SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS JEAN MISCHO

vom 8. Mai 2001 [1]

1. Der österreichische Verfassungsgerichtshof (im Folgenden: VfGH) hat dem Gerichtshof zwei Fragen bezüglich der Abgaben auf elektrische Energie und Erdgas und deren teilweiser Vergütung vorgelegt.

2. Anlässlich einer Steuerreform wurden von der Republik Österreich im Rahmen des Strukturanpassungsgesetzes 1996 drei Gesetze gleichzeitig erlassen, veröffentlicht und in Kraft gesetzt:

— das Elektrizitätsabgabegesetz (im Folgenden: EAG),

— das Erdgasabgabegesetz (im Folgenden: EGAG),

— das Energieabgabenvergütungsgesetz (im Folgenden: EAVG).

3. Das EAG sieht eine Abgabe auf elektrische Energie in Höhe von 0,00726728 Euro je Kilowattstunde vor. Nach § 1 Absatz 1 EAG unterliegen der Elektrizitätsabgabe

— die Lieferung von elektrischer Energie, ausgenommen an Elektrizitätsversorgungsunternehmen, und

— der Verbrauch von elektrischer Energie durch Elektrizitätsversorgungsunternehmen sowie der Verbrauch von selbst hergestellter oder in das Steuergebiet verbrachter elektrischer Energie.

4. Nach § 6 Absatz 3 EAG wälzt der Lieferer der Elektrizität die Elektrizitätsabgabe

1 — Originalsprache: Französisch.

auf den Empfänger der Lieferung ab, gleichgültig, ob es sich um ein Unternehmen, einen Betrieb oder einen Privathaushalt handelt.

5. Auf Erdgas wird nach den entsprechenden Vorschriften eine Abgabe von 0,04360368 Euro je Kubikmeter erhoben.

6. Das EAVG sieht eine teilweise Vergütung der Energieabgaben auf Erdgas und Elektrizität vor. Nach § 1 Absatz 1 EAVG sind die Energieabgaben auf Erdgas und elektrische Energie auf Antrag insoweit zu vergüten, als sie (insgesamt) 0,35 % des Nettoproduktionswerts übersteigen. Der Vergütungsbetrag wird abzüglich eines Selbstbehalts von höchstens 5 000 ATS gutgeschrieben.

7. Nach § 2 Absatz 1 EAVG, um den sich der Ausgangsrechtsstreit dreht, haben einen Anspruch auf Energieabgabenvergütung jedoch nur solche Unternehmen, deren Schwerpunkt nachweislich in der Herstellung von körperlichen Wirtschaftsgütern besteht.

8. In den Ausgangsverfahren stellt sich für den VfGH die Frage, ob es sich bei den Bestimmungen des EAVG um eine staatliche Beihilfe im Sinne des Artikels 92 Absatz 1 EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 87 Absatz 1 EG) handelt. Da diese Bestimmungen nicht notifiziert worden sind, hält es der VfGH zunächst für entscheidungserheblich, ob der Anwendung des EAVG nicht die sich aus Artikel 93 Absatz 3 EG-Vertrag (jetzt Artikel 88 Absatz 3 EG) ergebende Sperrwirkung für nicht notifizierte Beihilfen entgegensteht.

9. Artikel 92 Absatz 1 EG-Vertrag lautet:

„Soweit in diesem Vertrag 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 Gemeinsamen Markt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen."

10. Artikel 93 Absatz 3 EG-Vertrag bestimmt:

„Die Kommission wird 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 92 mit dem Gemeinsamen

Markt unvereinbar ist, so leitet sie unverzüglich das in Absatz 2 vorgesehene Verfahren ein. Der betreffende Mitgliedstaat darf die beabsichtigte Maßnahme nicht durchführen, bevor die Kommission eine abschließende Entscheidung erlassen hat."

11. Der VfGH geht vorläufig davon aus, dass die Nichtbeachtung dieses Verfahrens derart auf das innerstaatliche Zustandekommen einer Beihilferegelung durchschlägt, dass ein ohne Einhaltung dieses Verfahrens erlassenes Gesetz unwirksam ist.

12. Der VfGH hat dem Gerichtshof daher folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Sind gesetzliche Maßnahmen eines Mitgliedstaats, die eine teilweise Vergütung von Energieabgaben auf Erdgas und elektrische Energie vorsehen, diese Vergütung aber nur Unternehmen gewähren, deren Schwerpunkt nachweislich in der Herstellung körperlicher Wirtschaftsgüter besteht, als staatliche Beihilfe im Sinne des Artikels 92 EG-Vertrag anzusehen?

