-463/10 und C-475/10, Deutsche Post und Deutschland, Rn. 37 mit weiteren Nachweisen). Das **EuG** kam zum Schluss, dass die Kommission bei ihrer **Veröffentlichung** im Amtsblatt der Europäischen Union vom 30. September 2011 **keine endgültige Stellungnahme** zu dieser Beihilfe abgegeben habe, da das in der Tabelle für einen potenziellen Verweis auf die

Kommissionsentscheidung vorgesehene Feld keinen Eintrag enthält. Sie habe sich dazu nicht rechtlich verbindlich geäußert. Im Zeitpunkt der Veröffentlichung der Kurzbeschreibung gem. Art. 9 der Verordnung Nr. 800/2008 nehme die Kommission lediglich die Kurzbeschreibung seitens des betreffenden Mitgliedstaats entgegen, ohne die gemäß dieser Bestimmung zur Kenntnis gebrachten Beihilfemaßnahmen in irgendeiner Weise zu überprüfen. Daraus folge, dass die **Veröffentlichung** der streitigen Kurzbeschreibung durch die Kommission **nicht als offizielle Stellungnahme betrachtet werden könne**, die auf eine rechtlich verbindliche Äußerung zu der fraglichen, von der Republik Österreich übermittelten Beihilferegelung schließen lässt. Die Intention der Kommission habe allein darin bestanden, die Veröffentlichung vorzunehmen.

Nach alledem sei es unter keinem erheblichen Gesichtspunkt möglich, der von der Kommission im Amtsblatt der Europäischen Union vom 30. September 2011 veröffentlichten streitigen Kurzbeschreibung in Bezug auf die Klägerinnen einen **rechtlich verbindlichen Charakter** zuzuschreiben, so dass keine anfechtbare Handlung im Sinne von Art. 263 AEUV vorliege.

Das werde selbst dadurch nicht in Frage gestellt, dass der nationale Verfassungsgerichtshof die in Rede stehende Kurzbeschreibung als „Genehmigung der Kommission“ der Beihilferegelung, die die Klägerinnen anfechten wollen, qualifiziert hat. Eine Beurteilung durch die nationalen Behörden sei keinesfalls geeignet, die Natur und die Tragweite einer Handlung der Union, einschließlich der Frage, ob sie rechtlich verbindlich ist, zu berühren, da sonst die Autonomie und die Auslegung des Unionsrechts, für die allein die Unionsgerichte zuständig sind, beeinträchtigt werden würden (Hinweis auf **EuG 11.7.2019, T-674/18, Vattenfall Europe Nuclear Energy/Kommission**, Rn. 42).

Zur Lösung dieser Rechtsfrage bietet sich ein Seitenblick auf den zuletzt zitierten Beschluss des EuG aus dem Juli 2019 sowie den damit zusammenhängenden Beschluss des deutschen Bundesverfassungsgerichtes (**BVerfG 29.9.2020, 1 BvR 1550/19**) an. Der deutsche Gesetzgeber hatte das Inkrafttreten der Änderung des Atomgesetzes vom **10. Juli 2018** (BGBl I S. 1122; kurz 16. AtG-Novelle) von der folgenden Bedingung abhängig gemacht:

*„Dieses Gesetz tritt an dem Tag in Kraft, an dem die Europäische Kommission die **beihilferechtliche Genehmigung** erteilt oder **verbindlich mitteilt**, dass eine solche Genehmigung nicht erforderlich ist; das für die kerntechnische Sicherheit und den Strahlenschutz zuständige Bundesministerium gibt den Tag des Inkrafttretens im Bundesgesetzblatt bekannt.“*

In der Folge machte das Bundesumweltministerium im Bundesgesetzblatt bekannt, dass die Europäische Kommission verbindlich mitgeteilt habe, dass eine beihilfenrechtliche Genehmigung nicht erforderlich und die 16. AtG-Novelle damit mit Wirkung vom 4. Juli 2018 in Kraft getreten sei (BGBl 2018 I S. 1124). Tatsächlich war eine Notifizierung nach Art. 108 Abs. 3 AEUV unterblieben und die **Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission** hatte nur mit einem durch den stellvertretenden Generaldirektor elektronisch signierten Schreiben vom **4. Juli 2018** mitgeteilt, dass die Dienststellen der Kommission davon ausgehen,

