



Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., vertreten durch StbgmbH, vom 26. Juli 2012 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 3/11 Schwechat Gerasdorf vom 22. Juni 2012 betreffend Energieabgabenvergütung für das Jahr 2011/2012 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

Die Berufungswerberin (Bw.), eine Gesellschaft m.b.H., betreibt eine Wäscherei, Putzerei und Färberei.

Mit Antrag auf Vergütung von Energieabgaben für das Wirtschaftsjahr 2011/2012 (1. April 2011 bis 31. März 2012) vom 31. Mai 2012 machte die Bw. einen Vergütungsbetrag von € 31.179,55 geltend. Den Beilagen zu diesem Antrag ist zu entnehmen, dass die Vergütung für im Zeitraum April 2011 bis März 2012 geleistete Energieabgaben (und zwar € 7.952,85 Elektrizitätsabgabe, € 34.324,44 Erdgasabgabe und € 568,40 Mineralölsteuer, somit) von insgesamt € 42.845,69 beantragt wurde.

Mit Bescheid vom 22. Juni 2012, zugestellt am 28. Juni 2012, wies das Finanzamt den Antrag mit folgender Begründung ab:

"Gem. § 2 EnAbgVergG besteht ab 01.01.2011 ein Anspruch auf Vergütung der Energieabgabe nur für Betreibe, deren Schwerpunkt nachweislich in der Herstellung

körperlicher Wirtschaftsgüter liegt. Da Ihr Betrieb kein Produktionsbetrieb ist, steht auch die Energievergütung nicht zu."

Gegen diesen Bescheid wurde die Berufung vom 26. Juli 2012 mit der Begründung erhoben, *"... dass die Einschränkung der Energieabgabenvergütung ab 2011 auf Betriebe, die ihren Schwerpunkt nachweislich in der Herstellung von körperlichen Wirtschaftsgütern haben, sachlich nicht nachvollziehbar ist und damit gegen das Sachlichkeitsgebot des Art. 7 B-VG verstößt. Demzufolge ist die Einschränkung des Kreises der Vergütungsberechtigten auf Produktionsbetriebe unseres Erachtens verfassungswidrig.*

Art. 7 B-VG bindet Gesetzgebung und Vollziehung gleichermaßen. Dem Gesetzgeber verbietet er, Gleiches ohne hinreichenden Grund ungleich zu behandeln, d.h.sachlich nicht gerechtfertigte Differenzierungen zu treffen. Für eine Differenzierung zwischen dem produzierenden Gewerbe und dem Dienstleistungsgewerbe nach § 2

Energieabgabenvergütungsgesetz (im Folgenden: EAVG) i.d.F. BBG 2011 ist keine sachliche Rechtfertigung erkennbar. Gründe, die es rechtfertigen würden oder zumindest vertretbar erscheinen ließen, bei der Energieabgabenvergütung zwischen Produktions- und Dienstleistungsbetrieben zu differenzieren, können weder den Gesetzesmaterialien noch sonst dem Gesetzestext entnommen werden. Die in den Materialien zu findende Begründung ('Der Kreis der Anspruchsberechtigten ist zu weit gefasst.') ist unseres Erachtens völlig unzureichend.

(Die Bw.) hatte bei einem negativen Betriebsergebnis im Wirtschaftsjahr 2011/12 in Höhe von € - 110.106,89 Energieabgaben in Höhe € 42.845,69 zu leisten. Die rechtmäßige Gewährung der Energieabgabenvergütung betreffend 2011/12 in Höhe von € 31.179,55 würde das negative Betriebsergebnis um etwa 30% verringern. Es ist daher unbestritten, dass (die Bw.) als energieintensiver Betrieb (bei einem Wäschereibetrieb ist unseres Erachtens ohne jeden Zweifel von einem energieintensiven Betrieb auszugehen) in einem besonders hohen Maße auf die Rückvergütung der Energieabgabe angewiesen ist.

Die verfassungswidrige Bestimmung des § 2 EAVG) i.d.F. BBG 2011 ist daher unseres Erachtens nicht anzuwenden. ...

Außerdem leidet der angefochtene Bescheid aus den im Folgenden angeführten Gründen an Gesetz- bzw. Gemeinschaftsrechtswidrigkeit:

Zunächst ist die Erfüllung des gesetzlich in § 4 Abs. 7 EAVG geregelten

Genehmigungsvorbehalts nicht gegeben. Wir erlauben uns, dies wie folgt zu begründen:

Laut § 4 Abs. 7 EAVG sind die §§ 2 und 3 der Neuregelung nur vorbehaltlich der Genehmigung durch die Europäische Kommission anzuwenden.

Nach § 2 EAVG i.d.F. BBG 2011 können nur jene Betriebe einen Antrag auf Energieabgabenvergütung stellen, deren Schwerpunkt nachweislich in der Herstellung

körperlicher Wirtschaftsgüter besteht. Die Wortfolge des § 2 EAVG i.d.F. BBG 2011 entspricht der Wortfolge des § 2 EAVG i.d.F. AbgÄG 1996. Dementsprechend kommt es durch die Neuregelung zu einer Wiederherstellung jener Rechtslage, die bis zur beihilferechtlichen Anpassung des EAVG im Jahr 2002 gültig war.