2. Bei Bejahung der ersten Frage: Ist eine derartige gesetzliche Maßnahme auch dann als Beihilfe gemäß Artikel 92 EG-Vertrag anzusehen, wenn sie allen Unternehmen ohne Rücksicht darauf gewährt wird, ob deren Schwerpunkt nachweislich in der Herstellung körperlicher Wirtschaftsgüter besteht?

Zur Zulässigkeit der Vorlagefragen

13. Die österreichische Regierung stellt sich angesichts des Systems der österreichischen Gerichtsbarkeit die Frage, ob die Vorlagefragen im Verfahren vor dem VfGH erheblich seien.

14. Die österreichische Verfassung teile die gerichtliche Kontrolle von Verwaltungsentscheidungen zwischen dem Verwaltungsgerichtshof und dem VfGH auf. Der VfGH dürfe nur qualifizierte und damit auch offenkundige Verletzungen als Verfassungswidrigkeiten aufgreifen. Seien Rechtsverletzungen hingegen nicht offenkundig, dann müsse er die Rechtskontrolle dem Verwaltungsgerichtshof überlassen.

15. Selbst wenn man die streitige Regelung als Beihilfe im Sinne des Artikels 92 Absatz 1 EG-Vertrag ansehen müsste — was nicht der Fall sei —, wäre dies im Verfahren vor dem VfGH unerheblich. Die Behörde, die den angefochtenen Bescheid erlassen habe, habe die Gemeinschaftsbestim-

mungen auf dem Gebiet der staatlichen Beihilfe nicht offenkundig missachtet. Wie aus der Begründung des Vorlagebeschlusses hervorgehe, habe der VfGH insofern selbst Zweifel gehabt.

16. Nach meiner Ansicht werden diese Argumente den Gerichtshof jedoch nicht davon überzeugen können, dass die Vorlagefragen nicht beantwortet zu werden brauchen.

17. Nach ständiger Rechtsprechung ist es nämlich Aufgabe der mit dem Rechtsstreit befassten nationalen Gerichte, sowohl über die Notwendigkeit einer Vorlageentscheidung für den Erlass ihres Urteils als auch über die Erheblichkeit der Vorlagefragen zu entscheiden.

18. Der Gerichtshof kann den Antrag des nationalen Gerichts nur zurückweisen, wenn die ersuchte Auslegung des Gemeinschaftsrechts offensichtlich keinen Bezug zur Wirklichkeit oder zum Gegenstand des Ausgangsverfahrens aufweist [2].

19. Dies ist hier nicht der Fall, da das nationale Gericht einen Rechtsstreit über nationale Vorschriften zu entscheiden hat, die eine Vergütung der Energiesteuer vorsehen, von der das vorlegende Gericht wissen möchte, ob sie eine Beihilfe im Sinne des Artikels 92 EG-Vertrag darstellt.

20. Zu erwähnen ist, dass man aus den Ausführungen der Beschwerdeführerin Adria-Wien Pipeline GmbH (im Folgenden: Adria-Wien) ebenfalls schließen könnte, die Vorlagefragen seien nicht erforderlich.

21. Adria-Wien macht geltend, dass die Vergütung der streitigen Abgaben keine staatliche Beihilfe sei, die Beschränkung dieser Vergütung auf bestimmte Unternehmen aber gegen die österreichische Verfassung verstoße. Der VfGH könnte dieser Verfassungswidrigkeit abhelfen, ohne auf das Gemeinschaftsrecht zurückzugreifen.

22. Wenn das Vergütungsystem als eine Beihilfe angesehen werden sollte, könne dies nur mit seiner Selektivität begründet werden, zu deren Beseitigung der VfGH jedenfalls nach der österreichischen Verfassung verpflichtet sei.

23. Meiner Meinung nach ändern diese Argumente nichts an der Tatsache, dass es, wie wir gesehen haben, Aufgabe des nationalen Gerichts ist, über die Erforderlichkeit der Vorlagefragen zu entscheiden.

2 — Vgl. z. B. Urteil vom 13. März 2001 in der Rechtssache C-379/98 (PreussenElektra, Slg. 2001, I-2099).

24. Der Gerichtshof ist daher gehalten, auf die ihm vom VfGH vorgelegten Fragen zu antworten.

25. Ich komme somit zur Prüfung dieser Fragen. Eine Antwort auf die erste Frage ist leichter zu finden, wenn man mit der zweiten Frage beginnt.

