



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der GemeindeX, 2xxx D., F-Straße, vertreten durch Treuhand Union Eisenstadt Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungs GmbH & Co OG, 7000 Eisenstadt, Pfarrgasse 33, vom 16. August 2012 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 1/23 vom 23. Juli 2012 betreffend Energieabgabenvergütung 2011 entschieden:

Der Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

Die Berufungswerberin (im Folgenden mit Bw. bezeichnet) unterhält als Gemeinde ein Seebad und beantragte für dieses im Jahre 2011 die Vergütung von Energieabgaben iHv € 6.200,73.

Dieser Vergütungsbetrag wurde wie folgt ermittelt:

Bezeichnung:	Betrag:
Umsätze gemäß § 1 Abs. 1 Z 1 und 2 UStG:	837.360,54
abzügl. Vorleistungen:	- 385.694,19
Nettoproduktionswert:	451.666,35
davon 0,5%:	2.258,33

geleistete Elektrizitätsabgabe:	8.859,06
abzügl. 0,5% NPW:	- 2.258,33
Differenz:	6.600,73
abzügl. Selbstbehalt:	- 400,00

Vergütungsbetrag:	6.200,73
--------------------------	-----------------

Mit Abweisungsbescheid vom 23. Juli 2012 wurde der Antrag der Bw. auf Vergütung der Energieabgaben 2011 mit der Begründung abgewiesen, dass für Antragszeiträume nach dem 31. Dezember 2010 eine Energieabgabenvergütung nur noch für Betriebe zulässig sei, deren Schwerpunkt nachweislich in der Herstellung körperlicher Wirtschaftsgüter bestehe. Für sog. "Dienstleistungsbetriebe" sei die Energieabgabenvergütung für Zeiträume nach dem 31. Dezember 2010 ausgeschlossen. Nach § 4 Abs. 7 ENAVG seien diese Änderungen vorbehaltlich der Genehmigung durch die Europäische Kommission auf Vergütungsanträge anzuwenden. Die schriftliche Ausfertigung der Genehmigung der Gesetzesänderung durch die Europäische Kommission sei im Amtsblatt der EU vom 30.9.2011, ABl C 288/21, erfolgt. Der Antrag sei daher abzuweisen.

Mit Eingabe vom 16. August 2012 wurde im Wege von Finanzonline gegen den vorstehenden Abweisungsbescheid berufen und verfassungsrechtliche Bedenken wegen der Ungleichbehandlung von Dienstleistungsbetrieben geltend gemacht. In diesem Zusammenhang werde auf das derzeit laufende Musterverfahren zur Zl. B 321/12-2, verwiesen.

Die Berufung wurde ohne Erlassung einer Berufungsvorentscheidung der Abgabenbehörde zweiter Instanz zur Entscheidung vorgelegt.

Über die Berufung wurde erwogen:

Gemäß § 1 Abs. 1 ENAVG 1996 idF BGBl I 92/2004 sind die entrichteten Energieabgaben auf die in Abs. 3 genannten Energieträger für ein Kalenderjahr (Wirtschaftsjahr) auf Antrag insoweit zu vergüten, als sie (insgesamt) 0,5 % des Unterschiedsbetrages zwischen

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

übersteigen (Nettoproduktionswert).

Ein Anspruch auf Vergütung besteht gemäß § 2 Abs. 1 ENAVG 1996 idF BGBl I 111/2010 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.

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

Bei der Berechnung des Vergütungsbetrages gilt nach § 2 Abs. 2 Z 2 ENAVG 1996 entweder die Grenze von 0,5% des Nettoproduktionswertes oder die folgenden Selbstbehalte, wobei der niedrigere Betrag gutgeschrieben wird:

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

Der Vergütungsbetrag wird abzüglich eines allgemeinen Selbstbehaltes von 400 € gutgeschrieben.

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

Nach den Berufungsausführungen wird die Einschränkung der Energieabgabenvergütung auf Produktionsbetriebe mit Budgetbegleitgesetz 2011, BGBl I 111/2010, für Zeiträume nach dem 31. Dezember 2010 als gleichheitswidrig und verfassungswidrig erachtet.

innerstaatliche Beurteilung des § 2 Abs. 1 ENAVG idF BGBl I 111/2010:

Der Antrag auf Vergütung der Energieabgaben ist gemäß § 2 Abs. 2 ENAVG für jeden einzelnen Betrieb zu stellen. Der Begriff "Betrieb" wird im Energieabgabenvergütungsgesetz nicht näher definiert. Das Energieabgabenvergütungsgesetz bedient sich aber im Wesentlichen der Terminologie des UStG 1994. Demnach ist für das Energieabgabenvergütungsgesetz nicht auf einen ertragsteuerlichen, sondern auf einen umsatzsteuerlichen Betriebsbegriff abzustellen (vgl. VfGH 11.12.2009, Zl. 2006/17/0118). Dies entspricht auch der Richtlinie 2003/96/EG des Rates vom 27.10.2003 zur Restrukturierung der gemeinschaftlichen Rahmenvorschriften zur Besteuerung von Energieerzeugnissen und elektrischen Strom (sog. "Energiesteuerrihtlinie").