In der Rs. Adria-Wien-Pipeline (EuGH 8.11.2001, C-143/99) wurde die Frage der gerechtfertigten Zuerkennung der Vergütung ausschließlich für Produktionsbetriebe bereits erörtert. Der Gerichtshof ist dabei zu dem Schluss gekommen, dass es weder der Energieverbrauch (Rn 50), noch Erwägungen des Umweltschutzes (Rn 52) rechtfertigen könnten, die Nutzung von Erdgas und elektrischer Energie durch den Wirtschaftszweig der dienstleistenden Unternehmen anders zu behandeln, als die Nutzung dieser Energien durch den Wirtschaftszweig der produzierenden Unternehmen.

Eine solche Vergütung stellt demzufolge eine gemeinschaftsrechtlich verbotene staatliche Beihilfe dar. Eine derartige Beihilfe ist nur zulässig, sofern sie von der Europäischen Kommission als solche genehmigt wird. Daraufhin wurde die Einschränkung laut § 2 EAVG i.d.F. AbgÄG 1996 durch den österreichischen Gesetzgeber revidiert (EB RV 981 BlgNR 24. GP 10).

Aus den erläuternden Bemerkungen (EB RV 981 BlgNR 24. GP 10 und 141) und aus § 4 Abs. 7 EAVG geht hervor, dass der Gesetzgeber die in § 2 EAVG i.d.F. BBG 2011 normierte Einschränkung als eine verbotene staatliche Beihilfe identifizierte. Identifiziert ein Mitgliedstaat eine nationale Begünstigung als staatliche Beihilfe, so ist diese bei der Europäischen Kommission gemäß Art. 108 Abs. 3 AEUV anzumelden.

Aus den Gesetzesmaterialien geht klar hervor, dass der Gesetzgeber auf Grund des Urteils des EuGH in der Rs. Adria-Wien-Pipeline die Einschränkung der Vergütung auf Produktionsbetriebe als eine potentiell gemeinschaftsrechtswidrige staatliche Beihilfe angesehen hat. Für die Neueinführung oder Umgestaltung von Beihilfen begründet Art. 108 Abs. 3 AEUV nicht nur eine Anmeldepflicht, sondern auch ein Vollzugsverbot bis zur abschließenden Entscheidung der Kommission. Die mitgliedstaatliche Beihilfengewährung unterliegt insoweit einem präventiven Verbot mit Genehmigungsvorbehalt durch die Europäische Kommission (vgl. Helios in Schauhoff (Hrsg.), Handbuch der Gemeinnützigkeit, 3. Auflage, § 22 Europäisches und Internationales Steuerrecht. Rz 59 und 61).

Darüberhinaus ist zu beachten, dass gemäß Art. 17 lit. a Energiesteuerrichtlinie (im Folgenden EnStRL) Begünstigungen nur energieintensiven Betrieben gewährt werden können. Dabei wird den Mitgliedstaaten ermöglicht, den Betriebsbegriff an verkaufswert-, prozess- und sektorbezogene Definitionen anzupassen. Wie diese Definitionen genau gestaltet werden können, wird von Art. 17 EnStRL offengelassen und bedarf deshalb einer näheren

Betrachtung. Ob die Einschränkung der Vergütung auf Produktionsbetriebe im Einklang mit Art. 17 EnStRL steht, erscheint damit zweifelhaft.

Genau vor diesem Hintergrund hat offenbar der österreichische Gesetzgeber die Neuregelung unter den Vorbehalt der Zustimmung durch die EU-Kommission gestellt. Der Gesetzgeber hatte offensichtlich Zweifel an der Gemeinschaftsrechtskonformität der Einschränkung der Energieabgabenvergütung auf Produktionsbetriebe und wollte genau diese Einschränkung von der Europäischen Kommission genehmigt wissen.

So heißt es gemäß § 4 Abs. 7 EAVG wortwörtlich:

'Die §§ 2 und 3, jeweils in der Fassung des Budgetbegleitgesetzes 2011, BGBl. I Nr 111/201, sind vorbehaltlich der Genehmigung durch die europäische Kommission auf Vergütungsanträge anzuwenden, (...).'

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 Energievergütung' (vgl. EB RV 981 BlgNR 24. GP 141). Im Ergebnis liegt demnach unseres Erachtens auch nach innerstaatlichem Recht ein der Bestimmung laut Art. 108 Abs. 3 AEUV nachgebildetes präventives Verbot mit Genehmigungsvorbehalt durch die Europäische Kommission vor.

Es kann festgehalten werden, dass der Gesetzgeber die Einschränkung auf Produktionsbetriebe, wohl auf Grund der Rechtsprechung des EuGH in der Rs. Adria-Wien-Pipeline, richtigerweise als eine staatliche Beihilfe i.S.d. Art. 107 AEUV identifizierte. Gesetzlicher Auftrag war es damit, im Wege des Anmeldeverfahrens nach Art. 108 Abs. 3 AEUV die Unionsrechtskonformität der Differenzierung zwischen dem produzierenden Gewerbe und dem Dienstleistungsgewerbe herzustellen. Dies ist jedoch nicht geschehen. Mit der Vollziehung dieses Bundesgesetzes ist nach § 4 Abs. 2 EAVG der Bundesminister für Finanzen betraut worden. Das Bundesministerium für Finanzen ist den Weg des vereinfachten Verfahrens nach der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung (AGVO) gegangen und hat dementsprechend nicht im Sinne des Gesetzgebers gehandelt. Das vereinfachte Verfahren gemäß AGVO kann die vom Gesetzgeber aufgeworfene Frage, ob die Einschränkung auf Produktionsbetriebe mit dem Gemeinschaftsrecht im Einklang stehe (siehe Rs. Adria-Wien-Pipeline; EuGH 8.11.2001, C-143/99), nicht beantworten und wir erlauben uns, dies wie folgt zu begründen:

Nach Art. 9 Abs. 1 AGVO ist der Mitgliedstaat lediglich verpflichtet, binnen 20 Arbeitstagen ab Inkrafttreten der Beihilferegelung anhand eines vorgefertigten Informationsblatts die Kommission über die beabsichtigte Beihilfe zu informieren. Es findet daher keine materiell-rechtliche Prüfung der Beihilferegelung statt. So spricht Art. 9 Abs. 1 AGVO in diesem Zusammenhang lediglich von einer 'Kurzbeschreibung', die der Europäischen Kommission zu

übermitteln ist. Die Frage, ob die Einschränkung auf Produktionsbetriebe im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht steht bzw. gemeinschaftsrechtlich zu rechtfertigen ist, wurde von der Europäischen Kommission nicht geprüft. Dementsprechend wurden die sich aus den erläuternden Bemerkungen ergebenden, berechtigten Zweifel des Gesetzgebers im Zusammenhang mit der Einführung der Einschränkung i.S.d. § 2 EAVG i.d.F. BBG 2011 (noch) nicht beseitigt.

Die vom Bundesministerium für Finanzen gewählte Vorgehensweise steht daher nicht im Einklang mit dem normierten Genehmigungsvorbehalt nach § 4 Abs. 7 EAVG und ist demzufolge gesetzeswidrig. Da bis zu dem jetzigen Zeitpunkt noch keine Genehmigung der Europäischen Kommission nach Art. 108 Abs. 3 AEUV vorliegt, sind die §§ 2 und 3, jeweils i.d.F. BBG 2011, gemäß § 4 Abs. 7 EAVG nicht anzuwenden.

Außerdem spricht der Umstand der mangelnden Befristung der Einschränkung der Vergütung auf Produktionsbetriebe dafür, dass der Gesetzgeber im Zeitpunkt der Beschlussfassung das Anmeldeverfahren nach Art. 108 Abs. 3 AEUV vor Augen hatte. Wir erlauben uns, hierzu wie folgt zu auszuführen:

Nach Art. 25 AGVO können Beihilfen von Umweltsteuerermäßigungen von der Anmeldepflicht nach Art. 108 Abs. 3 AGVO (gemeint: AEUV) befreit werden, wenn

- a. die Beihilfe für eine Dauer von höchstens zehn Jahren befristet wird und
- b. der Beihilfeempfänger mindestens die in der Energiesteuerrichtlinie festgelegten Mindeststeuerbeträge entrichtet.

Beide Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen. Liegt eine der beiden Voraussetzungen nicht vor, so ist Art. 25 AGVO nicht anwendbar.

Auf Grund des Wortlauts des Art. 25 Abs. 3 AGVO ('Steuerermäßigungen werden für höchstens zehn Jahre bewilligt') hat der Mitgliedstaat a priori die Umweltsteuerermäßigung nach innerstaatlichem Recht zu befristen. Erst eine auf maximal 10 Jahre befristete Beihilfe kann unseres Erachtens nach Art. 25 Abs. 3 AGVO Gegenstand des vereinfachten Verfahrens sein. Im Muster des Anhangs III der AGVO ist die Laufzeit der Regelung anzugeben (nach Fn 3: 'Zeitraum, in dem die (Anm.: antragstellende) Bewilligungsbehörde sich zur Gewährung von Beihilfen verpflichten kann'). Das Bundesministerium für Finanzen hat in der übermittelten Kurzbeschreibung (registrierter Eingang bei der Europäischen Kommission am 7.2.2011) die Laufzeit der Beihilferegulation als mit 1.2.2011 bis 31.12.2013 befristet dargestellt, obwohl eine derartige Befristung aufgrund des eindeutigen Gesetzeswortlauts nicht dem Willen des Gesetzgebers entspricht.

Eine Befristung der Laufzeit kann dem Energieabgabenvergütungsgesetz in keinsten Weise entnommen werden. Die Einschränkung der Vergütung auf Produktionsbetriebe ist vielmehr unbefristet. Der Gesetzgeber ist offensichtlich zu keinem Zeitpunkt davon ausgegangen, dass

eine Befristung nötig wäre. Dies ganz offenbar deshalb, weil nach dem Willen des Gesetzgebers die Unionsrechtskonformität nach dem Anmeldeverfahren nach Art. 108 Abs. 3 AEUV herzustellen gewesen wäre und nicht nach dem vereinfachten Verfahren der AGVO. Ferner sind die Kriterien gemäß Art. 25 AGVO im Falle des § 2 EAVG i.d.F. BBG 2011 nicht zur Identifizierung von Umweltbeihilfen geeignet. Es sind umweltinnovative und nicht-umweltinnovative Produktionsbetriebe gleichermaßen vergütungsberechtigt. Es bestehen für den Beihilfeempfänger keine Verpflichtungen zur Durchführung von Umweltschutzmaßnahmen. Dementsprechend wird eine 'normale' staatliche Beihilfe als 'Umweltschutzbeihilfe' etikettiert. Die auf Basis des Art. 25 AGVO von der Anmeldepflicht befreite 'Umweltschutzbeihilfe' geht somit im Falle des § 2 EAVG i.d.F. BBG 2011 aus umweltpolitischer Sicht ins Leere (vgl. hierzu Bieber, Sind die Kriterien des Art. 25 AGVO zu Identifizierung von Umweltschutzbeihilfen geeignet?, EuZW 2012, 257 ff.)."