Zur zweiten Frage

26. Der VfGH möchte mit seiner zweiten Frage wissen, ob eine gesetzliche Maßnahme, die eine teilweise Vergütung von Abgaben auf Elektrizität und Erdgas vorsieht, nach den oben dargestellten Vorschriften als eine Beihilfe im Sinne des Artikels 92 EG-Vertrag anzusehen ist, wenn diese Vergütung allen Unternehmen gewährt wird.

27. In diesem Fall würde die fragliche Regelung jedem in Österreich niedergelassenen Unternehmen eine Abgabe in Höhe von 0,35 % des Nettoproduktionswerts auferlegen.

28. Meines Wissens gibt es keine gemeinschaftsrechtliche Bestimmung, nach der es den Mitgliedstaaten verboten wäre, allen inländischen Unternehmen eine neue Steuer aufzuerlegen [3], selbst wenn dies mit Hilfe einer komplizierten Regelung erfolgte, die auf der ersten Stufe die Erhebung einer Abgabe auf den Energieverbrauch und auf der zweiten Stufe die obligatorische Vergütung eines Teils des erhobenen Betrags auf formlosen Antrag hin und nach objektiven Kriterien vorsähe.

29. Alle Beteiligte, die hierzu Erklärungen abgegeben haben, sind zu dem Ergebnis gekommen, dass die Voraussetzung der Selektivität der Maßnahme nicht erfüllt wäre und keine Beihilfe im Sinne des EG-Vertrags vorläg, wenn die Vergütung allen Unternehmen gewährt würde.

30. Außerdem lässt sich nicht bestreiten, dass der Mitgliedstaat mit einer weiteren Belastung aller inländischen Unternehmen diesen keinen Vorteil gewährt, der Wettbewerbsverzerrungen zu ihren Gunsten hervorrufen kann, sondern vielmehr deren Konkurrenzfähigkeit mindert.

31. Daher ist eine gesetzliche Maßnahme, die für alle Unternehmen auf formlosen Antrag eine Vergütung der Abgaben auf Elektrizität und auf Erdgas insoweit vorsieht, als beide insgesamt in einem Kalen-

3 — Das Gemeinschaftsrecht hat die Autonomie der Mitgliedstaaten bei indirekten Steuern von Kapital, Verbrauchsteuern und bei der Mehrwertsteuer beschränkt, um die es hier jedoch nicht geht.

derjahr 0,35 % des Nettoproduktionswerts eines Unternehmens nicht übersteigen, nicht als staatliche Beihilfe im Sinne des Artikels 92 EG-Vertrag anzusehen.

A — *Stellt die fragliche Regelung eine Ausnahme von der normalen Anwendung eines allgemeinen Systems dar?*

Zur ersten Frage

32. Mit der ersten Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob eine Beihilferegelung vorliegt, die unter Artikel 92 Absatz 1 EG-Vertrag fällt, wenn das System der teilweisen Vergütung nur zugunsten von Unternehmen gilt, deren Schwerpunkt in der Herstellung körperlicher Wirtschaftsgüter liegt.

33. Nach Auffassung der Adria-Wien sowie der österreichischen, der dänischen und der finnischen Regierung ist dies nicht der Fall.

34. Die Kommission vertritt dagegen die gegenteilige Auffassung. Es liege ein Vorteil oder eine Begünstigung vor, die dem Staat zurechenbar seien. Sie würden nur einem Teil der Unternehmen gewährt und seien daher keine allgemeinen wirtschaftspolitischen Maßnahmen. Zudem könnten sie nicht mit der Natur oder dem inneren Aufbau des Systems gerechtfertigt werden.

35. Die Kommission stützt ihre Auffassung auf das Urteil des Gerichtshofes vom 19. Mai 1999 in der Rechtssache C-6/97, Italien/Kommission [4], in dem dieser festgestellt hat: „Eine Maßnahme, mit der die staatlichen Stellen bestimmten Unternehmen eine Abgabenbefreiung gewähren, die zwar nicht mit der Übertragung staatlicher Mittel verbunden ist, aber die Begünstigten finanziell besser stellt als die übrigen Abgabepflichtigen, ist eine staatliche Beihilfe im Sinne von Artikel 92 Absatz 1 EG-Vertrag."

36. In jener Rechtssache ging es um eine Steueranrechnung, die so ausgestaltet war, dass die italienischen Güterkraftverkehrsunternehmer nach ihrer Wahl einen Abzug von den Beträgen vornehmen konnten, die sie als Einkommensteuer, Körperschaftsteuer, Gewerbesteuer und Mehrwertsteuer sowie als vom Arbeitslohn ihrer Arbeitnehmer einzubehaltende Lohnsteuer und als Ausgleichszahlungen im Rahmen selbständiger Arbeit schuldeten (Randnr. 3 des Urteils).

