

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin Mag. R  
in der Beschwerdesache DLGmbHOrt, vertreten durch X Wirtschaftstreuhand GmbH, Adr ,  
über die Beschwerde vom 09.11.2012 gegen den Bescheid des Finanzamtes FA,  
St. Nr. 123/4567 vom 14.09.2012, betreffend Abweisung des Antrages auf Vergütung von  
Energieabgaben für das Jahr 2011

### **zu Recht erkannt:**

1. Der Bescheid wird abgeändert.

Die Energieabgabenvergütung für das Jahr 2011 wird mit € 73.237,61 festgesetzt.

2. Eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist nach Art. 133 Abs. 4 Bundes-  
Verfassungsgesetz (B-VG) zulässig.

## Entscheidungsgründe

(1) Die Beschwerdeführerin (im folgenden kurz Bf.) forderte mit **Antrag vom 10. September 2012** die Vergütung von Energieabgaben für das **Kalenderjahr 2011** in Höhe von € 73.237,61.

Der Betrag wurde wie folgt berechnet:

Vom Unternehmen getätigte Umsätze iSd § 1 Abs. 1 Z 1 und 2 UStG 1994		€ 82.130.568,77
An das Unternehmen erbrachte Umsätze iSd § 1 Abs. 1 Z 1 und 2 UStG 1994		-€ 64.060.912,39
Nettoproduktionswert		€ 18.069.956,38
Elektrische Energie verbraucht / darauf geleistete Elektrizitätsabgabe	9009503 KWh	€ 135.142,55
Erdgas verbraucht/ darauf geleistete Erdgasabgabe	437013 m <sup>3</sup>	€ 28.843,06
Summe Abgaben		€ 163.985,61

5 % vom Nettoproduktionswert	€ 18.069.956,38	- € 90.348,00
Zwischensumme		€ 73.637,61
Selbstbehalt		- € 400,00
Vergütungsbetrag		€ 73.237,61

(2) Mit **Bescheid vom 14. September 2012** wurde der Antrag **abgewiesen**. Begründet wurde dies zusammengefasst damit, dass nach § 2 Abs. 1 iVm § 4 Abs. 7 EnAbgVergG, idF Budgetbegleitgesetz 2011, BGBl. I Nr. 111/2010, für Antragszeiträume nach dem 31. Dezember 2010 nur mehr eine Vergütung für Betriebe mit Schwerpunkt in der Herstellung von körperlichen Wirtschaftsgütern bestehé und für einen Dienstleistungsbetriebe ausgeschlossen sei. Nachdem es sich beim Betrieb der Antragstellerin um einen Dienstleistungsbetrieb handle, stehe die Vergütung für das gesamte Kalenderjahr 2011 nicht zu.

(3) Mit der (nach Fristverlängerung) am 12. November 2012 eingelangten **Berufung** begehrte die Beschwerdeführerin die bescheidmäßige Festsetzung der Energieabgaben entsprechend der eingereichten Erklärung und begründete dies damit, dass die Energieabgabenvergütung für den Monat Jänner 2011 aufgrund der Judikatur des VwGH (22. 8. 2012, 2012/17/0175) jedenfalls zu gewähren sei und darüber hinaus der Ausschluss der Dienstleistungsbetriebe von der Energieabgabenvergütung ab 2011 generell gegen Verfassungsrecht und Unionsrecht verstöße.

Es seien die verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte auf Unversehrtheit des Eigentums, auf Bestimmtheit von Gesetzen (Legalitätsgrundsatz) und auf Gleichheit aller Staatsbürger vor dem Gesetz verletzt.

Aus unionsrechtlicher Sicht verletze die Subsumption des § 2 Abs. 1 EAVG idF BGBl. I Nr. 111/2010 unter Art. 25 der AGVO die unionsrechtlichen Rechte der Bf., weil Artikel 25 AGVO nicht vom Anwendungsbereich des Art. 1 Abs. 1 lit a sublit iii der Ermächtigungsverordnung VO 994/98 des Rates umfasst sei. Diese Ermächtigung würde der Kommission ermöglichen, Beihilfen zu Gunsten von Umweltschutzmaßnahmen von der Anmeldeverpflichtung des Art. 108 Abs. 3 AEUV zu befreien. Art. 25 AGVO verlange nur die Einhaltung der Energiesteuerrichtlinie 2003/96/EG, die lediglich Mindeststeuerbeträge vorsehe, aber keinen Abschluss von Umweltschutzvereinbarungen oder die Integration von Umweltschutzz Zielen von energieintensiven Betrieben. Zur Förderung von Umweltschutzmaßnahmen erscheine daher die Anknüpfung von Art. 25 AGVO an die Energiesteuerrichtlinie nicht geeignet. Das Erfordernis von Art. 1 Abs. 1 lit a sublit iii der VO 994/98, die eine Anwendbarkeit nur für Umweltschutzmaßnahmen vorsehe, sei nicht erfüllt bzw. Art 25 AGVO nicht von der Ermächtigungsverordnung VO 994/98 erfasst. Es hätte daher eine Anmeldung/ Genehmigung der Beihilfe nach Art. 108 Abs. 3 AEUV erfolgen müssen. Da eine derartige Genehmigung nicht vorliege, wären die Voraussetzungen des § 4 Abs. 7 EAVG

idF BGBI. 111/2010 nicht erfüllt und somit § 2 Abs. 1 EAVG in der Fassung vor BGBI. 111/2010 weiterhin anzuwenden.

(4) Mit **Ergänzungersuchen vom 27. November 2012** ersuchte das Finanzamt um Bekanntgabe der Energieabgabenvergütung für den Monat Jänner 2011. In der dazu übermittelten Berechnung wird der (durch Aliquotierung der Jahresbemessungsgrundlagen ermittelte) Vergütungsbetrag für Jänner 2011 mit € 6.103,13 angegeben.

(5) Mit **Vorlage vom 5. Dezember 2012** legte das Finanzamt die Berufung (ohne Erlassung einer Berufungsvorentscheidung) dem unabhängigen Finanzsenat vor. Darin beantragte das Finanzamt mit Verweis auf § 2 Abs. 1 EAVG die Abweisung für den Zeitraum 2-12/2011.