Wir ersuchen auf Grund der verfassungswidrigen Einschränkung der Energieabgabenvergütung und mangels der Erfüllung des Genehmigungsvorbehalts nach § 4 Abs. 7 EAVG um antragsmäßige Veranlagung."

Über die Berufung wurde erwogen:

Gemäß § 2 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Vergütung von Energieabgaben (Energieabgabenvergütungsgesetzes) in der Fassung durch das Budgetbegleitgesetz 2011, BGBl. I Nr. 111/2010 (in der Folge kurz: EAVG), besteht 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.

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

Der Schwerpunkt des Betriebes der Bw. (Wäscherei, Putzerei, Färberei) besteht nicht in der Herstellung körperlicher Wirtschaftsgüter; der Betrieb ist unbestrittenermaßen ein Dienstleistungsbetrieb. Die beantragte Energieabgabenvergütung betrifft – entsprechend dem Wirtschaftsjahr der Gewinnermittlung der Bw. – den Zeitraum April 2011 bis März 2012.

In der Berufung wird zum einen die Nichtanwendung des § 2 EAVG in der Fassung des Budgetbegleitgesetzes 2011, BGBl. I Nr. 111/2010, wegen Verfassungswidrigkeit der Einschränkung der Energieabgabenvergütung auf Produktionsbetriebe infolge Verletzung des

Sachlichkeitsgebotes begehrt, zum anderen die Ansicht vertreten, dass hinsichtlich der Einschränkung der Energieabgabenvergütung auf Produktionsbetriebe mit Budgetbegleitgesetzes 2011 für Zeiträume nach dem 31. Dezember 2010 nicht von einer Genehmigung durch die EU-Kommission auszugehen sei. Nach Auffassung der Bw. würde die Einschränkung der Energieabgabenvergütung auf Produktionsbetriebe nicht den Anwendungsvoraussetzungen der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung - AGVO (Verordnung (EG) Nr. 800/2008) entsprechen. Darüber hinaus sei die Bestimmung des § 2 Abs. 1 EAVG nicht befristet.

Zur Verfassungswidrigkeit:

Zunächst ist festzuhalten, dass es ausschließlich in den Kompetenzbereich des Verfassungsgerichtshofes fällt, Verletzungen des Verfassungsrechtes festzustellen. Der unabhängige Finanzsenat hat gehörig kundgemachter Gesetze auch dann anzuwenden, wenn sie möglicherweise (oder tatsächlich) verfassungswidrig sind.

In den Erläuternden Bemerkungen wurde – wie in der Berufung gerügt – die Streichung der Energieabgabenvergütung für Dienstleistungsbetriebe lediglich mit dem Satz "Der Kreis der Anspruchsberechtigten ist zu weit gefasst" begründet. Dabei kommt es allerdings nicht darauf an, ob sich in den Materialien zu dieser Rechtänderung eine hinreichende (sachliche) Begründung für diesen Schritt findet. Es ist allein ausschlaggebend, ob objektiv gesehen für diese Einschränkung eine sachliche Rechtfertigung besteht (vgl. VfGH 4.10.2012, B 321/12). Die neue Bestimmung ist vom UFS jedenfalls ungeachtet des Faktums anzuwenden, dass der Gesetzgeber die Abschaffung jahrelang gewährter Vergütungen nicht ausreichend begründet hat, sodass die sachliche Differenzierung auch für die Betroffenen klar erkennbar ist. Der Umstand, dass die Einführung der Vergütung für Dienstleistungsbetriebe ab 2002 offenkundig auch dem Zweck diene, mittels Gleichstellung beider Betriebsarten den produzierenden Unternehmen die Rückzahlung der bereits gewährten Vergütungsbeträge für die Jahre 1996 bis 2001 zu ersparen (um nach einer angemessenen Frist wieder den alten Gesetzeszustand für die Dienstleistungsbetriebe herzustellen), führt zu keiner erkennbaren Verfassungswidrigkeit (vgl. UFS 23.3.2012, RV/0327-L/12).

Im seinem Erkenntnis vom 12.12.2002, B 1348/02, hat der Verfassungsgerichtshof folgende Aussagen getroffen:

- Die Regelung (der Energieabgabenvergütung) verfolge das rechtspolitische Ziel, mit der Entlastung der energieintensivsten Unternehmen die Wettbewerbsfähigkeit der körperliche Wirtschaftsgüter produzierenden Betriebe zu erhalten.
- Angesichts des mit der Einführung der Energieabgaben in Österreich im Vergleich zur Situation in anderen europäischen Staaten bewirkten Wettbewerbsnachteils für die -

körperliche Wirtschaftsgüter produzierenden - Betriebe mit sehr hohem Energieverbrauch liege die im § 2 Abs. 1 EnAbgVergG (BGBl. Nr. 201/1996, StruktAnpG 1996, Art. 62) vorgenommene Beschränkung der Energieabgabenvergütung auf Produktionsbetriebe im rechtspolitischen Gestaltungsspielraum des einfachen Bundesgesetzgebers, der auch Härtefälle in Kauf nehmen könne.