37. Es lässt sich wohl ganz offensichtlich nicht bestreiten, dass die Güterkraftver-

4 — Slg. 1999, I-2981, Randnr. 16.

kehrsunternehmen durch diese einzigartige Begünstigung „finanziell besser [gestellt wurden] als die übrigen Abgabenpflichtigen"!

38. Die Bedeutung dieses Urteils liegt jedoch nicht in dieser Feststellung, die sich im Wesentlichen durch die Umstände des Falles erklären lässt, sondern in Randnummer 15 des Urteils, in der es heißt: „Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes umfasst der Begriff der Beihilfe nicht nur positive Leistungen wie Subventionen, sondern auch Maßnahmen, die in verschiedener Form *die Belastungen* vermindern, *die* ein Unternehmen *normalerweise zu tragen hat* [5], und die somit zwar keine Subventionen im strengen Sinne des Wortes darstellen, diesen aber nach Art und Wirkung gleichstehen (vgl. Urteile vom 23. Februar 1961 in der Rechtssache 30/59, De gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg/Hohe Behörde, Slg. 1961, 1, 43, und vom 1. Dezember 1998 in der Rechtssache C-200/97, Ecotrade, Slg. 1998, I-7907, Randnr. 34)."

39. Außerdem hat der Gerichtshof im Urteil vom 2. Juli 1974 in der Rechtssache 173/73, Italien/Kommission [6], bezüglich der Befreiung der Arbeitgeber des italienischen Textilsektors von den finanziellen Lasten, die sich aus der normalen Anwendung des allgemeinen Sozialversicherungssystems ergeben, sowie im Urteil vom 17. Juni 1999 in der Rechtssache C-75/97, Belgien/Kommission, „Maribel a und b" [7], in Bezug auf die „erhöhte Ermäßigung der Sozialversicherungsbeiträge" für eine große Zahl von Wirtschaftssektoren in Belgien weitgehend dieselbe Formulierung verwendet.

40. Haben wir es aber vorliegend mit einer derartigen Situation zu tun?

41. Ich möchte dies verneinen, denn es ist äußerst zweifelhaft, ob im vorliegenden Fall eine Ausnahme von einer „normalen Regelung" vorliegt.

42. Ich bin vielmehr der Auffassung, dass sich aus dem Gesamtzusammenhang, in dem dieses Gesetz erlassen worden ist, ableiten lässt, dass es hier um ein neues allgemeines System ökologischer Abgaben geht, das schon von seiner Konzeption her auf das Prinzip gegründet worden ist, dass der erste und zweite Sektor der nationalen Wirtschaft vernünftigerweise nicht entsprechend ihrem *Gesamt*verbrauch an Elektrizität und Gas besteuert werden können.

43. Ich schließe mich insofern vor allem folgenden Erklärungen der dänischen Regierung an:

„Die Erhebung der österreichischen Energieabgabe, die einen allgemeinen Anwen-

5 — Hervorhebung vom Verfasser.
6 — Slg. 1974, 709, Randnr. 33.
7 — Slg. 1999, I-3671, Randnr. 33.

dungsbereich hat, erfolgt,... auf der Grundlage objektiver Kriterien, die für allgemeine Maßnahmen kennzeichnend sind ...

Die Voraussetzungen für eine teilweise Vergütung sind darüber hinaus unmittelbar vom Gesetzgeber festgelegt worden und die Vorschriften verleihen den zuständigen Behörden hinsichtlich der Auswahl der Unternehmen, die die Leistung erhalten können, oder hinsichtlich deren konkreten Umfangs, kein Ermessen, das der Regelung eventuell ihren allgemeinen Charakter nehmen könnte.

... Weiterhin stellen die österreichischen Vergütungsvorschriften für die Elektrizitätsabgabe... einen Bestandteil der Energieabgabenregelung insgesamt dar.

...

Dies bedeutet mit anderen Worten, dass die Abgabenregelung insgesamt die ‚rechtliche Normalität' darstellt, so dass die Vergütungsvorschriften *nicht* als ‚Ausnahme gegenüber der Struktur des allgemeinen Systems'[8] angesehen werden können, was Voraussetzung dafür wäre, dass die Regelung ihren allgemeinen Charakter verloren hätte ...

Die Vergütungsregelung ist ja nur eine ‚Korrektur' der Zahlung einer Abgabe, bei

8 — Im Original unterstrichen.

der zu keinem Zeitpunkt beabsichtigt gewesen war, dass sie letztlich der Verbraucher tragen sollte."