(6) In einem gleichgelagerten Fall hat das Bundesfinanzgericht aufgrund der Zweifel an der Vereinbarkeit der mit Budgetbegleitgesetz 2011 erfolgten Neuregelungen im Energieabgabenvergütungsgesetz mit dem Unionsrecht dem **EuGH** (dort unter RsC-493/14 *Dillys Wellnesshotel GmbH*) Fragen mit Beschluss vom 31. 10. 2014 (RE/5100001/2014) zur **Vorabentscheidung** vorgelegt.

(6) Da der Ausgang des Vorabentscheidungsverfahrens und des zugrundeliegenden Beschwerdeverfahrens (RV/5100360/2013) beim Bundesfinanzgericht für den Ausgang des gegenständlichen Verfahrens von wesentlicher Bedeutung war, erfolgte eine Aussetzung des Verfahrens gemäß § 271 Abs.1 BAO.

Nachdem der EuGH mit Urteil vom 21. 7. 2016 und das Bundesfinanzgericht mit Erkenntnis vom 3. August 2016 entschieden haben, war das gegenständliche Verfahren gemäß § 271 Abs. 2 BAO von Amts wegen fortzusetzen.

(7) Das Finanzamt legte mit Schreiben vom 6. Oktober 2016 die Akten vor und teilte mit, dass gegen die vorgelegten Berechnungen der Jahresvergütung keine Einwände bestünden. Ergänzend wurde angemerkt, dass gegen die Entscheidung des Bundesfinanzgerichtes RV/5100360/2013 Revision erhoben worden sei.

### **Festgestellter Sachverhalt:**

(8) Die Beschwerdeführerin betreibt ein Krankenhaus. Unstrittig ist, dass es sich dabei um einen Betrieb handelt, dessen Schwerpunkt nicht in der Herstellung körperlicher Wirtschaftsgüter liegt.

(9) Außer Streit steht die von der Bf. vorgelegte Berechnung der Energieabgabenvergütung, in der der Vergütungsbetrag für das Kalenderjahr 2011 in Höhe von € 73.237,61 ermittelt ist.

**Streitfrage ist, ob die Bf., die ausschließlich Umsätze aus einem Dienstleistungsbetrieb tätigt, die Energieabgabenvergütung - wie vom Finanzamt**

**beantragt - nur für den Monat Jänner 2011 oder für das gesamte Kalenderjahr 2011 zusteht.**

**Rechtliche Grundlagen:**

(10) Die Zuständigkeit zur Weiterführung der mit Ablauf des 31. Dezember 2013 beim unabhängigen Finanzsenat anhängigen Verfahren ging auf das Bundesfinanzgericht über (Art. 129 iVm Art. 151 Abs. 51 Z 8 B-VG idF BGBI I 51/2012).

Zu diesem Zeitpunkt beim Unabhängigen Finanzsenat anhängige Berufungen sind gemäß § 323 Abs. 38 BAO idF BGBI I 14/2013 (Finanzverwaltungsgerichtsbarkeitsgesetz 2012) nunmehr vom Bundesfinanzgericht als Beschwerden im Sinne des Art. 130 Abs. 1 B-VG zu erledigen.

Auch die gegenständliche Berufung war daher als Beschwerde zu behandeln .

**Unionsrechtliche Vorgaben:**

(11) Aus dem **Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union** -Fassung aufgrund des am 1.12.2009 in Kraft getretenen Vertrages von Lissabon (**AEUV**) - ergeben sich folgende relevante Grundlagen:

- **Artikel 107 Abs 1 AEUV** lautet: Soweit in den Verträgen nicht etwas anderes bestimmt ist, sind 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 **Artikel 108 Abs 1 AEUV** überprüft die Kommission fortlaufend in Zusammenarbeit mit den Mitgliedstaaten die in diesen bestehenden Beihilferegelungen. Sie schlägt ihnen die zweckdienlichen Maßnahmen vor, welche die fortschreitende Entwicklung und das Funktionieren des Binnenmarktes erfordern.

- Nach **Artikel 108 Abs 3 AEUV** wird die Kommission von jeder beabsichtigten Einführung oder Umgestaltung von Beihilfen so rechtzeitig unterrichtet, dass sie sich dazu äußern kann. Ist sie der Auffassung, dass ein derartiges Vorhaben nach Artikel 107 mit dem Binnenmarkt unvereinbar ist, so leitet sie unverzüglich das in Abs 2 vorgesehene Verfahren ein. Der betreffende Mitgliedstaat darf die beabsichtigte Maßnahme nicht durchführen, bevor die Kommission einen abschließenden Beschluss erlassen hat.

- Gemäß **Artikel 108 Abs 4 AEUV** kann die Kommission Verordnungen zu den Arten von staatlichen Beihilfen erlassen, für die der Rat nach Artikel 109 festgelegt hat, dass sie von dem Verfahren nach Abs 3 ausgenommen werden können.

**(12) Entscheidungsrelevante Verordnungen bzw. Verordnungsbestimmungen**

(Die nachstehend angeführten Verordnungsinhalte sind dem Urteil des EuGH vom 21. Juli 2016, C-493/14, Rn 3 bis 12 entnommen):

**Verordnung (EG) Nr. 659/1999**

**3** Die Verordnung (EG) Nr. 659/1999 des Rates vom 22. März 1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel [108 AEUV] (ABl. 1999, L 83, S. 1) bestimmte in ihrem Art. 2 („Anmeldung neuer Beihilfen“):

„(1) Soweit die Verordnungen nach Artikel [109 AEUV] oder nach anderen einschlägigen Vertragsvorschriften nichts anderes vorsehen, teilen die Mitgliedstaaten der Kommission ihre Vorhaben zur Gewährung neuer Beihilfen rechtzeitig mit...“

### **Verordnung (EG) Nr. 994/98**

**4** In den Erwägungsgründen 4 bis 7 der Verordnung (EG) Nr. 994/98 des Rates vom 7. Mai 1998 über die Anwendung der Artikel [107 und 108 AEUV] auf bestimmte Gruppen horizontaler Beihilfen (ABl. 1998, L 142, S. 1) hieß es:

„(4) Die Kommission hat die Artikel [107 und 108 AEUV] mittels zahlreicher Entscheidungen durchgeführt und ihre Vorgehensweise in einer Anzahl von Bekanntmachungen dargelegt. In Anbetracht der erheblichen Erfahrungen der Kommission bei der Anwendung der Artikel [107 und 108 AEUV] und der von ihr auf der Grundlage dieser Bestimmungen angenommenen allgemeinen Texte ist es im Hinblick auf eine wirksame Überwachung und aus Gründen der Verwaltungsvereinfachung – ohne die Kontrolle der Kommission dadurch zu schwächen – angezeigt, die Kommission zu ermächtigen, in den Gebieten, auf denen sie über ausreichende Erfahrung verfügt, um allgemeine Vereinbarkeitskriterien festzulegen, mittels Verordnungen zu erklären, dass bestimmte Gruppen von Beihilfen mit dem [Binnenmarkt] gemäß einer oder mehrerer Bestimmungen des Artikels [107 Absätze 2 und 3 AEUV] zu vereinbaren [sind] und von dem Verfahren nach Artikel [108 Absatz 3 AEUV] freigestellt werden.

(5) Gruppenfreistellungsverordnungen erhöhen die Transparenz und Rechtssicherheit

...

(6) Die Kommission sollte beim Erlass von Verordnungen zur Freistellung bestimmter Gruppen von Beihilfen von der Anmeldungspflicht nach Artikel [108 Absatz 3 AEUV] ... die Bedingungen der Überwachung festlegen, um die Vereinbarkeit der von dieser Verordnung erfassten Beihilfen mit dem [Binnenmarkt] zu gewährleisten.

(7) Die Kommission sollte ermächtigt werden, beim Erlass von Verordnungen zur Freistellung bestimmter Gruppen von Beihilfen von der Anmeldungspflicht nach Artikel [108 Absatz 3 AEUV] zusätzliche Bedingungen aufzuerlegen, um die Vereinbarkeit der von dieser Verordnung erfassten Beihilfen mit dem [Binnenmarkt] zu gewährleisten.“

**5** In Art. 1 („Gruppenfreistellungen“) dieser Verordnung hieß es:

„(1) Die Kommission kann mittels Verordnungen, die nach dem Verfahren des Artikels 8 dieser Verordnung und nach Artikel [107 AEUV] erlassen wurden, erklären, dass folgende Gruppen von Beihilfen mit dem [Binnenmarkt] zu vereinbaren sind und nicht der Anmeldungsverpflichtung nach Artikel [108 Absatz 3 AEUV] unterliegen:

a) Beihilfen zugunsten von:

iii) Umweltschutzmaßnahmen,

(2) In den Verordnungen nach Absatz 1 ist für jede Gruppe von Beihilfen Folgendes festzulegen:

e) die Bedingungen der Überwachung nach Artikel 3.

6 Art. 3 („Transparenz und Überwachung“) dieser Verordnung sah vor:

„(1) Beim Erlass von Verordnungen nach Artikel 1 erlegt die Kommission den Mitgliedstaaten genaue Regeln zur Gewährleistung der Transparenz und der Überwachung der gemäß diesen Verordnungen von der Anmeldepflicht freigestellten Beihilfen auf. Diese Regeln haben insbesondere die in den Absätzen 2, 3 und 4 festgelegten Anforderungen zum Gegenstand.

...“

7 Die Verordnung Nr. 994/98 wurde durch die Verordnung (EU) Nr. 733/2013 des Rates vom 22. Juli 2013 (ABl. 2013, L 204, S. 11) geändert und in der Folge durch die Verordnung (EU) Nr. 2015/1588 des Rates über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf bestimmte Gruppen horizontaler Beihilfen (ABl. 2015, L 248, S. 1) aufgehoben.

### **Verordnung Nr. 800/2008**

8 In den Erwägungsgründen 5, 7 und 46 der Verordnung Nr. 800/2008 hieß es:

„(5) Diese Freistellungsverordnung sollte für alle Beihilfen gelten, die sämtliche einschlägigen Voraussetzungen dieser Verordnung erfüllen, wie auch für alle Beihilferegelungen, bei denen gewährleistet ist, dass auf der Grundlage solcher Regelungen gewährte Einzelbeihilfen ebenfalls sämtliche einschlägigen Voraussetzungen dieser Verordnung erfüllen. Im Interesse der Transparenz und einer wirksamen Beihilfenkontrolle sollten alle nach dieser Verordnung gewährten Einzelbeihilfemaßnahmen einen ausdrücklichen Verweis auf die maßgebliche Bestimmung von Kapitel II und die einzelstaatliche Rechtsgrundlage enthalten.

...

(7) Staatliche Beihilfen im Sinne von Artikel [107 Absatz 1 AEUV], die nicht unter diese Verordnung fallen, sollten weiterhin der Anmeldepflicht nach Artikel [108 Absatz 3 AEUV] unterliegen...

(46) Aufgrund der ausreichenden Erfahrungen, die bei der Anwendung der Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Umweltschutzbeihilfen gesammelt wurden, sollten die folgenden Beihilfen von der Anmeldepflicht freigestellt werden: ... bestimmte Beihilfen in Form von Umweltsteuerermäßigungen.“

9 Art. 1 („Anwendungsbereich“) in Kapitel I („Gemeinsame Vorschriften“) der Verordnung Nr. 800/2008 bestimmte in seinem Abs. 1:

„Diese Verordnung gilt für die folgenden Gruppen von Beihilfen:

d) Umweltschutzbeihilfen,

**10** Art. 3 („Freistellungsvoraussetzungen“) dieser Verordnung, der ebenfalls in Kapitel I enthalten war, sah in seinem Abs. 1 vor:

„Beihilferegelungen, die alle Voraussetzungen des Kapitels I erfüllen sowie den einschlägigen Bestimmungen des Kapitels II entsprechen, sind im Sinne von Artikel [107 Absatz 3 AEUV] mit dem [Binnenmarkt] vereinbar und von der Anmeldepflicht nach Artikel [108 Absatz 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.“