- Dienstleistungsbetriebe stünden typischerweise mit in Österreich tätigen Dienstleistungsbetrieben, die ebenso ... belastet seien, in Konkurrenz. Werde hingegen ein österreichischer Dienstleistungsbetrieb im Ausland tätig, so werde er typischerweise auch dort ... Energie beziehen und sei nicht mit der österreichischen Energieabgabe belastet. Sei ein Betrieb an einen Standort (im Inland) gebunden, nehme er nicht im gleichen Maß am Wettbewerb des europäischen Marktes teil, wie Betriebe, die schwerpunktmäßig körperliche Wirtschaftsgüter herstellten.

- Auch aus den Ausführungen des EuGH in der Rs C-143/99 sei für die Frage der Sachlichkeit der Regelung nichts zu gewinnen, da sich dieser Gerichtshof ausschließlich mit der Frage der Beihilfenqualifikation der sektoralen Regelung des § 2 Abs. 1 EnAbgVergG beschäftigt habe. Der Verfassungsgerichtshof hat damit bereits 2002 deutlich zum Ausdruck gebracht, dass es dem Gesetzgeber grundsätzlich freistehen muss, hinsichtlich der Energieabgabenvergütung zwischen Produktionsbetrieben und Dienstleistungsbetrieben zu unterscheiden, weil erstere idR auch im größeren Wettbewerb mit ausländischen Betrieben stehen. Es sind keine Umstände erkennbar, die eine andersgeartete Beurteilung nahelegen würden (vgl. UFS 23.3.2012, RV/0327-L/12).

Nunmehr hat der Verfassungsgerichtshof mit Erkenntnis vom 4.10.2012, B 321/12, die Beschwerde eines Hoteliers gegen die geltenden Regelungen zur Vergütung von Energieabgaben als unbegründet abgewiesen. In den Erwägungen führt der Gerichtshof insbesondere aus:

"Unter dem Aspekt des internationalen Wettbewerbs ist hingegen von Bedeutung, dass energieintensive Dienstleistungsbetriebe - und nur um diese geht es - nach wie vor durch Standort- und Personengebundenheit sowie durch das Zusammenfallen von 'Produktion' und 'Verbrauch' gekennzeichnet sind, auch wenn es - nicht zuletzt im Hinblick auf die moderne Informationstechnologie - bei einzelnen Dienstleistungen zu einer Trennung von 'Produktion' und 'Verbrauch' kommen kann.

Der typische Produktionsbetrieb erzeugt demgegenüber in der Regel Güter, die global gehandelt werden (können), für den Konsumenten mit ausländischen Produkten ohne weiteres austauschbar sind (wobei die Herkunft oft nicht erkennbar ist) und bei denen daher die Produktionskosten eine entscheidende Rolle spielen. Die Beschwerde übersieht, dass der

inländische Produktionsbetrieb dem internationalen Wettbewerb nicht nur dann ausgesetzt ist, wenn er selbst seine Produkte im Ausland zu verkaufen versucht, sondern auch dadurch, dass im Gefolge der Globalisierung ausländische Produkte auf dem Inlandsmarkt angeboten werden und damit in Wettbewerb zu inländischen Produkten treten."

Der Gerichtshof hat es somit nicht als unsachlich beurteilt, dass der Gesetzgeber bei der Energieabgabenvergütung differenziere.

Zur Gemeinschaftsrechtswidrigkeit:

Hiezu wird in ständiger Rechtsprechung des UFS (vgl. bspw. UFS 30.8.2012, RV/ 2311-W/12; 17.9.2012, RV/2440-W/12 und die dort zitierten Entscheidungen) ausgeführt:

Dass die Einschränkung der Vergütung auf Produktionsbetriebe eine staatliche Beihilfe darstellt, ist nach den Erläuternden Bemerkungen zum Budgetbegleitgesetz 2011 unstrittig (vgl. EB RV 981 BlgNR XXIV. GP 141), welche für den Zeitraum 1. Februar 2011 bis 31. Dezember 2013 befristet ist. Die Eigenschaft als "Beihilfe" ergibt sich insbesondere bereits aus dem EuGH-Urteil vom 8.11.2001, Rs C-143/99, *Adria-Wien-Pipeline*).

Zum Zeitpunkt des Ergehens des EuGH-Urteils in der Rs C-143/99, *Adria-Wien-Pipeline*, gab es weder eine Energiesteuer-Richtlinie, 2003/96/EG, ABl. 2003 L 283, S 51, noch eine Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung (AGVO, ABl. 2008 L 214, S 3).

Sekundärrechtlicher Maßstab für das nationale Energiesteuerrecht ist die Energiesteuer-Richtlinie 2003/96/EG (im Folgenden: EnStRL). Die EnStRL belässt den Mitgliedstaaten einen weiten Gestaltungsspielraum und sieht insbesondere keine obligatorische Verpflichtung zur steuerlichen Entlastung energieintensiver Betriebe vor. Nach Art. 17 EnStRL "können" Mitgliedstaaten für energieintensive Betriebe Steuerermäßigung vorsehen. Führt ein Mitgliedstaat Vergütungsregelungen ein, ist er nicht automatisch verpflichtet, diese Vergütungsregelungen auf sämtliche Betriebe anzuwenden. Art. 17 Abs. 1 lit. a letzter Satz EnStRL ermöglicht den Mitgliedstaaten explizit die Anpassung des Betriebsbegriffs an verkaufswert-, prozess- und sektorbezogene Gegebenheiten. Soll daher ausschließlich der Sektor der Produktionsbetriebe energiesteuerlich begünstigt werden, so steht dies im Einklang mit Art. 17 Abs. 1 letzter Satz EnStRL (vgl. Bieber, Ist die Einschränkung der Energieabgabenvergütung auf Produktionsbetriebe durch das BBG 2011 unionsrechts- und verfassungskonform, ÖStZ 2012, S. 60ff).