Nach § 2 Abs. 1 des Energieabgabenvergütungsgesetzes besteht ein Anspruch auf Vergütung der Energieabgaben nur für Betriebe, deren Schwerpunkt nachweislich in der Herstellung körperlicher Wirtschaftsgüter besteht. Die Körperlichkeit der Wirtschaftsgüter ist nicht vom Aggregatzustand abhängig, sodass sowohl feste als auch flüssige oder gasförmige Wirtschaftsgüter unter die Bestimmung fallen können. Entscheidend ist dabei, dass durch chemische oder physikalische (auch mechanische) Einwirkung ein anderes Wirtschaftsgut entsteht.

Nach dem Gesetzestext des § 2 Abs. 1 ENAVG idF BGBl I 111/2010 können Dienstleistungsbetriebe für Jahre ab 2011 keine Vergütung der Energieabgaben mehr in Anspruch nehmen.

Zunächst die festzuhalten, dass es ausschließlich Sache des VfGH ist, Verletzungen des Verfassungsrechts festzustellen. Der Unabhängige Finanzsenat hat bestehende Gesetze auch dann anzuwenden, wenn sie möglicherweise (oder tatsächlich) verfassungswidrig sind.

In den Erläuternden Bemerkungen wurde die Streichung der Energieabgabenvergütung für Dienstleistungsbetriebe lediglich mit dem Satz begründet: "Der Kreis der Anspruchsberechtigten ist zu weit gefasst". Die neue Bestimmung ist vom UFS ungeachtet des Faktums anzuwenden, dass der Gesetzgeber die Abschaffung jahrelang gewährter Vergütungen nicht ausreichend begründete, damit 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 Dienstleistungsbetriebe herzustellen), führt zu keiner erkennbaren Verfassungswidrigkeit (s. sinngemäß UFS 23.3.2012, GZ. RV/0327-L/12).

Im Übrigen ist auf das VfGH-Erkenntnis vom 12.12.2002, Zl. B 1348/02, zu verweisen: In diesem Erkenntnis hat der VfGH eine Gegenüberstellung der Wettbewerbssituation eines inländischen Produktionsbetriebs und eines inländischen Dienstleistungsbetriebs vorgenommen. Dabei ist er zu dem Ergebnis gekommen, dass inländische *Dienstleistungsbetriebe* im Regelfall nur auf *nationaler Ebene* miteinander konkurrieren, wohingegen inländische Produktionsbetriebe ihre Produkte im Regelfall auf dem gesamten europäischen Markt anbieten und dementsprechend auch in Konkurrenz zu ausländischen Produktionsbetrieben stehen.

Nach Ansicht des VfGH in dem vorstehenden Erkenntnis liegt allerdings ein *Härtefall* vor, wenn ein energieintensiver österreichischer Dienstleistungsbetrieb seine Dienstleistungen auf einem konkurrierenden europäischen Markt anbietet. Insbesondere wurde in diesem Zusammenhang für einen Bergbahn- bzw. Seilbahnbetrieb ausgesprochen, dass für ein solches Unternehmen die Wettbewerbssituation mit ausländischen vergleichbaren Betrieben eher ein Ausnahmefall ist. Ein Kunde, der eine Dienstleistung eines Seilbahnunternehmens im Inland in Anspruch nehmen will, wird in aller Regel nicht mit dem Anbot eines ausländischen Seilbahnunternehmens vergleichen, da die nachgefragte Dienstleistung nicht ohne Weiteres austauschbar ist. Der vom Seilbahnunternehmen angebotene Zielort wird eben nur vom inländischen Seilbahnunternehmen und nicht auch von einem ausländischen Seilbahnunternehmen angeboten. Eine nicht gewährte Energieabgabenvergütung für das inländische Seilbahnunternehmen führt zwar zu höheren Kosten und damit zu einem höheren Preis. Dieser höhere Preis stellt in aller Regel keinen Wettbewerbsvorteil für den ausländischen Seilbahnunternehmer dar. Lediglich in Fällen, in denen etwa an einer Bundesgrenze gelegener Zielort zugleich durch ein inländisches und ein ausländisches Seilbahnunternehmen erschlossen wird, kann sich die Wettbewerbssituation ergeben, die für sich aber als Härtefall erscheint und daher zu keiner Verletzung des Gleichheitssatzes führt (vgl. VfGH-Erk VfSlg 16771/2002).

Ähnliche Überlegungen sind bei der Bw. als einem Unternehmen anzustellen, das mit dem Seebad als örtliche Freizeiteinrichtung einen lokalen Bedarf abdeckt. Dies insbesondere, als hier ein überregionaler Wettbewerb nicht bzw. nur sehr eingeschränkt stattfindet.