dass es [...] bezüglich des 16. AtG-ÄndG keiner förmlichen Anmeldung nach Art. 108 Abs. 3 AEUV bedarf. Das beziehe sich allein auf den Inhalt der gesetzlichen Ausgleichsregelung. Inwieweit auch eine individuelle Berechnung mit den Grundsätzen des Gesetzes in Einklang steht und somit ebenfalls keiner beihilfenrechtlichen Anmeldung bedarf, könne noch nicht ermittelt werden. Davon unabhängig seien die Dienststellen der Kommission im Falle einer zukünftigen förmlichen Beschwerde in dieser Sache selbstverständlich zu deren beihilfenrechtlicher Prüfung verpflichtet.

Auch in diesem Fall kam das **EuG** u.a. zum Schluss, beim **Schreiben der Kommission vom 4. Juli 2018** habe es sich nur um die **Erwägung** gehandelt, dass die Ausgleichsregelung keiner förmlichen Anmeldung nach Art. 108 Abs. 3 AEUV bedürfe. Das Vorliegen einer endgültigen Stellungnahme der Kommission verneinte das Gericht und kam zum Schluss, dass weder der Wortlaut noch der Inhalt des streitigen Schreibens darauf hindeute, dass sich die Kommission rechtsverbindlich zum Fehlen oder zum etwaigen Vorliegen einer staatlichen Beihilfe geäußert hat. Deshalb sei es unter keinem relevanten objektiven Aspekt möglich, diesem Schreiben rechtlich verbindlichen Charakter im Verhältnis zur Klägerin beizumessen, so dass es keine anfechtbare Handlung im Sinne von Art. 263 AEUV darstelle.

In der Folge prüfte etwa ein Jahr später das **deutsche Bundesverfassungsgericht** (BVerfG 29.9.2020, 1 BvR 1550/19) die Frage, ob dieses Schreiben die Bedingung für das Inkrafttreten der 16. AtG-Novelle erfüllt. Es bejahte zwar die in Deutschland grundsätzliche **Zulässigkeit**, das Inkrafttreten des Gesetzes an die Bedingung beihilfenrechtlicher Maßnahmen der Europäischen Kommission zu knüpfen, weil diese durch Art. 107 und 108 AEUV sowie das konkretisierende Sekundärrecht rechtlich vorgezeichnet sei. Zugleich verneinte das BVerfG aber diesen Bedingungseintritt mit umfangreicher Begründung und kam damit zum Schluss, dass die strittige Novelle nie in Kraft getreten sei.

Das deutsche Bundesverfassungsgericht stellte fest, der Gesetzgeber könne auch eine Bedingung mit Rechtswirkung versehen, die unionsrechtlich ohne Bindung bleibt (vgl. Rn 58), weshalb wohl eine unionsrechtlich unverbindliche Mitteilung möglicherweise trotzdem nationale Rechtswirkungen entfalten könnte. Insofern käme dem Beschluss des EuG keine nationale Bedeutung zu, weil ein solches Verständnis des nationalen Rechts die Autonomie des Unionsrechts unberührt ließe. Es handelt sich in diesem Fall um eine Frage der autonomen Auslegung des nationalen Rechts.

Dennoch verneinte das deutsche BVerfG ein Inkrafttreten der Novelle und begründete dies damit, dass der nationale deutsche Gesetzgeber dieses ausdrücklich von einer beihilferechtlichen Genehmigung oder einer verbindlichen Mitteilung der Europäischen Kommission abhängig gemacht hatte. Eine weite Auslegung des Begriffes „verbindlich“ lehnte das BVerfG in Bezug auf die Mitteilung ab. Zum einen gehe es um die Bindungswirkung eines Unionsrechtsakts, die sich in der Sache nur nach unionsrechtlichen Grundsätzen richten kann. Zum anderen verglich das BVerfG diese Bestimmung mit ähnlichen Bedingungen in anderen