Die Vereinbarkeit der Energieabgabenvergütung mit Art. 17 EnStRL führt jedoch nicht automatisch zur Unionsrechtskonformität des § 2 EAVG, da die nationale Regelung ferner nicht gegen das Beihilfenverbot des Art. 107 AEUV verstoßen darf. Dementsprechend wird in Art. 26 Abs. 2 EnStRL hervorgehoben, dass die im Sinne der EnStRL vorgesehenen

Maßnahmen wie Steuerermäßigungen oder -erstattungen staatliche Beihilfen darstellen können. In diesem Fall sind sie nach Maßgabe von Art. 88 Abs. 3 EGV [Art. 108 Abs. 3 AEUV] der Kommission mitzuteilen. Die der Kommission auf der Grundlage der EnStRL übermittelten Informationen entbinden die Mitgliedstaaten nicht von der Mitteilungspflicht im Sinne von Art. 88 Abs. 3 EGV [Art. 108 Abs. 3 AEUV]. Es ist daher zu prüfen, ob § 2 EAVG mit dem Beihilfenrecht vereinbar ist:

Auf der Grundlage des Art. 109 AEUV kann der Rat in Form von Durchführungsverordnungen diejenigen Arten von Beihilfen festlegen, welche vom Anmeldeverfahren gemäß Art. 108 Abs. 3 AEUV ausgenommen sind. Demgemäß wird die EU-Kommission durch Art. 1 Abs. 1 VO 994/98 (ABl. 1998 L 142/1) dazu ermächtigt, bestimmte Gruppen von Beihilfen mittels VO als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar zu erklären. Art. 1 Abs. 1 lit. a sublit. iii VO 994/98 nennt explizit Beihilfen zugunsten von Umweltschutzmaßnahmen.

Auf der Grundlage der VO 994/98 hat die EU-Kommission die Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung 800/2008 (ABl. 2008 L 214/3; im Folgenden: AGVO) erlassen, die bis zum 31. Dezember 2013 gilt. Die Anwendung der AGVO ermöglicht einem Mitgliedstaat die sofortige Gewährung einer Beihilfe, ohne dass eine vorherige Anmeldung bei der Kommission erforderlich ist. Der Mitgliedstaat muss die Kommission lediglich binnen 20 Arbeitstagen ab Inkrafttreten der Beihilfe anhand eines Informationsblattes über die Beihilfe informieren. Nach der AGVO freigestellte Beihilfen sind keine bestehenden Beihilfen, sondern müssen nach Auslaufen der Geltung der AGVO wieder angemeldet werden, sofern deren Geltungsdauer nicht verlängert wird oder eine andere Freistellungsverordnung an ihre Stelle tritt. Die in der AGVO niedergelegten Tatbestandsvoraussetzungen stellen eine Konkretisierung des Kommissionsermessens dar.

Nach Art. 1 Abs. 1 lit. a sublit. iii VO 994/98 kann eine Ausnahme von der Anmeldeverpflichtung auf Basis der AGVO ausschließlich für "Beihilfen zugunsten von Umweltschutzmaßnahmen" vorgesehen werden. Art. 25 AGVO knüpft die Ausnahme von der Anmeldeverpflichtung daran, dass die Beihilfe im Einklang mit der Energiesteuer-Richtlinie steht (vgl. Bieber, a.a.O., ÖStZ 2012/98, S. 60).

Nach dem Amtsblatt der Europäischen Union vom 30.9.2011, ABl. C 288/21, handelt es sich bei der Einschränkung des § 2 Abs. 1 EAVG auf Produktionsbetriebe um eine Beihilfe, die auf der Grundlage der AGVO gewährt wird. Die österreichische Beihilfe ist laut dem vom BMF übermittelten Informationsblatt von 1. Februar 2011 bis 31. Dezember 2013 befristet (womit das Ende der Gültigkeit der AGVO berücksichtigt wird) und mit einem Höchstbetrag von 500 Mio. EUR begrenzt. Die Beihilfe unterliegt nach Art. 10 AGVO der Beihilfenkontrolle.

Systematisch ist die Energieabgabenvergütung der Kategorie der Umweltschutzbeihilfen iSd Art. 1 Abs. 1 lit. d AGVO zuzuordnen, die in Art. 17 bis 25 AGVO gesondert geregelt sind. Nach Art. 25 AGVO sind Umweltschutzbeihilfen mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar und von der Anmeldepflicht gemäß Art. 88 Abs. 3 EGV (Art. 108 Abs. 3 AEUV) freigestellt, wenn die Beihilfe für eine Dauer von höchstens 10 Jahren gewährt wird und die Beihilfenempfänger die in der EnStRL festgelegten Mindeststeuerbeträge entrichten. Wie bereits ausgeführt, gilt die Beihilfe nach EAVG idF BGBl. I Nr. 111/2010 für den begrenzten Zeitraum zwischen 1. Februar 2011 und 31. Dezember 2013. Da die in § 2 Abs. 2 Z 2 TS 1-6 EAVG vorgesehenen Steuerbeträge im Wesentlichen den in der Tabelle C EnStRL vorgesehenen Mindeststeuerbeträgen für Heizstoff und elektrischen Strom entsprechen, erscheint eine Unterschreitung des europäischen Mindestbesteuerungsniveaus de facto nicht möglich (vgl. Bieber, a.a.O., ÖStZ 2012/98, S. 60ff).