Im Übrigen verfolgt die Regelung der Energieabgabenvergütung das rechtspolitische Ziel, mit der Entlastung der energieintensivsten Unternehmen die Wettbewerbsfähigkeit der (körperliche Wirtschaftsgüter produzierenden) Betriebe zu erhalten. Die in § 2 Abs. 1 ENAVG 1996 vorgenommene Beschränkung der Energieabgabenvergütung auf Produktionsbetriebe liegt daher im rechtspolitischen Gestaltungsspielraum des einfachen Bundesgesetzgebers, der auch Härtefälle in Kauf nehmen könne. Ist ein Betrieb an einen Standort im Inland gebunden,

nehme er nicht im gleichen Maße am Wettbewerb des europäischen Marktes teil, wie Betriebe, die schwerpunktmäßig körperliche Wirtschaftsgüter herstellen (vgl. VfGH 12.12.2002, Zl. B 1348/02).

Der VfGH hat damit bereits 2002 deutlich zum Ausdruck gebracht, dass es dem Gesetzgeber grundsätzlich frei stehen muss, hinsichtlich der Energieabgabenvergütung zwischen Produktionsbetrieben und Dienstleistungsbetrieben zu unterscheiden, weil erstere in größerem Wettbewerb mit ausländischen Betrieben stehen. Der VfGH hat im Erkenntnis VfSlg 16771/2002 die Einschränkung der Energieabgabenvergütung auf Produktionsbetriebe grundsätzlich als verfassungskonform qualifiziert.

Die Überprüfung, inwieweit die Abschaffung der Energieabgabenvergütung ohne längere Übergangsfristen – insbesondere bei energieintensiv ausgerichteten Branchen (wie dem Eisenbahnunternehmen) – verfassungsrechtlich bedenklich ist und einer verträglicheren stufenweise geregelten Abschaffung hätte Platz machen müssen, bleibt der Entscheidung des VfGH vorbehalten.

ad Unionsrechtswidrigkeit des § 2 Abs. 1 ENAVG idF BGBl I 111/2010:

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, Zl. 2003/96/EG, noch eine Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung (AGVO).

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 ENAVG 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 ENAVG, 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 im Sinne der EnStRL vorgesehene Maßnahmen wie Steuerermäßigungen oder –erstattungen *staatliche Beihilfen* darstellen können. In diesem Fall sind sie nach Maßgabe von Art. 88 Abs. 3 AEUV der Kommission mitzuteilen. Die der Kommission auf der Grundlage der EnStRL übermittelten Informationen entbinden die Mitgliedstaaten nicht von der Mitteilungspflicht gemäß Art. 88 Abs. 3 AEUV. Es ist daher zu prüfen, ob § 2 ENAVG 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 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 ("AGVO") 800/2008 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 Kommissions**ermessens** 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, ABI 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 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 den 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 Jahre gewährt wird und die Beihilfempfänger die in der EnStRL festgelegten Mindeststeuerbeträge entrichten**. Wie bereits ausgeführt, gilt das ENAVG idF BGBl I 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 ENAVG 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).

Aufgrund der flexiblen Gestaltung des Art. 17 EnStRL liegt es im Ermessen der Mitgliedstaaten, ob er die Gewährung von Steuerbegünstigungen für energieintensive Betriebe an die Erreichung von *Umweltschutzziele*n knüpft. Aufgrund des Inkrafttretens der EnStRL ergab sich für den österreichischen Gesetzgeber keine Verpflichtung zur Integration von Umweltschutzziele in das ENAVG. Nach dem ENAVG 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, Energie-

besteuerung – 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 ENAVG wird daher als mit dem sekundären Gemeinschaftsrecht als vereinbar erachtet. Sollte 2014 keine neue AGVO erlassen wird, wäre § 2 ENAVG bei der Kommission anzumelden.

Im vorliegenden Fall 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 ENAVG, BGBl I 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 ENAVG nur insoweit freigestellt, als eine Verpflichtung von Energieabgaben ab dem 1. Februar 2011 eingegangen und korrespondierend hierzu ein Rechtsanspruch der Beihilfenempfänger entstanden ist.

Die Bestimmung des § 2 ENAVG idF BGBl I 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. Eine Normprüfungskompetenz kommt dem Unabhängigen Finanzsenat nicht zu. Er ist an die bestehenden und ordnungsgemäß kundgemachten Gesetze gebunden (vgl. VfGH 12.12.2002, B 1348/02), weshalb dem Berufungsbegehren auf Nichtanwendung des Ausschlusses der Dienstleistungsbetriebe auf der Grundlage des § 2 ENAVG idF BGBl I 111/2010 bezogen auf Vergütungszeiträume ab dem 1.2.2011 wegen verfassungsrechtlicher Bedenken in Bezug auf die Gleichbehandlung nicht beigetreten werden kann.

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 vorliegenden Fall gilt die Energieabgabenvergütungsgesetz idF BGBl I 111/2010 unstrittigerweise für den begrenzten Zeitraum zwischen 1. Februar 2011 und 31. Dezember 2013, auch wenn sich die Befristung bzw. der Geltungszeitraum des ENAVG nicht direkt aus der Gesetzesvorschrift ergibt. Ein Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht liegt demnach nicht vor.

Im vorliegenden Fall ist jedoch zu beachten, dass der Bw., die einen Saison- und Badebetrieb unterhält, kein Anspruch einer aliquoten Energieabgabenvergütung für den Zeitraum Jänner 2011 erwächst.

Es war somit spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 17. September 2012