**11** Art. 25 („Beihilfen in Form von Umweltsteuerermäßigungen“) in Abschnitt 4 („Umweltschutzbeihilfen“) von Kapitel II („Besondere Bestimmungen für einzelne Beihilfegruppen“) dieser Verordnung bestimmte:

„(1) Umweltschutzbeihilferegelungen in Form von Umweltsteuerermäßigungen nach Maßgabe der Richtlinie 2003/96/EG [des Rates vom 27. Oktober 2003 zur Restrukturierung der gemeinschaftlichen Rahmenvorschriften zur Besteuerung von Energieerzeugnissen und elektrischem Strom (ABl. 2003, L 283, S. 51)] sind im Sinne von Artikel [107] Absatz 3 [AEUV] mit dem [Binnenmarkt] vereinbar und von der Anmeldepflicht gemäß Artikel [108] Absatz 3 [AEUV] freigestellt, wenn die Voraussetzungen der Absätze 2 und 3 dieses Artikels erfüllt sind.

**12** Die Verordnung Nr. 800/2008 wurde durch die Verordnung (EU) Nr. 1224/2013 der Kommission vom 29. November 2013 (ABl. 2013, L 320, S. 22) hinsichtlich ihrer Geltungsdauer geändert. Diese wurde infolgedessen bis zum 30. Juni 2014 verlängert. Die Verordnung Nr. 800/2008 wurde später durch die Verordnung (EU) Nr. 651/2014 der Kommission vom 17. Juni 2014 zur Feststellung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Binnenmarkt in Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (ABl. 2014, L 187, S. 1) aufgehoben.

#### **- Nationale Rechtsgrundlagen:**

(13) In der **Stammfassung BGBI. Nr. 201/1996** sah das **Energieabgabenvergütungsgesetz (EAVG)** in § 2 Abs. 1 eine Energieabgabenvergütung für Unternehmen bzw. Betriebe vor, deren Schwerpunkt nachweislich in der Herstellung von körperlichen Wirtschaftsgütern bestand. Wegen der Begünstigung von derartigen Betrieben und der damit einhergehenden Selektivität qualifizierte der EuGH die Energieabgabenvergütung als Beihilfe (Urteil des EuGH vom 8. November 2001, Rs. C-143/99, *Adria-Wien Pipeline*).

Als Reaktion auf dieses Urteil hat der Gesetzgeber mit BGBI. I Nr. 158/2002 § 2 Abs. 1 EAVG neu gefasst und für alle Betriebe einen Anspruch auf Vergütung eingeräumt, soweit sie nicht Erdgas und elektrische Energie oder Wärme (Dampf oder Warmwasser) lieferten, das aus Erdgas oder elektrischer Energie erzeugt wurde.

(14) **§ 2 Abs. 1 EAVG** idF **BGBI. I Nr. 92/2004** lautete:

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

Nach § 2 Abs. 2 Z. 1 EAVG ist über Antrag des Vergütungsberechtigten je Kalenderjahr (Wirtschaftsjahr) der Betrag zu vergüten, der den in § 1 EAVG genannten Anteil am Nettoproduktionswert übersteigt. Der Antrag hat die im Betrieb verbrauchte Menge an den in § 1 Abs. 3 leg. cit. genannten Energieträgern und die in § 1 EAVG 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.

(15) Mit **Budgetbegleitgesetz 2011 (BGBI. I Nr. 111/2010 vom 30. Dezember 2010, Pkt 72)**, - in der Folge kurz BBG 2011 - sollten Dienstleistungsbetriebe neuerlich von der Energieabgabenvergütung ausgeschlossen werden und das EAVG wurde wie folgt geändert:

„1. **§ 2 Abs. 1** lautet:

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

2. *In § 2 Abs. 3 wird die Wortfolge „für betriebliche Zwecke“ durch die Wortfolge „für einen Produktionsprozess“ ersetzt.*

3. *In § 3 wird in der Z 1 die Wortfolge „für betriebliche Zwecke“ durch die Wortfolge „für einen Produktionsprozess“ ersetzt.*

4. *Dem § 4 wird folgender Abs. 7 angefügt:*

*„(7) Die §§ 2 und 3, jeweils in der Fassung des Budgetbegleitgesetzes 2011, BGBI. 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.“*

(16) In den **Gesetzesmaterialien** wird zu § 4 Abs. 7 EAVG folgendes ausgeführt:

*„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 EAVG von der Europäischen Kommission als erlaubte staatliche Beihilfe genehmigt, dann ist die gesetzlich vorgesehene Einschränkung auf Produktionsbetriebe mit 1. Januar 2011 anzuwenden, so dass 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“.*

**Rechtsprechung:**

- **EuGH 21. 7. 2016, Rs- 493/14, Dillys Wellnesshotel GmbH**

(17) Dem Urteil liegt folgendes Verfahren zu Grunde:

Die Abgabepflichtige betreibt ein Hotel und stellte einen Antrag auf Energieabgabenvergütung für das Jahr 2011. Der Antrag wurde von der Abgabenbehörde mit Verweis auf die mit BBG 2011 erfolgte Einschränkung auf Produktionsbetriebe abgewiesen. Der UFS wies die dazu eingebrachte Berufung ab. Die Behandlung einer an den Verfassungsgerichtshof eingebrachten Beschwerde wurde vom Höchstgericht unter Verweis auf die Entscheidung B 321/12 vom 4. 10. 2012 abgelehnt und an den VwGH abgetreten.

Der VwGH hob die Entscheidung des UFS auf, weil nach dessen Erkenntnis vom 22.8.2012, 2012/17/0175 Dienstleistungsunternehmen die Energieabgabenvergütung für den Monat Jänner 2011 zuzusprechen sei.