Die Anwendung der AGVO ermöglicht einem Mitgliedstaat die sofortige Gewährung einer Beihilfe, ohne dass eine vorherige Anmeldung bei der EU-Kommission erforderlich ist. Der Mitgliedstaat muss die Kommission lediglich binnen 20 Arbeitstagen ab Inkrafttreten der Beihilfe anhand eines Informationsblatts über die Beihilfe informieren (vgl. Bieber, a.a.O., ÖStZ 2012/98, S. 60).

Demnach hat der Mitgliedstaat der Kommission eine Kurzbeschreibung der Beihilfenmaßnahme in elektronischer Form zu übermitteln, deren Eingang unverzüglich von der Kommission bestätigt und im Amtsblatt der Europäischen Union sowie auf der Website der Kommission veröffentlicht wird. Des Weiteren hat der Mitgliedstaat nach Art. 2 Abs. 2 AGVO bei Inkrafttreten einer Beihilfenregelung oder Bewilligung einer Ad-hoc-Beihilfe, die nach dieser Verordnung freigestellt ist, den vollständigen Wortlaut der Maßnahme im Internet zu veröffentlichen und während der gesamten Laufzeit der Beihilfenmaßnahme den Internetzugang zu deren vollständigem Wortlaut zu gewährleisten. Im Muster im Anhang III der AGVO sind u.a. die einzelstaatliche Rechtsgrundlage, die Art der Maßnahme (Regelung oder Ad-hoc-Beihilfe mit Namen des Beihilfenempfängers) und die Laufzeit einer Regelung (d.i. der Zeitraum, in dem die Bewilligungsbehörde sich zur Gewährung von Beihilfen verpflichten kann) oder der Bewilligungszeitpunkt einer Ad-hoc-Beihilfe anzugeben. Die Verpflichtung zur Gewährung einer Beihilfe wird im Falle einer Beihilfenregelung durch das Inkrafttreten der Regelung für die Dauer des zeitlichen Bedingungszeitraumes eingegangen.

Auf Grund der flexiblen Gestaltung des Art. 17 EnStRL liegt es im Ermessen der Mitgliedstaaten, ob sie die Gewährung von Steuerbegünstigungen für energieintensive Betriebe an die Erreichung von Umweltschutzziele knüpfen. Auf Grund des Inkrafttretens der EnStRL ergab sich für den österreichischen Gesetzgeber keine Verpflichtung zur Integration von Umweltschutzziele in das EAVG. Nach dem EAVG sind umweltinnovative und nicht

umweltinnovative Betriebe gleichermaßen vergütungsberechtigt, da die Rückvergütung der Energieabgaben weder die Erfüllung bestimmter Umweltkriterien voraussetzt noch mit der Verpflichtung zur Einleitung von Umweltverbesserungsmaßnahmen einhergeht, wie zB der Investition der rückvergüteten Beträge in erneuerbare Energieträger (vgl. Bieber, a.a.O., ÖStZ 2012, S. 60ff).

Die EnStRL sieht lediglich die Einhaltung von spezifischen Mindeststeuerbeträgen vor und lässt es den Mitgliedstaaten offen, durch welche nationalen Abgaben die Einhaltung der Mindeststeuerbeträge gewährleistet wird. Damit wird insbesondere dem Umstand Rechnung getragen, dass viele Mitgliedstaaten bereits unterschiedliche Steuern auf Energie (CO₂-, Energiesteuern, Abgaben auf Schwefel etc.) erheben und es ermöglicht werden soll, dass diese Steuern bei der Einhaltung der Mindeststeuerbeträge berücksichtigt werden (vgl. Hager, Energiebesteuerung - nationale und gemeinschaftsrechtliche Umsetzung - Richtlinie 2003/96/EG, ÖStZ 2004, S. 322ff).

Art. 17 der EnStRL sieht Steuerermäßigungen für energieintensive Betriebe und für Betriebe, die sich zur Einhaltung von Umweltschutzvereinbarungen etc. verpflichten, vor.

Energieintensive Betriebe sind dabei als jene Betriebe definiert, bei denen die Energie- und Strombeschaffungskosten zumindest 3,0% des Produktionswertes oder die nationalen Energiesteuern mindestens 0,5% des Mehrwertes betragen. Die EnStRL legt somit nur Minimalanforderungen hinsichtlich der Begünstigung von energieintensiven Betrieben fest und eröffnet den Mitgliedstaaten dadurch die Möglichkeit, nationale Gesichtspunkte bei der Umsetzung der EnStRL zu berücksichtigen (vgl. Hager, a.a.O., ÖStZ 2004, S. 322ff).

Mit dem Energieabgabenvergütungsgesetz und dem darin enthalten Vergütungsmechanismus werden daher die in Art. 25 AGVO vorgegebenen Kriterien erfüllt. Die Bestimmung des § 2 EAVG wird daher als mit dem sekundären Gemeinschaftsrecht als vereinbar erachtet. Sofern 2014 keine neue AGVO erlassen wird, wäre § 2 EAVG bei der Kommission anzumelden.