44. Die österreichische und die finnische Regierung machen zudem geltend, im vorliegenden Fall handele es sich um eine allgemeine Maßnahme, die auf dem Recht der Mitgliedstaaten beruhe, die Wirtschaftspolitik zu verfolgen, die sie für die zweckmäßigste hielten, und insbesondere die Steuerbelastung nach ihren Vorstellungen auf die einzelnen Produktionsfaktoren zu verteilen.

45. Die Kommission wendet dagegen ein, es handele sich um eine Maßnahme zugunsten bestimmter Unternehmen oder bestimmter Produktionszweige.

46. Sie stützt sich hierbei im Wesentlichen auf das Urteil Maribel a und b. Die in jener Rechtssache streitige Ermäßigung der Sozialversicherungsbeiträge habe sehr viele Wirtschaftszweige begünstigt, z. B. Bergbau, Chemie, Metallerzeugung und -bearbeitung, Herstellung von Mess-, Steuer- und Regelungstechnik, Optik sowie andere Zweige des verarbeitenden Gewerbes, zahlreiche Zweige des internationalen Verkehrs einschließlich der Luft- und Schifffahrt, den Pflanzenbau und die Forstwirtschaft. Da jenes Programm auch Unternehmen des tertiären Sektors erfasst habe, habe es einen ebenso bedeutenden Teil der Wirtschaft betroffen wie den, für den das EAVG gelte.

47. Die Kommission zitiert sodann Randnummer 32 dieses Urteils:

„Weder aufgrund der großen Zahl der begünstigten Unternehmen noch aufgrund der Verschiedenartigkeit und der Bedeutung der Wirtschaftszweige, zu denen die Unternehmen gehören, können die Programme Maribel a und b mit der belgischen Regierung als eine allgemeine wirtschaftspolitische Maßnahme angesehen werden."

48. Man sollte jedoch nicht vergesssen, dass Artikel 92 EG-Vertrag den Begriff der bestimmten Produktionszweige verwendet. Eine Maßnahme, die eine große Zahl einzeln aufgezählter Produktionszweige betrifft, entspricht daher nicht unbedingt einer Maßnahme, die den gesamten primären und sekundären Sektor einer Volkswirtschaft erfasst. Der Gerichtshof hat zudem festgestellt: „Wie sich aus Artikel 92 Absatz 1 des Vertrages ergibt, fallen Maßnahmen allgemeiner Art, die *nicht lediglich*[9] bestimmte Unternehmen oder bestimmte Produktionszweige begünstigen, nicht unter diese Bestimmung."[10]

49. Allerdings halten sich in diesem Punkt die Argumente dafür und dagegen ungefähr die Waage. Entscheidend ist meiner Ansicht nach jedoch, dass die dem primären und sekundären Sektor vorbehaltene Behandlung keine Ausnahme von der normalen Anwendung eines allgemeinen Systems darstellt.

50. Dem wird man vielleicht entgegenhalten, man öffne damit jedem Missbrauch Tür und Tor. So könnte ein Mitgliedstaat morgen das allgemeine Niveau seiner Sozialversicherungsbeiträge ungestraft anheben und dabei im Dienstleistungssektor noch stärker erhöhen.

51. Dem ist aber entgegenzuhalten, dass man in einem derartigen Fall auch prüfen müsste, was in einem solchen System die normale Regelung ist, ob die unterschiedliche Behandlung durch die Natur oder den inneren Aufbau dieses Systems gerechtfertigt ist und ob sich daraus Wettbewerbsverzerrungen im innergemeinschaftlichen Handel ergeben.

52. Das Urteil des Gerichtshofes in der vorliegenden Rechtssache wird wie immer „den Umständen des Falles Rechnung tragen".

53. Die österreichische Regierung macht im Übrigen geltend, dass die Kommission selbst in der 33. Begründungserwägung des auf Artikel 99 EG-Vertrag (jetzt Artikel 93

9 — Hervorhebung vom Verfasser.

10 — Urteil vom 26. Juni 1999 in der Rechtssache C-256/97 (DM Transport, Slg. 1999, I-3913, Randnr. 27).

EG) gestützten, vom Rat noch nicht angenommenen Vorschlags für eine Richtlinie des Rates zur Restrukturierung der gemeinschaftlichen Rahmenvorschriften zur Besteuerung von Energieerzeugnissen (97/C 139/07) [11] der Auffassung gewesen sei, dass „den Mitgliedstaaten ermöglicht werden [sollte], Unternehmen, die Investitionsausgaben tätigen zur Verbesserung der Energienutzung, sowie den Unternehmen, deren Energiekostenanteil an den Umsätzen stark ins Gewicht fällt, Steuererstattungen zu gewähren".