Das BFG hatte Zweifel an der Unionsrechtskonformität der mit BBG 2011 durchgeführten Änderungen im EAVG, nachdem der EuGH mit Urteil vom 8. 11. 2001, C-143/99, Rs. „Adria-Wien Pipeline und Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke“ schon zu der in der Stammfassung enthaltenen Einschränkung der Energieabgabenvergütung auf Produktionsbetriebe eine staatliche Beihilfe iSd Art. 107 Abs. 1 AEUV gesehen hatte. Die Neuregelung im BBG 2011 sei nicht gemäß den für staatliche Beihilfen vorgesehenen Verfahren bei Kommission angemeldet (und folglich auch nicht genehmigt) worden. Eine allenfalls nach der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung (AGVO) in Betracht kommende Freistellung von dem in Art. 108 AEUV vorgesehenen Genehmigungsverfahren verlange, dass die Beihilferegelung ausdrücklich auf die AGVO Bezug nimmt (Art. 3 Abs. 1 AGVO), der Kommission eine Kurzbeschreibung der betreffenden Beihilferegelung binnen 20 Tagen ab Inkrafttreten zu übermitteln und der Wortlaut der betreffenden Beihilferegelung im Internet über die gesamte Dauer zu veröffentlichen sei (Art. 9 AGVO) .

(18) Das BFG erachtete die Voraussetzungen für die Anwendung der AGVO als nicht erfüllt und legte dem EuGH folgende Fragen im Wege des Vorabentscheidungsersuchens vor:

*1. Verstößt es gegen Unionsrecht, wenn eine Beihilferegelung das besondere Verfahren der Verordnung Nr. 800/2008 nach Art. 25 in Anspruch nimmt, um damit von der Anmeldepflicht nach Art. 108 Abs. 3 AEUV freigestellt zu werden, aber verschiedene Verpflichtungen des Kapitels I dieser Verordnung nicht einhält und überdies auch keinen Hinweis auf diese Verordnung aufweist?*

2. Verstößt es gegen Unionsrecht, wenn eine Beihilferegelung auf das für Umweltschutzbeihilfen geltende besondere Verfahren der Verordnung Nr. 800/2008 nach Art. 25 gestützt wird, aber in Kapitel II geregelte Voraussetzungen – nämlich die Förderung von Umweltschutzmaßnahmen bzw. Energiesparmaßnahmen nach Art. 17 Abs. 1 dieser Verordnung – nicht vorliegen?

3. Steht das Unionsrecht einer nationalen Regelung entgegen, die keine zeitliche Einschränkung und auch keinen Hinweis auf den in der Freistellungsanzeige angeführten Zeitraum enthält, so dass die in Art. 25 Abs. 3 der Verordnung Nr. 800/2008 geforderte Begrenzung der Energiesteuervergütung auf zehn Jahre nur der Freistellungsanzeige zu entnehmen ist?

(19) Der EuGH gelangte im **Urteil vom 21. Juli 2016**, C-493/14, *Dilly's Wellnesshotel GmbH*, zu folgendem Ergebnis:

*Ohne dass eine Prüfung der Voraussetzungen erforderlich wäre, auf die Art. 25 der Verordnung Nr. 800/2008 verweist und die Gegenstand der zweiten und der dritten Vorlagefrage sind, ist darauf hinzuweisen, dass eine Beihilferegelung nach Art. 3 Abs. 1 in Kapitel I („Gemeinsame Vorschriften“) dieser Verordnung nur dann von der Anmeldepflicht freigestellt ist, wenn diese Regelung u. a. einen ausdrücklichen Verweis auf diese Verordnung unter Angabe des Titels sowie einen ausdrücklichen Verweis auf die Fundstelle im Amtsblatt der Europäischen Union enthält. (Rn 41)*

*Im Ausgangsverfahren steht fest, dass die fragliche Beihilferegelung keinen solchen Verweis auf die Verordnung Nr. 800/2008 enthält. (Rn 42)*

*Nach alledem ist festzustellen, dass die in Art. 3 Abs. 1 der Verordnung Nr. 800/2008 genannte Voraussetzung, dass eine Beihilferegelung einen ausdrücklichen Verweis auf diese Verordnung enthalten muss, um von der in Art. 108 Abs. 3 AEUV vorgesehenen Anmeldepflicht freigestellt zu werden, keine bloße Formalität darstellt, sondern ihr vielmehr ein zwingender Charakter zukommt, so dass ihre Missachtung der Gewährung einer Freistellung von dieser Pflicht nach dieser Verordnung entgegensteht. (Rn 51)*

*Daher ist auf die erste Frage zu antworten, dass Art. 3 Abs. 1 der Verordnung Nr. 800/2008 dahin auszulegen ist, dass das Fehlen eines ausdrücklichen Verweises auf diese Verordnung unter Angabe des Titels sowie eines ausdrücklichen Verweises auf die Fundstelle im Amtsblatt der Europäischen Union in einer Beihilferegelung wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden der Annahme entgegensteht, dass diese Regelung gemäß Art. 25 Abs. 1 dieser Verordnung die Voraussetzungen für eine Freistellung von der in Art. 108 Abs. 3 AEUV vorgesehenen Anmeldepflicht erfüllt. (Rn 52)*

*Zur zweiten und zur dritten Frage*

*In Anbetracht der Antwort auf die erste Frage brauchen die zweite und die dritte Frage nicht beantwortet zu werden. (Rn 53)*

(20) Nachdem bei der als Beihilfe zu qualifizierenden Einschränkung der Energieabgabenvergütung mit BBG 2011 im EAVG ein ausdrücklicher Verweis auf die AGVO fehlt, liegen nach dem EuGH die Voraussetzungen der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung Nr. 800/2008 nicht vor. Dies hat zur Folge, dass eine Freistellung von der in Art. 108 Abs. 3 AEUV vorgesehenen Anmeldepflicht nicht in Betracht kommt.

Eine Anmeldung (und Genehmigung) nach Art. 108 Abs. 3 AEUV ist nicht erfolgt.