Gesetzen, die das Inkrafttreten von der „Genehmigung“ bzw. einer „Beschlussfassung“ oder auch einer „Mitteilung“ (ohne den Zusatz „verbindlich“) durch die Kommission abhängig machen. Dass der Gesetzgeber verschiedene Techniken verwende, das Inkrafttreten von Gesetzen mit beihilfenrechtlichen Maßgaben abzustimmen, spreche dafür, ihn beim Wort zu nehmen, wenn er hier die Varianten einer „Genehmigung“ oder einer „verbindlichen Mitteilung“ wählte. Auch rechtsstaatliche Gründe stünden einer weiten Auslegung des Tatbestandsmerkmals der „verbindlichen Mitteilung“ entgegen. Dazu müsste man ihr eine außerordentlich weite Bedeutung beimessen, die sogar eine nach Unionsrecht ausdrücklich „nicht bindende“, „informelle“ Einschätzung umfassen würde. Das wäre hier vom Wortlaut nicht mehr gedeckt.

Das unterscheidet § 4 Abs. 7 ENAVG von der deutschen Bestimmung. Diese österreichische Norm ist weiter gefasst und eröffnet damit – wie vom österreichischen Verfassungsgerichtshof bereits beurteilt – einen größeren Interpretationsspielraum. Bei dessen Prüfung sah das nationale Höchstgericht offenbar bislang dennoch keinen Grund für Zweifel an der Befolgung des Bestimmtheitsgebotes, weshalb auch das Bundesfinanzgericht von dessen Einhaltung ausgehen kann.

2.1.5. Kundmachung/Inkrafttretenstag

Die Bundesgesetze sind vom Bundeskanzler im Bundesgesetzblatt kundzumachen. Soweit nicht ausdrücklich anderes bestimmt ist, treten sie mit Ablauf des Tages ihrer Kundmachung in Kraft und gelten für das gesamte Bundesgebiet. Verlautbarungen im Bundesgesetzblatt müssen allgemein zugänglich sein und in ihrer kundgemachten Form vollständig und auf Dauer ermittelt werden können. Die näheren Bestimmungen über die Kundmachung im Bundesgesetzblatt werden durch Bundesgesetz getroffen (Art. 49 B-VG).

§ 3 Bundesgesetzblatt 2004 (Bundesgesetzblattgesetz – BGBIG; BGBl. I Nr. 100/2003 idGF) normiert, dass **das Bundesgesetzblatt I** (BGBl. I) zur Verlautbarung der Gesetzesbeschlüsse des Nationalrates (Z 1; Art. 49 Abs. 1 B-VG) **bestimmt ist**.

Dazu kommt unter anderem die Kundmachung über das Inkrafttreten oder das Außerkrafttreten eines Bundesgesetzes, soweit an dessen Inkrafttreten oder Außerkrafttreten in den im Bundesgesetzblatt I zu verlautbarenden Rechtsvorschriften Rechtsfolgen geknüpft sind (Z 7 leg.cit.). Diese Möglichkeit der Kundmachung wurde erstmals mit dem Budgetbegleitgesetz 2002 vom 8. Mai 2001 (BGBl. I 47/2001) als Z 6 in den damaligen § 2 des Bundesgesetzes über das Bundesgesetzblatt 1996 eingefügt. Eine Pflicht, den Tag des Inkrafttretens kundzumachen, findet sich dabei nicht.

Diese Option wurde in ErläutRV 499 BlgNR 21. GP 17 damit begründet, insbesondere in Bundes(verfassungs)gesetzen würden immer wieder an das Inkrafttreten von insbesondere Staatsverträgen Rechtsfolgen geknüpft. Das Inkrafttreten solcher Staatsverträge sei nach

geltender Rechtslage ausschließlich im Bundesgesetzblatt III zu verlautbaren; eine (ergänzende) Verlautbarung im Bundesgesetzblatt I bedürfe unzweckmäßiger Weise einer sondergesetzlichen Ermächtigung (z.B. Art. 151 Abs. 11 Z 2 und 3 und Abs. 19 B-VG). Gleiches gelte für das Inkrafttreten bestimmter Bundesgesetze (z.B. Versöhnungsfonds-Gesetz, BGBl. I Nr. 74/2000; Kundmachung der Bundesregierung über das Inkrafttreten des Versöhnungsfonds-Gesetzes, BGBl. I Nr. 122/2000).