Im Fall des EAVG registrierte die Kommission den Eingang der Kurzbeschreibung mit 7. Februar 2011 zur Zl. SA.32526. In der Kurzbeschreibung wurde als bezug habende einzelstaatliche Rechtsgrundlage die Novelle zum EAVG, BGBl. I Nr. 111/2010, genannt, die Art der Maßnahme mit "Regelung" und deren Ziele als "Beihilfen" in Form von Umweltsteuerermäßigungen (Art. 25) angegeben sowie die Laufzeit mit "1.2.2011 bis 31.12.2013" ausgewiesen. Die Kurzbeschreibung wurde am 30.9.2011 im Amtsblatt der Europäischen Union zu C 288/21 unter Verweis auf die Referenz-Nummer der staatlichen Beihilfe SA.32526 (11/X) veröffentlicht. Nach der AGVO sind daher Maßnahmen nach der bezeichneten Novelle zum EAVG nur insoweit freigestellt, als eine Verpflichtung von

Energieabgaben ab dem 1. Februar 2011 eingegangen und korrespondierend hierzu ein Rechtsanspruch der Beihilfenempfänger entstanden ist.

Eine rückwirkende Genehmigung auf den 1.1.2011 kann aus der Tatsache, dass sich die Freistellung auf sämtliche Bestimmungen der Novelle bezieht, schon deswegen nicht abgeleitet werden, weil die AGVO selbst zwar eine Rückwirkung zulässt, dies aber nur eingeschränkt und für höchstens 20 Tage (Art. 9 Abs. 1 AGVO). Für den Zeitraum Jänner 2011 lag weder eine Freistellung von der Anmeldung nach der AGVO vor, noch bestand eine Genehmigung nach Art. 108 Abs. 3 AEUV, sodass eine Beihilfe für diesen Zeitraum mit einem - nicht rückwirkend sanierbaren - Durchführungsverbot belegt war. Im Einklang damit enthält die Bestimmung des § 4 Abs. 7 EAVG den Vorbehalt der Genehmigung durch die Europäische Kommission für die Anwendbarkeit der neuen Regelungen, sodass auf Anträge betreffend den Zeitraum 01/2011 auch nach dieser Bestimmung noch die Regelungen vor BGBl. I Nr. 111/2010 anzuwenden sind (sh. sinngemäß UFS 12.7.2012, GZ. RV/0390-I/12).

Die Bestimmung des § 2 EAVG idF BGBl. I Nr. 111/2010 ist sohin auf Vergütungsanträge, die sich auf einen Zeitraum nach dem 31. Dezember 2010 beziehen, insoweit anzuwenden, als sie die Vergütung von nach dem 31.1.2011 geleistete Energieabgaben betreffen.

Beihilfen, die alle Bedingungen der AGVO erfüllen, sind automatisch mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar und müssen nicht gemäß Art. 89 Abs. 3 EG-Vertrag notifiziert und von der EU-Kommission genehmigt werden. Die AGVO erleichtert die Gewährung zahlreicher Beihilfen zur Verbesserung des Umweltschutzes bzw. zur Bekämpfung des Klimawandels. Dazu gehören Beihilfen zur Förderung von Investitionen in Energiesparmaßnahmen sowie Beihilfen in Form von Umweltsteuerermäßigungen.

In diesem Zusammenhang stellt Achatz in einer an den OÖ Gemeindebund vom 16. Mai 2012 erteilten Auskunft fest: "Die Einschränkung des § 2 EnAbgVG idF BBG 2011 auf Produktionsbetriebe ist seines Erachtens aufgrund einer Ersteinschätzung sowohl unionsrechtskonform als auch verfassungskonform. Sowohl aus unionsrechtlicher als auch aus verfassungsrechtlicher Sicht scheint eine Bekämpfung der gegenständlichen Regelung im Instanzenzug wenig erfolgversprechend" (zitiert in: UFS 3.8.2012, GZ. RV/0773-L/12).

Im Übrigen sind nach der AGVO lediglich Regionalbeihilfen für die metallverarbeitende Industrie oder für den Maschinenbau nicht von der AGVO umfasst. Beihilfen, auf die sich die AGVO nicht erstreckt, sind keineswegs rechtswidrig, sie unterliegen lediglich nach wie vor der Anmeldepflicht. Die AGVO erleichtert den Behörden der Mitgliedstaaten die Gewährung zahlreicher Beihilfen zur Verbesserung des Umweltschutzes bzw. zur Bekämpfung des Klimawandels. Dazu gehören auch Beihilfen für alle Unternehmen in Form von

Umweltsteuerermäßigungen (vgl. EU-Beihilfenpolitik, Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung, Geltungsdauer: 29.8.2008 bis 31.12.2013).

Dem Vorbringen der Bw. im gegenständlichen Fall, eine Verständigung der Europäischen Kommission gemäß Art. 9 Abs. 1 AGVO führe nicht zu einer Überprüfung durch die Kommission, ob die Einschränkung auf Produktionsbetriebe gemeinschaftsrechtlich zu rechtfertigen sei, ist entgegen zu halten, dass nach Art. 10 Abs. 1 dieser EG-Verordnung die Kommission regelmäßig die Beihilfenmaßnahmen überprüfe, von denen sie nach Art. 9 unterrichtet wurde.

Nach den obigen Ausführungen kann somit die Vergütung von Energieabgaben, die im vorliegenden Berufungsfall für den Zeitraum von April 2011 bis März 2012 geltend gemacht wurde, nicht gewährt werden.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 14. November 2012