**- Erkenntnis des Bundesfinanzgerichtes vom 3. 8. 2016, RV/5100360/2013**

(21) Das BFG ist nach Vorliegen des EuGH-Urteils (Rs C-493/14, Dilly's Wellnesshotel GmbH) im fortgesetzten Verfahren zu folgendem Ergebnis gelangt:

- Die mit Budgetbegleitgesetz 2011 in § 2 Abs. 1 EAVG vorgesehene Einschränkung der Energieabgabenvergütung auf Produktionsbetriebe stellt eine zu genehmigende Neubeihilfe dar. Nachdem dafür weder eine Genehmigung durch die Kommission vorliegt, noch die Voraussetzungen der AGVO gegeben sind, liegt eine rechtswidrige Beihilfe vor, die dem Durchführungsverbot des Art. 108 Abs.3 Satz 3 AEUV unterliegt.
- Wird der Wegfall der Energieabgabenvergütung auf eine aufschiebend bedingte Inkrafttretensregelung gestützt, die auf eine "Genehmigung" abstellt und liegen weder die Voraussetzungen der AGVO noch eine Genehmigung der Kommission vor, ist unter Berücksichtigung des (unmittelbar anwendbaren) Durchführungsverbotes des Art. 108 Abs.3 Satz 3 AEUV und in unionsrechtskonformer Auslegung davon auszugehen, dass die die mit Budgetbegleitgesetzes 2011, BGBl. I Nr. 111/2010 erfolgte Einschränkung für Dienstleistungsbetriebe mangels Genehmigung (noch) nicht in Kraft getreten ist.
- Daher kann Dienstleistungsbetrieben die Energieabgabenvergütung nicht verwehrt werden, sondern steht für das Jahr 2011 zur Gänze (und nicht nur für den Monat Jänner 2011) zu.

(22) In der Begründung wird folgendes ausgeführt:

*"5. Zusammenfassung:*

*a. Anmeldeverfahren:*

*(1) Eine ganze Reihe von Gründen spricht dafür, dass der Gesetzgeber im BBG 2011 ein Anmeldeverfahren geregelt hat und erst im Nachhinein durch Abgabe einer verspäteten Meldung eines AGVO-Verfahrens die Rechtslage (mit allerdings ungenügenden Mitteln) bereinigt werden sollte. Insbesondere die Anführung einer „Genehmigung“ und einer „Nichtgenehmigung“ in den EB widersprechen der Rechtsansicht eines beabsichtigten AGVO-Verfahrens, welches gerade durch das Fehlen jedweder Genehmigung gekennzeichnet ist. Beihilfen nach der AGVO werden nur angemeldet und gelten ab Inkrafttreten der Regelung. Sie münden nur dann in ein Anmeldeverfahren, wenn sie die Voraussetzungen der AGVO nicht erfüllen, was aber mit einer "Genehmigung" nichts zu tun hat.*

*Von einer "konkludenten Genehmigung" (Pfau, ÖStZ 2016, 325) ist schon deshalb nicht auszugehen, weil es völlig unklar wäre, warum der Gesetzgeber bei einem Freistellungs-Verfahren, das gerade auf sofortige und unmittelbare Wirkung der Maßnahme (und auf die Vermeidung eines Genehmigungsprozesses) abstellt, eine die Durchführung auf unbestimmte Zeit "verzögernde" Handlung der Kommission abstellen sollte.*

*Hätte der Gesetzgeber tatsächlich erstmalig im BBG 2011 auf das AGVO-Verfahren abgestellt, so wären wohl auch die damit verbundenen – und im Übrigen klar geregelten – Voraussetzungen beachtet worden, da bisher das Anmeldeverfahren angewandt wurde und ein „Umstieg“ entsprechend sorgfältiges Verhalten auslösen hätte müssen. Es bliebe auch völlig unerklärlich, warum bei erstmaliger Anwendung gerade eindeutige Verpflichtungen dieses neuen Verfahrens – wie die Kurzmitteilung binnen 20 Tagen – unbeachtet geblieben wären. Daher haben auch sämtliche Institutionen bis hin zur Europäischen Kommission den Gesetzestext als Hinweis auf ein Anmeldeverfahren aufgefasst.*

*Dass der Gesetzgeber beim Gesetzverdungsprozess gerade nicht die Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung vor Augen hatte (die bis dahin noch niemals angewandt wurde), beweist die Formulierung der EB. Ebenso weisen die Schreiben der Vertreter der Finanzinstitute und die Stellungnahme der Europäischen Kommission, die selbst davon ausgeht, dass sich die gesetzgebenden Organe der Republik der Möglichkeit der Anwendung der AGVO nicht bewusst gewesen sind, darauf hin.*

*(2) Wenn Pfau dazu in ÖStZ 2016, 325 anführt, die AGVO „genehmige“ eine Reihe von Beihilfemaßnahmen und nach dem 36. Erwägungsgrund der AGVO sei von einem Bewilligungszeitpunkt auszugehen, daher müsse die Veröffentlichung der Kurzbeschreibung im ABI der EU C-288/21 vom 30.9.2011 als Erfüllung des „Genehmigungsvorbehalts“ des § 4 Abs 7 EAVG angesehen werden (mit Verweis auf VwGH 30.1.2013, 2012/17/0469 ), ist ihm folgendes entgegenzuhalten:*

*In der Stellungnahme der Kommission zu EuGH C-493/14 vom 6.2.2015 wird auf Seite 25 unter Fußnote 23 angeführt: Entgegen den Ausführungen im Vorlagebeschluss (S. 7) ist die Angabe zum „Bewilligungszeitpunkt“ in Anhang III der AGVO (ABI L 214 vom 9.8.2008, S. 43) nur für Ad-hoc-Beihilfen vorgesehen.*

*Laut Artikel 2 AGVO ist eine Ad-hoc-Beihilfe eine Einzelbeihilfe, die nicht auf der Grundlage einer Beihilferegelung gewährt wird. Die Umweltschutzbeihilfe des EAVG ist keine Ad-hoc-Beihilfe, womit der auf VwGH 30.1.2013, 2012/17/0469 , gestützten Argumentation von Pfau der Boden entzogen wäre, wonach aufgrund des im 36. Erwägungsgrund der AGVO erwähnten „Bewilligungszeitpunktes“ von einer „Genehmigung“ im Rahmen der AGVO auszugehen ist.*