So enthielt etwa die Inkrafttretensklausel des Versöhnungsfonds-Gesetzes in § 17 eine doppelte Konditionalität: die in § 6 erwähnten Mittel mussten in vollem Umfang zur Verfügung stehen, dh. dem Fonds verbindlich zugesagt sein, und die Abkommen mit den mittel- und osteuropäischen Ländern und den Vereinigten Staaten (§ 8 Abs. 2; mit denen der Rechtsfriede in diesen Ländern gewährleistet wird) mussten unterzeichnet sein (ErläutAB 255 BlgNR 21. GP 11). In dieser Situation hielt es der Gesetzgeber für notwendig, den Eintritt dieser Bedingungen getrennt kundzumachen und damit Rechtsklarheit zu schaffen.

Möglicherweise wäre eine solche zwingende Anordnung des Gesetzgebers auch im Falle der Energieabgabenvergütung sinnvoll gewesen, das hätte aber nichts daran geändert, dass auch in diesem Fall die Kundmachung nur deklarativen Charakter gehabt hätte und der Eintritt der Bedingung vom Verfassungsgerichtshof überprüfbar bzw. zu überprüfen gewesen wäre. Genau diese Überprüfung wurde in Bezug auf die Energieabgabe nun schon mehrmals durchgeführt. Dabei kam das Höchstgericht in VfGH 14.6.2021, E 1743/2020 ua, ohne Zweifel zum Schluss, dass die hier relevante **Inkrafttretens-Bedingung** (jedenfalls im Hinblick auf den hier zu beurteilenden Zeitraum ab Februar 2012) **eingetreten ist**. Es verwies dabei auf seine Ausführungen in VfGH 4.10.2012, B 321/12. Beide Erkenntnisse betrafen Zeiträume im Geltungsbereich des § 3 Z 7 BGBIG und in beiden Entscheidungen stellte das Höchstgericht nicht auf eine Kundmachung des Inkrafttretenszeitpunktes ab, sondern ausschließlich auf den Eintritt der vom Gesetzgeber normierten Bedingung. Daraus ist zu schließen, dass diese Norm zwar die Kundmachung von In- und Außerkrafttretenszeitpunkten von Gesetzen im BGBl. I ermöglicht, diese aber – in Bezug auf den hier zu beurteilenden Fall - nicht zwingend vorschreibt. Aus der Rüge der Nichtkundmachung ist für die Bf. deshalb nichts zu gewinnen.

2.1.6. Das bedeutet für die hier zu beurteilenden Beschwerden:

Im Kern stützt sich die Beschwerde darauf, dass das EAVG idF BBG 2011 mangels Vorliegen der in § 4 Abs. 7 EAVG geforderten Genehmigung durch die Europäische Kommission bis dato **nicht in Kraft getreten** sein könne und die Behörden daher einerseits gegen das Europäische Beihilfenrecht und andererseits gegen Verfassungsrecht verstoßen. Für den Fall, dass das Bundesfinanzgericht weiterhin vom Inkrafttreten mit 1. Februar 2011 ausgehe, sei die Einhaltung des **Durchführungsverbots** zu kontrollieren. Die Randnummer 53 des Erkenntnisses VwGH 18.12.2019, Ro 2016/15/0041 müsse schon deswegen ins Leere gehen, weil die

Verpflichtung der innerstaatlichen Gerichte, für eine Durchsetzung des Durchführungsverbotes zu sorgen, zwingend sei.

Im Hinblick darauf, dass sich die österreichischen Höchstgerichte bereits wiederholt mit den hier aufgeworfenen Fragen beschäftigt haben, sieht das Bundesfinanzgericht keine Gründe von deren Beurteilung abzugehen. Es geht davon aus, dass diesen die Vorwürfe, behaupteten Widersprüche und möglichen Fehleinschätzungen bei ihren Entscheidungen bewusst waren und dass die aufgeworfenen Probleme dabei Berücksichtigung fanden.