54. Die Kommission schlug daher folgenden Artikel 15 Absatz 2 vor:

„Es ist den Mitgliedstaaten freigestellt, den von einer Firma auf irgendeinen Teil ihrer nicht durch einen Transport entstandenen Energiekosten gezahlten Steuerbetrag ganz oder teilweise zu erstatten, der 10 % der Produktionskosten übersteigt.

Falls jedoch der Anteil der nicht transportgebundenen Energiekosten einer Firma 20 % der Gesamtproduktionskosten überschreitet, müssen die Mitgliedstaaten den Gesamtbetrag der Steuern rückerstatten auf den nicht transportgebundenen Energiekosten, die 10 % der Gesamtproduktionskosten überschreiten.

Der Nettobetrag der von einer Firma gezahlten Steuern nach der gemäß den beiden vorherigen Absätzen durchgeführten Rückerstattung soll nicht weniger als 1 % der Gesamtverkäufe betragen."

55. Selbst wenn die Kommission damit nicht anerkennt, dass eine Regelung wie die der Republik Österreich keine Beihilfe darstellt, gibt sie jedoch zu, dass eine ökologische Abgabe nicht unbedingt alle Unternehmen mit der gleichen Härte treffen muss und dass das Verfahren der teilweisen Vergütung der auf einer ersten Stufe gezahlten Abgaben an sich zulässig ist.

56. Zwar hat das Kriterium, das die Kommission in ihrem Vorschlag verwendet, den Vorteil, dass es sich unmittelbar auf den Energieverbrauch jedes einzelnen Unternehmens bezieht und nicht nur auf die Industriebetriebe, die körperliche Wirtschaftsgüter herstellen. Damit lassen sich auch die Unternehmen des Dienstleistungssektors erfassen, die — in diesen Fällen sicher eher selten — auch Energiegroßverbraucher sein können. Das heißt aber nicht, dass es sich hierbei um das einzig zulässige Kriterium handelt.

57. Des Weiteren werde ich prüfen, wie die Sorge der österreichischen Regierung zu bewerten ist, die Konkurrenzfähigkeit der Unternehmen, die körperliche Wirtschaftsgüter herstellen, nicht zu sehr zu gefährden.

11 — ABl. 1997, C 139, S. 14.

58. Die österreichische Regierung hat nach ihrem eher beiläufigen Hinweis in ihren schriftlichen Erklärungen in der mündlichen Verhandlung vorgetragen, dass der österreichische Gesetzgeber in Wirklichkeit versucht habe, Energieeinsparungen dort voranzutreiben, wo dies realisierbar gewesen sei. Die produzierenden Industrie- und Gewerbebetriebe hätten unter dem Druck der Konkurrenz und der hohen Energiepreise schon alle entsprechenden Anstrengungen unternommen, die realistischerweise hätten unternommen werden können.

59. Insofern könnte sich eventuell die Frage stellen, ob nicht auch Großverbraucher des Dienstleistungssektors schon erhebliche Einsparungen gemacht haben und ob nicht der Grundsatz der Gleichbehandlung der Unternehmen, die sich in der gleichen oder einer ähnlichen Situation befinden, durch das fragliche Gesetz verletzt worden ist.

60. Dieser Grundsatz wurde offensichtlich schon im Ausgangsverfahren geltend gemacht, und es ist eindeutig Sache des nationalen Gerichts, hierüber zu entscheiden.

61. Immer noch gilt aber nach meiner Meinung, dass die österreichische Regelung keine Ausnahme von einem „normalen System" der Besteuerung zugunsten bestimmter Unternehmen oder bestimmter Produktionszweige eingeführt und somit keine mitteilungspflichtige Beihilferegelung im Sinne des Artikels 92 EG geschaffen hat.

62. Der Vollständigkeit halber möchte ich noch auf Folgendes hinweisen: Akzeptiert man, dass das von der Österreichischen Republik eingeführte System eine geringere Besteuerung der betreffenden Unternehmen gesetzlich vorsieht, kann man sich sogar fragen, ob die Beträge, die „vergütet" werden, dem Staat jemals wirklich zustanden. Soweit nämlich die Höhe der entrichteten Steuern 0,35 % des Nettoproduktionswerts übersteigt, steht dieser Betrag von Rechts wegen dem Unternehmen zu, das ihn auf der ersten Stufe entrichtet hat, da der Staat eine Vergütung dieses Betrages nicht ablehnen kann. Er verfügt weder hinsichtlich der Höhe der Vergütung noch hinsichtlich der Unternehmen, an die eine Zahlung zu leisten ist, über ein Ermessen.