*(3) Bezuglich der Entscheidungen der Höchstgerichte, auf die von Pfau, in ÖStZ 2016, 325, bezüglich des AGVO-Verfahrens hingewiesen wird, ist folgendes festzuhalten:*

*Gegenstand der Aufgabe der nationalen Gerichte ist der Erlass von Maßnahmen, die geeignet sind, die Rechtswidrigkeit der Durchführung der Beihilfen zu beseitigen und unter*

*Berücksichtigung des gesamten innerstaatlichen Rechts und unter Anwendung der dort anerkannten Auslegungsmethoden alles zu tun, was in ihrer Zuständigkeit liegt, um die volle Wirksamkeit des Unionsrechts zu gewährleisten.*

*Die Bindungswirkung von Höchstgerichten findet ihre Grenze in dem – aus Artikel 267 AEUV fließenden – Recht jedes nationalen Gerichts, zur Anrufung des EuGH im Wege eines Vorabentscheidungsverfahrens (Frank, Das Verfahren vor den österreichischen und europäischen Höchstgerichten, Skriptum Verwaltungsakademie Schloss Laudon, Januar 2013, S. 35).*

*Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH bindet ein Urteil des Gerichtshofs im Vorabentscheidungsverfahren das nationale Gericht bei der Entscheidung des Ausgangsverfahrens (EuGH 5.10.2010, C-173/09, Rs „Georgi Elchinov“, Rn 29). Aus diesen Erwägungen folgt, dass das nationale Gericht, das von der ihm nach Art. 267 Abs. 2 AEUV eingeräumten Möglichkeit Gebrauch macht und das durch die Auslegung der fraglichen Vorschriften durch den Gerichtshof für die Entscheidung des Ausgangsverfahrens gebunden ist, gegebenenfalls von der Beurteilung des höheren Gerichts abweichen muss, wenn es angesichts dieser Auslegung der Auffassung ist, dass sie nicht dem Unionsrecht entspricht (EuGH C-173/09, Rn 30). Demnach steht das Unionsrecht dem entgegen, dass ein nationales Gericht, das nach der Zurückverweisung durch ein im Rechtsmittelverfahren angerufenes höheres Gericht in der Sache zu entscheiden hat, entsprechend den nationalen Verfahrensvorschriften an die rechtliche Beurteilung des höheren Gerichts gebunden ist, wenn das nationale Gericht der Auffassung ist, dass diese Beurteilung unter Berücksichtigung der Auslegung, um die es den Gerichtshof ersucht hat, nicht dem Unionsrecht entspricht (EuGH C-173/09, Rn 32).*

*Im Übrigen sind die von Pfau angeführten höchstgerichtlichen Erkenntnisse davon ausgegangen, dass die Voraussetzungen der AGVO vorliegen und diese anwendbar ist. Wie der EuGH mittlerweile klargestellt hat, war das 2011 nicht der Fall. Eine bindende "ständige Rspr" der Höchstgerichte kann daher der gegenständlichen Entscheidung schon aus diesem Grund nicht entgegenstehen.*

*(4) Das Bundesfinanzgericht nimmt an, dass der Gesetzgeber des BBG 2011 im Bereich der Neuregelung der Energieabgabenvergütung von einem Anmeldeverfahren ausgegangen ist. In diesem Fall liegt eine „Genehmigung“ der EU-Kommission nicht vor und die für Dienstleistungsbetriebe geltende Einschränkung in den §§ 2 und 3 ist gemäß § 4 Abs 7 EAVG 2011 mangels "Genehmigung" der Kommission nicht in Kraft getreten.*

*b. Freistellung nach der AGVO:*

*(1) Auch wenn § 4 Abs 7 EAVG idF BBG 2011 nicht auf ein Anmeldeverfahren bezogen ist, ergibt sich kein Inkrafttreten der Neuregelung für 2011:*

*(2) Der EuGH hat mit Urteil vom 21. Juli 2016, C-493/14, festgestellt, dass eine essentielle Voraussetzung für die Anwendung der AGVO bezüglich der Neuregelung der Energieabgabenvergütung mit BBG 2011 nicht gegeben war. Liegen aber zwingende*

*Voraussetzungen nicht vor, kann eine Freistellung von der in Artikel 108 Abs 3 AEUV grundsätzlich vorgesehenen Anmeldepflicht nicht erfolgen. Damit unterlag die Neuregelung in den §§ 2, 3 und 4 Abs 7 EAVG dem Anmeldeverfahren und der Genehmigungspflicht durch die Europäische Kommission.*

*Eine Genehmigung der Kommission gemäß Artikel 108 Abs 3 AEUV wurde nicht eingeholt. Damit liegt eine rechtswidrige Beihilfe vor, weil von der Finanzverwaltung über Vergütungsbeträge trotz fehlender Genehmigungserteilung disponiert wurde.*

*Wie der EuGH in ständiger Rspr ausführt, führt in derartigen Fällen selbst eine nachträgliche abschließende Entscheidung der Kommission nicht zur Heilung der (gegen das Verbot des Artikel 93 Abs 3 Satz 3 EGV ) ergangenen und ungültigen Durchführungsmaßnahmen. Jede andere Auslegung würde die Missachtung dieser Vorschrift durch den betreffenden Mitgliedstaat begünstigen und der Vorschrift ihre praktische Wirksamkeit nehmen (EuGH 21.10.2003, C-261/01 , Rs „Eugene van Calster“, Rn 63).*

*(3) Die von der österreichischen Regierung im Verfahren EuGH C-493/14 vor dem EuGH eingewandte „Sanierung“ der Voraussetzungen des (nachträglich gemeldeten) AGVO-Verfahrens, mittels einer Durchführungsmaßnahme, die bei der Kommission im Laufe des Jahres 2014 nach der Verordnung Nr. 651/2014 angemeldet wurde (dh. Anmeldung der Beihilfe 2011 im Rahmen der Anmeldung zur AGVO 2014), führt nicht zum Ziel: Nach EuGH 21.7.2016, C-493/14 , Rs „Dilly´s Wellnesshotel GmbH“, Rn 44, kann diese Maßnahme das Fehlen des Verweises auf die Verordnung Nr. 800/2008 in der nationalen Regelung für den betroffenen Zeitraum jedenfalls nicht ausgleichen.*