Mit Erkenntnis **VfGH 14.6.2021, E 1743/2020** etc., kam der Verfassungsgerichtshof vor allem im Hinblick auf den strittigen **Stichtag des Inkrafttretens** der Einschränkung der Energieabgabenvergütung auf Produktionsbetriebe zum Ergebnis, es liege keine Verletzung verfassungsgesetzlich gewährleisteter Rechte vor. Dass die Anwendung dieses Verfahrens im Zeitpunkt seiner Durchführung nicht den Vorgaben des Unionsrechts entsprochen habe (vgl. EuGH 14.11.2019, Rs C-585/17, Dilly's Wellnesshotel [II], wonach die Übergangsbestimmung des Art. 58 Abs. 1 AGVO 2014 diesen Mangel rückwirkend heilen kann), ändere nichts an der Tatsache, dass mit der Veröffentlichung der Mitteilung die im EAVG geforderte **„Genehmigung“ durch die Europäische Kommission** vorgelegen sei und damit die in § 4 Abs. 7 EAVG geregelte **Bedingung für die Anwendung des § 2 Abs. 1 EAVG eingetreten** sei. Wenngleich § 4 Abs. 7 EAVG den zeitlichen Anwendungsbereich des § 2 EAVG nicht exakt festlege, sei dieser doch insofern **bestimmbar**, als die Vorschrift dahingehend ausgelegt werden könne, dass der **Beginn des zeitlichen Anwendungsbereiches** der Vorschrift durch den **von der Europäischen Kommission bestimmten Genehmigungszeitraum** festgelegt wird. Das Höchstgericht verwies dabei ausdrücklich auf die Entscheidung VwGH 18.12.2019, Ro 2016/15/0041, in der in diesem Sinn von einem **Wirksamkeitsbeginn mit 1. Februar 2011** ausgegangen wurde.

Aus diesem VfGH-Erkenntnis leuchtet damit unmissverständlich hervor, dass das Höchstgericht den Eintritt der hier strittigen Bedingung („Genehmigung durch die Europäische Kommission“) mit der Veröffentlichung der **Mitteilung des Bundesministeriums für Finanzen** im September 2011 als eingetreten beurteilte. Da hier nur der Zeitraum ab Februar 2012 strittig ist, spricht das für die Anwendung des § 2 Abs. 1 Energieabgabenvergütungsgesetz idF Budgetbegleitgesetz 2011, BGBl. I Nr. 111/2010.

Die Bf. kritisiert diese höchstgerichtliche Entscheidung in ihren umfangreichen Schriftsätzen (siehe oben) im Kern mit dem Argument, dass die in § 4 Abs. 7 EAVG geregelte **Bedingung** für die Anwendung des § 2 Abs. 1 EAVG **entgegen der Ansicht des VfGH** nicht mit der (bloßen) Veröffentlichung der Mitteilung des Bundesministeriums für Finanzen im Amtsblatt der Europäischen Union C 288 vom 30. September 2011 eingetreten sei. Sie sprach dieser Mitteilung eine rechtliche Wirkung ab und argumentierte, die Einschränkung auf Produktionsbetriebe sei **niemals in Kraft getreten**. Es sei nicht bewiesen, dass der Gesetzgeber

eine Anwendung der AGVO 2008 geplant habe. **Unklar bleibe, wer auf welcher gesetzlichen Grundlage die Laufzeit 1. Februar 2011 bis 31. Dezember 2013 festgelegt habe.** Der „umsichtige und besonnene Wirtschaftsteilnehmer“ erkenne, dass die Mitteilung ohne rechtliche Grundlage erfolgt sei, keine Genehmigung vorliege und die alte Rechtslage weiterhin gelte. Die Regelung sei nicht nach Art. 108 Abs. 3 AEUV angemeldet und auch nicht genehmigt worden. Der **VfGH berufe sich auf die Veröffentlichung der Mitteilung**, obwohl praktisch keine Voraussetzung eingehalten werde. Mangels Anmeldung könne der Genehmigungsvorbehalt des § 4 Abs. 7 EAVG nicht erfüllt sein. Die bloße Veröffentlichung der Mitteilung könne wie die Freistellung keine „Genehmigung“ der Kommission sein. Es liege eine unerlaubte staatliche Beihilfe an die Produktionsunternehmen vor, die zurückzufordern sei. Aufgabe der nationalen Gerichte sei es, die Rechtswidrigkeit der Durchführung zu beseitigen.