63. Man kann daher der österreichischen Regierung und der Adria-Wien kaum Unrecht geben, wenn sie feststellen, dass das Verfahren der Zahlung der Abgaben an den Strom- oder Gaslieferer, der die Abgaben an den Staat weiterleitet, und der anschließenden „Vergütung" durch den Staat, nur eine verwaltungstechnische Maßnahme zur Vermeidung komplizierterer Regelungen ist. Den Erklärungen der Adria-Wien ist im Übrigen zu entnehmen, dass die Lieferer gesetzlich verpflichtet sind, in jeder Rechnung den Preis der Lieferung und die ökologische Abgabe getrennt auszuweisen.

64. Nach den vorangegangenen Überlegungen lässt sich bereits feststellen, dass eine Beihilferegelung im Sinne des Artikels 92 Absatz 1 EG-Vertrag nicht vorliegt; nur hilfsweise prüfe ich nun, ob die fragliche Regelung den Handel zischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt und den Wettbewerb verfälscht.

B — *Wird der Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt und der Wettbewerb verfälscht?*

65. Der Gerichtshof hat im Urteil vom 2. Juli 1974, Italien/Kommission, Folgendes festgestellt: „Artikel 92 *soll*[12] verhindern, dass der Handel zwischen Mitgliedstaaten durch von staatlichen Stellen gewährte Vergünstigungen beeinträchtigt wird, die in verschiedenartiger Weise durch die Bevorzugung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen" (Randnr. 26).

66. In dem von der österreichischen Regierung genannten Urteil Philip Morris/Kommission[13] hat der Gerichtshof festgestellt, dass zu prüfen ist, ob die umstrittene Maßnahme „die Stellung eines Unternehmens gegenüber anderen Wettbewerbern im innergemeinschaftlichen Handel [verstärkt]", d. h., ob sie „den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu verfälschen" droht.

67. Der Gerichtshof hat zu der von der Republik Italien eingeführten Senkung der Sozialabgaben festgestellt, dass „notwendigerweise von der Wettbewerbslage auszugehen ist, die vor dem Erlass der strittigen Maßnahme auf dem Gemeinsamen Markt bestand"[14]. Es ist also zu prüfen, ob die Produktionskosten des oder der betroffenen Unternehmen des Mitgliedstaats, der die Maßnahme erlassen hat, durch diese Maßnahme gesenkt werden[15].

68. Wie wir schon in der Antwort auf die zuerst behandelte zweite Frage gesehen haben, sind aber auch dann, wenn die Höhe der beiden Abgaben auf 0,35 % des Nettoproduktionswerts begrenzt ist, die Produktionskosten österreichischer Unternehmen stärker belastet, als sie es ohne diese Steuern wären, und ihre Konkurrenzfähigkeit ist gegenüber vergleichbaren Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten gemindert.

69. Hätten die fraglichen Unternehmen ihre Gewinnspanne nämlich nicht verringert, hätte der Preis der von ihnen in andere Mitgliedstaaten ausgeführten Waren steigen müssen. Die gleichen Waren, die in den anderen Mitgliedstaaten hergestellt und nach Österreich eingeführt worden sind, sind konkurrenzfähiger geworden.

12 — Hervorhebung vom Verfasser. Vgl. Fußnote 6.

13 — Urteil vom 17. September 1980 in der Rechtssache 730/79, Slg. 1980, 2671, Randnrn. 11 und 12).

14 — Urteil vom 2. Juli 1974, Italien/Kommission, Randnr. 36.

15 — A.a.O. Randnrn. 43 bis 45.

70. Wir befinden uns *daher* gerade *nicht* in der Situation, auf die sich der Gerichtshof in Randnummer 47 des Urteils Maribel a und b bezieht: „Gewährt nämlich ein Mitgliedstaat einem Unternehmen eine Beihilfe, so kann die inländische Erzeugung dadurch beibehalten oder erhöht werden, so dass sich die Chancen der in anderen Mitgliedstaaten niedergelassenen Unternehmen, ihre Erzeugnisse auf den Markt dieses Mitgliedstaats auszuführen, verringern." Die Kommission zitiert aber genau diesen Abschnitt, um zu zeigen, dass der Handel und der Wettbewerb zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt werden.

71. Der Gerichtshof hat im Urteil vom 19. Mai 1999, Italien/Kommission, hinsichtlich der italienischen Güterkraftverkehrsunternehmen ebenfalls festgestellt: „Daher ist zu prüfen, ob die Steueranrechnung sich negativ auf die Wettbewerber der Begünstigten ausgewirkt hat, d. h. auf die Güterkraftverkehrsunternehmer aus anderen Mitgliedstaaten" (Randnr. 21).