*Im Übrigen ist auf VfGH 13.12.2001, B 2251/97 (Sammlungsnummer 16401) zu verweisen, wo (ebenfalls im Zusammenhang mit der Energieabgabenvergütung ) betreffend Nichtnotifizierung des § 2 Abs 1 EAVG (Einschränkung des Anspruchs auf Produktionsbetriebe) ausgesprochen wurde, dass bereits der Gesetzgeber das EAVG mit der einschränkenden Regelung nicht hätte erlassen dürfen. Auch die belangte Behörde durfte die Verweigerung der Energieabgabenvergütung gegenüber Dienstleistungsbetrieben nicht auf § 2 Abs 1 EAVG stützen. Es liege nämlich eine Verletzung des Rechtes auf Gleichheit der Staatsbürger vor, wenn die Behörde bei Erlassung des Bescheides Willkür geübt habe. Ein willkürliches Vorgehen könne vorliegen, wenn die belangte Behörde so fehlerhaft vorgegangen sei, dass die Fehlerhaftigkeit mit Gesetzlosigkeit auf eine Stufe gestellt werden müsste. Einen derartigen Fehler habe die Behörde begangen, sie habe nämlich offenkundig entgegen dem unmittelbar anwendbaren Verbot des Artikel 93 Abs 3 letzter Satz EGV (nunmehr Artikel 108 Abs 3 Satz 3 AEUV ), eine nicht notifizierte Beihilfe durchzuführen, § 2 Abs 1 EAVG angewendet. Eine derartige Gesetzesanwendung sei einer Gesetzlosigkeit – nämlich einer Verletzung des Rechtes auf Gleichheit der Staatsbürger vor dem Gesetz - gleichzuhalten.“*

#### **D. Erwägungen für den gegenständlichen Fall:**

(23) Nach Ansicht der Bf. stehen der Anwendung der mit BudgBG 2011 durchgeführten Änderung in § 2 Abs. 1 EAVG (Einschränkung der Energieabgabenvergütung auf Produktionsbetriebe) sowohl verfassungsrechtliche und unionsrechtliche Bedenken entgegen, weshalb die Energieabgabenvergütung im beantragten Ausmaß (für das gesamte Kalenderjahr 2011) zustehe.

Dem gegenüber vertritt das Finanzamt die Ansicht, dass nur die auf den Monat Jänner 2011 entfallende Energieabgabenvergütung (€ 6.103,13) zustehe.

(24) Zu den in der Beschwerde vorgebrachten verfassungsrechtlichen Bedenken wird auf das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 4. 10. 2012, B 321/12 verwiesen. Das Höchstgericht gelangte anlässlich der Beschwerde eines Dienstleistungsunternehmens, welches sich - wie im gegenständlichen Fall - durch Anwendung des mit BudgBG 2011 geänderten § 2 Abs. 1 EAVG im Recht auf Unversehrtheit des Eigentums, auf die Bestimmtheit von Gesetzen und auf Gleichheit vor dem Gesetz verletzt sah, zur Ansicht, dass die behauptete Verletzung verfassungsgesetzlich gewährleisteter Rechte oder eine Verletzung in Rechten wegen Anwendung einer verfassungswidrigen Norm nicht vorliegt.

(25) Aus unionsrechtlicher Sicht erachtet die Bf. den mit Budgetbegleitgesetz 2011 normierten Ausschluss der Dienstleistungsunternehmen von der Energieabgabenvergütung deshalb als nicht anwendbar, weil es sich dabei um eine Beihilfe handle, für die die Voraussetzungen für eine Freistellung vom Notifikationsverfahren nach der AGVO nicht vorliegen würden, weshalb eine Genehmigung nach den Art. 108 Abs. 3 AEUV einzuholen gewesen wäre. Weil eine derartige Genehmigung nicht vorliege, seien die Voraussetzungen des § 4 Abs. 7 EAVG idF BGBI. 111/2010 nicht erfüllt und § 2 Abs. 1 EAVG in der Fassung vor der Änderung anzuwenden.

(26) Das in der Rn. 21 dargelegte Ergebnis des BFG-Erkenntnisses vom 3. 8. 2016, RV/5100360/2013 ist auf den gegenständlichen Fall übertragbar.

(27) Aus § 2 Abs. 2 Z. 1 EAVG folgt, dass Gegenstand der Entscheidung über die Energieabgabenvergütung der diesbezügliche (ein Kalender- oder Wirtschaftsjahr umfassende) Antrag des Vergütungsberechtigten ist. Über diesen hat die Behörde mit Bescheid abzusprechen; der Antrag und die sich daraus ergebende Vergütungssumme sind "Sache" des Verfahrens vor der Abgabenbehörde erster Instanz.

(28) Sache des Beschwerdeverfahrens war das Bestehen oder Nichtbestehen des Anspruches auf Energieabgabenvergütung, über die dem Gebot des § 289 Abs. 2 erster Satz BAO folgend - außer in den Fällen des Abs. 1 - immer in der Sache selbst zu entscheiden ist (VwGH 24.10.2012, 2012/17/0304).

(29) Aus den unter Rn. 21 ff dargelegten Gründen war die Energieabgabenvergütung für das (gesamte) Kalenderjahr 2011 in Höhe von € 73.237,61 zu gewähren. Einwendungen gegen die Berechnung wurden von der Abgabenbehörde nicht vorgebracht.

Es war spruchgemäß zu entscheiden und der Vergütungsbetrag für das Jahr 2011 antragsgemäß festzusetzen.

### **Zulässigkeit einer Revision**

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

Eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung liegt vor. Ungeklärt ist die Auslegung von § 4 Abs 7 EAVG und die Frage, ob angesichts der EuGH-Entscheidung C-493/14 das Durchführungsverbot greift und die Regelung noch nicht in Kraft getreten ist. Eine einheitliche Beantwortung dieser Rechtsfragen erfolgte bisher nicht.

Linz, am 3. November 2016