Dass die Veröffentlichung der Mitteilung durch die Kommission **keine rechtsverbindliche Handlung** darstelle, sei durch die **Ablehnung der Nichtigkeitsklage nach Art 263 AEUV** durch das Gericht der Europäischen Union (EuG) bewiesen (EuG 2.2.2022, T-594/21). Dieses sei zum Schluss gekommen, der Veröffentlichung der Kurzbeschreibung sei kein rechtlich verbindlicher Charakter zuzuschreiben. Die Veröffentlichung durch die Kommission könne deshalb nicht als offizielle Stellungnahme betrachtet werden, die auf eine rechtlich verbindliche Äußerung zu der fraglichen, von der Republik Österreich übermittelten Beihilferegelung schließen lässt. Sowohl der VwGH wie auch der VfGH seien der durch EuGH 14.11.2019, Rs C-585/17, *Dilly's Wellnesshotel*, auferlegten Verpflichtung zur Überprüfung der Voraussetzungen nicht nachgekommen.

Die Intention der Kommission bei der Veröffentlichung habe allein darin (in der Veröffentlichung) bestanden, ohne eine rechtlich verbindliche, offizielle Stellungnahme zur in Rede stehenden Beihilferegelung abzugeben. Sie habe deshalb keinen verbindlichen Charakter, was sich nicht durch die – ohne Zuständigkeit erfolgende - Beurteilung durch nationale Behörden ändere. Die Entscheidung EuG 2.2.2022, T-594/21, bestärke die Vermutung von Willkür durch die österreichischen Höchstgerichte.

Auch wenn es im Regelfall keine allgemeine Bindungswirkung für die Verwaltungsgerichte an Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofes gibt, dienen diese doch als Richtschnur und haben für Verwaltungsgerichte erhebliche Bedeutung. Sie richten sich im Allgemeinen bei ihren Entscheidungen nach der Auffassung des VwGH bzw. VfGH. Eine eindeutige Abweichung bedarf einer klaren Rechtfertigung, wird sie doch mit großer Wahrscheinlichkeit die Anfechtung der Entscheidung durch eine der beiden Verfahrensparteien nach sich ziehen (vgl. *Twardosz* in *Twardosz* (Hrsg), Handbuch VwGH-Verfahren⁵, Wirkung von Erkenntnissen Rz 444). Hier ist deshalb zu berücksichtigen, dass dieses Rechtsproblem bereits umfassend von den österreichischen Höchstgerichten geprüft wurde und dass diese der Bf. dabei im Kern nicht folgten. Diese Prüfung bezog sich unter anderem auf die Bf. selbst und deren Wirtschaftsjahr Februar 2011 bis Jänner 2012.

Neu ist hier nur die unionsrechtliche Beurteilung der Rechtswirkung durch das EuG im Februar 2022. Zu klären ist deshalb vor allem die mögliche (Rechts)Wirkung dieses Beschlusses.

In seinem oben ausführlich zitierten Erkenntnis VwGH 18.12.2019, Ro 2016/15/0041 stellte der Verwaltungsgerichtshof unmissverständlich klar, nach der Inkrafttretensregelung des § 4 Abs. 7 EAVG reiche **aus der Sicht des nationalen Rechts** die in der AGVO 2008 vorgesehene Mitteilung an die Kommission samt der entsprechenden Veröffentlichung durch die Kommission. Daran ändere sich nichts, wenn die AGVO 2008 nicht vollständig erfüllt worden ist (Hinweis auf VwGH 30.1.2013, 2012/17/0469). Er hielt die in der bisherigen, ständigen Rechtsprechung vertretene Rechtsansicht ausdrücklich aufrecht, in der **Veröffentlichung** der Beihilferegelung durch die Kommission sei die „Genehmigung durch die Europäische Kommission“ im Sinne des § 4 Abs. 7 EAVG zu erblicken. Die Regelung der EAVG-Novelle 2011 sei aus der Sicht des nationalen Rechts **mit 1. Februar 2011 in Kraft getreten**. Dies offensichtlich unabhängig von der unionsrechtlichen Wirkung dieser Veröffentlichung.

Auch den zitierten Ausführungen des VfGH ist zu entnehmen, dass er den Begriff „Genehmigung durch die Europäische Kommission“ in einem **weiten Sinn** auslegt. Schon die Durchführung eines Gruppenfreistellungsverfahrens sei dieser Genehmigung gleichzuhalten, weshalb schon damit die Bedingung für die Anwendbarkeit der Beihilferegelung eingetreten sei.

Das Bundesfinanzgericht folgt dem und legt dem Gesetz dasselbe Verständnis bei wie die Höchstgerichte. Damit erübrigt sich eine weitere Prüfung und insbesondere eine Stellungnahme der Kommission.

Das Verwaltungsgericht vermag der Bf. zudem nicht zu folgen, wenn sie von einer Kompetenzüberschreitung der Höchstgerichte spricht. Diese beurteilten ausschließlich nationales Recht, interpretierten dabei die innerstaatliche Norm des § 4 Abs. 7 ENAVG und sprachen nicht darüber ab, ob unionsrechtlich eine (verbotene) Beihilfe vorliegt. Wenn sie in diesem Zusammenhang zum Schluss kamen, es komme für den Bedingungseintritt nicht auf eine rechtsverbindliche Entscheidung von Unionsorganen an, so griffen sie hierbei nicht in deren Kompetenzen ein, sondern bewegten sich in ihrem nationalen Zuständigkeitsfeld.

Das Bundesfinanzgericht vermag in Summe keine Argumente oder neuen Sachverhaltselemente zu erkennen, die zu einer den nationalen Höchstgerichten widersprechenden Entscheidung Anlass böten.

Keinen Einfluss haben darauf auch die Empfehlung des Verfassungsdienstes bei der Gesetzwerdung und die Tatsache, dass sich das deutsche BVerfG (BVerfG 29.9.2020, 1 BvR 1550/19) bei seiner Beurteilung für eine engere Auslegung entschied, unterscheidet sich doch die dort beurteilte Bedingung („beihilferechtliche **Genehmigung**“ oder „**verbindliche**

Mitteilung“) von der hier strittigen ganz wesentlich. Zudem schloss auch das deutsche Höchstgericht – für Deutschland - nicht aus, dass der Gesetzgeber im nationalen Recht das Inkrafttreten einer Norm vom Eintritt einer **Bedingung** abhängig machen kann, die **für sich keine unionsrechtlichen Rechtswirkungen** hat (vgl. Rn 58). Die Tatsache, dass das EuG in Bezug auf die Bedingung des § 4 Abs. 7 EAVG in der Veröffentlichung der streitigen Kurzbeschreibung durch die Kommission keine offizielle, rechtlich verbindliche (unionsrechtliche) Stellungnahme erkennen konnte, kann damit den **nationalen Eintritt** dieser Bedingung nicht verhindern.

So geht der Hinweis der Bf. auf Zorn (*Zorn*, Rechtswirkungen des verwaltungsgerichtlichen Erkenntnisses, in *Holoubek/Lang*, Das verwaltungsgerichtliche Verfahren in Steuersachen, 268) ebenfalls ins Leere. Dieser äußert sich dort nur zur Frage der Bindungswirkung von (aufhebenden) VwGH-Entscheidungen, geht nicht auf EuG-Entscheidungen ein und befasst sich nicht mit der Auslegung von nationalen Gesetzesbedingungen.

Das EAVG enthält keine zeitliche Begrenzung und die Bedingung des § 4 Abs. 7 EAVG bezieht sich ausdrücklich **nur auf den Beginn seiner Wirksamkeit**.

Damit erübrigt sich – entgegen der Ansicht der Bf. - die Frage nach dem Ende des veröffentlichten Zeitraumes der behaupteten Beihilfe, auch wenn man erste Aussagen in VwGH 30.1.2013, 2012/17/0469 anders interpretieren kann. Die dortige Anmerkung relativiert sich jedoch schon insofern, als es sich dabei um ein obiter dictum handelte (das dortige Erkenntnis sprach über die Energieabgabenvergütung für 2011 ab) und das Höchstgericht zwischenzeitig in mindestens zwei Fällen entschieden hat, dass die Einschränkung auch in den Folgejahren aufrecht blieb (vgl. VwGH 18.12.2019, Ro 2017/15/0005 und VwGH 29.6.2022, Ro 2020/15/0020 u.a. auch zu 2014). Damit wurde in ständiger Rechtsprechung entschieden, dass die Einschränkung für den gesamten hier relevanten Streitzeitraum gilt. Ohne Einfluss auf das Inkrafttreten bleiben damit auch die „Mitteilungen“ (vgl. Beschwerdeergänzung) an die Kommission vom 12. Dezember 2014 und 9. April 2021.

Da hier nur zu beurteilen ist, ob und wann die Einschränkung der Vergütung auf Produktionsbetriebe eingetreten ist und damit Dienstleistungsbetriebe wie die Bf. im Streitzeitraum jedenfalls keine Empfänger einer Beihilfe sein können, erübrigt sich die Prüfung, ob schon zu Beginn oder möglicherweise später (etwa ab 1. Jänner 2014) eine verbotene Beihilfe vorlag. Diese Tatsache bleibt ohne Auswirkung auf das Inkrafttreten der Einschränkung und könnte sich nur auf die Beurteilung der Vergütung für Produktionsbetriebe auswirken.

Wenn die Bf. rügt, das **Durchführungsverbot** von Beihilfen sei unmittelbar anwendbares Unionsrecht und begründe Rechte der Einzelnen, die von den nationalen Gerichten zu beachten sind, erlaubt sich das Bundesfinanzgericht neben dem Hinweis auf die dazu ergangene unmissverständliche Rechtsprechung des VwGH die Anmerkung, dass auch dabei das verfassungsrechtliche gewährleistete Recht auf den gesetzlichen Richter (Art. 83 B-VG, Art. 47 GRC) zu beachten ist. Ob und inwiefern ein Richter zu entscheiden hat, richtet sich nach

seiner **Zuständigkeit** für eine **Sache**. Die Sache des Verfahrens gibt den Rahmen vor, in dem sich das Rechtsprechungsorgan im Rechtsmittelverfahren zu bewegen hat (vgl. etwa VwGH 26.5.2021, Ra 2020/13/0073).

Diese Sache ist hier der Bescheid über die Abweisung eines **Antrages der Bf.** auf Energieabgabenvergütung. Nur im Rahmen dieser Sache ist es im Bescheidbeschwerdeverfahren die Aufgabe des Bundesfinanzgerichts, allfällige Rechtswidrigkeiten zu prüfen und die Aussprüche der Abgabenbehörde gegebenenfalls abzuändern (zuletzt etwa VwGH 2.2.2023, Ra 2020/13/0012, mit weiteren Nachweisen sowie VwGH 28.4.2011, 2009/15/0172, mit Hinweisen auf die Rechtsprechung des EuGH). Es steht dem Organ nicht zu, über diese Zuständigkeit hinaus Rechtsakte zu setzen.

Zur Aufforderung der Bf., das Bundesfinanzgericht möge umfangreiche Unterlagen (siehe oben unter Beschwerdeschrift) von diversen Stellen anfordern, ist anzumerken: Mehrfach höchstgerichtlich bestätigt ist das Faktum, dass ein Verfahren bei der Kommission in der Form angestoßen wurde, dass es in Österreich das Inkrafttreten der strittigen Bestimmung auszulösen vermochte. Von der Bf. selbst wurde erklärt, schon in der Revisionsbeantwortung zu VwGH 18.12.2019, Ro 2019/15/0013 bzw. VwGH 18.12.2019, Ro 2016/15/0041 sei dieses Höchstgericht ersucht worden, die genannten Unterlagen vom zuständigen FA einzufordern. Dieses erachtete dies offenbar nicht für notwendig und maß ihnen keine Bedeutung bei. Das Bundesfinanzgericht schließt sich dieser Ansicht an, lässt die Bf. es doch offen, was damit über den bekannten Akteninhalt hinaus konkret bewiesen werden soll bzw. welche Rechtsfolgen an deren Inhalt zu knüpfen sein sollen.

Damit war spruchgemäß zu entscheiden.

2.2. Revision

Das Verwaltungsgericht hat im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen (§ 25a Abs. 1 VwGG).

Gegen ein Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes ist eine 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 (Art. 133 Abs. 4 B-VG).

Dies trifft nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht zu, wenn die in Betracht kommenden Normen klar und eindeutig sind (vgl. VwGH 6.4.2016, Ro 2016/16/0006 mit vielen weiteren Nachweisen).

Soweit Rechtsfragen für die hier zu klärenden Fragen entscheidungserheblich sind, sind sie durch die ständige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ausreichend geklärt (siehe oben), nicht von grundsätzlicher Bedeutung oder die anzuwendenden Normen sind klar und eindeutig.

Damit liegt hier kein Grund vor, eine Revision zuzulassen.

Salzburg, am 5. Juli 2023