72. In der vorliegenden Rechtssache hat aber die Tatsache, dass die neue Abgabe für die österreichischen Unternehmen, die körperliche Wirtschaftsgüter herstellen, nur 0,35 % des Nettoproduktionswerts beträgt, während sie ohne diese Obergrenze höher wäre, keine negativen Auswirkungen auf vergleichbare Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten.

73. Im Übrigen darf man nicht übersehen, dass die noch stärkere Belastung der Unternehmen des Dienstleistungssektors durch die beiden Steuern im Verhältnis zu den produzierenden Unternehmen die Konkurrenzfähigkeit der Letzteren noch weiter verringert, soweit die produzierenden Unternehmen im Rahmen der Produktions-, Transport- oder Verkaufsvorgänge Leistungen von Unternehmen des tertiären Sektors in Anspruch nehmen.

74. So ist das von der Adria-Wien beförderte und von den Herstellern körperlicher Wirtschaftsgüter verwendete Erdöl aufgrund der Elektrizitätsabgabe, die beim Durchpumpen des Öls anfällt, teurer geworden. Ebenso mussten sich die Leistungen der Versicherungsgesellschaften und der Unternehmen, die mit der Wartung und Reparatur der Maschinen und Gebäude befasst sind, verteuern.

75. Schließlich kann man der österreichischen Regierung nicht zum Vorwurf machen, dass sie eine teilweise Vergütung eingeführt hat, um, wie sie selbst angibt, die produzierenden Gewerbe- bzw. Industriebetriebe weder übermäßig zu belasten noch in ihrer Konkurrenzfähigkeit zu beschneiden [16].

76. Ich bin im Gegenteil der Überzeugung, dass ein Mitgliedstaat, der ökologische Abgaben einführt, ohne dazu durch eine

16 — Erklärungen der österreichischen Regierung, Seite 8.

gemeinschaftsrechtliche Vorschrift verpflichtet zu sein, zu einem vorsichtigen Vorgehen durchaus berechtigt ist. Das Problem wird sich anders stellen, wenn in der gesamten Gemeinschaft harmonisierte Steuern gelten.

77. Weiterhin unterscheidet Artikel 92 nach ständiger Rechtsprechung, „nicht nach den Gründen oder Zielen solcher Maßnahmen, sondern beschreibt diese nach ihren Wirkungen“ [17]. Wie oben festgestellt, führt die Erhebung einer Abgabe in Höhe von 0,35 % nicht zu einer Wettbewerbsverzerrung.

78. Schließlich kann ich der Begründung, dass eine noch höhere Besteuerung von Unternehmen des tertiären Sektors sozusagen als Kehrseite einen Vorteil für die Unternehmen des primären und sekundären Sektors bringe, nicht folgen, denn diese Unternehmen stehen nicht miteinander in Wettbewerb. (Eine höhere Besteuerung von Zahnärzten begünstigt nicht die Fahrradhersteller.) Im Übrigen ist ein Großteil der Unternehmen des tertiären Sektors auch der internationalen Konkurrenz ausgesetzt, z. B. die Versicherungsgesellschaften, die über das nationale Gebiet hinaus Dienstleistungen erbringen, Luft- und Straßenverkehrsunternehmen und vor allem der Hotelsektor. Hat der Gerichtshof nicht festgestellt, dass ein Tourist Dienstleistungsnehmer ist und für ihn der EG-Vertrag gilt?

79. Zusammenfassend kann ich mich also nicht einer Auffassung anschließen, die darauf hinausläuft:

— die ständige Rechtsprechung aufzugeben, nach der die staatlichen Maßnahmen nach ihren Wirkungen zu beurteilen sind, oder

— dem Begriff der Wirkung eine ganz neue Bedeutung in dem Sinne zu geben, dass der Gerichtshof nicht mehr die Situation der betroffenen Unternehmen mit deren früheren Lage (geringere oder keine Belastung) oder mit der Lage ihrer ausländischen Konkurrenten (höhere Konkurrenzfähigkeit oder nicht) vergleicht, sondern nur noch die betroffenen Unternehmen mit in demselben Mitgliedstaat niedergelassenen Unternehmen, mit denen sie nicht konkurrieren.

80. Ich möchte noch einmal darauf hinweisen, dass alle im vorliegenden Verfahren zugunsten der entgegengesetzten Auffassung aufgeführten Stellen aus der Rechtsprechung des Gerichtshofes Situationen

17 — Vgl. Urteile vom 2. Juli 1974, Italien/Kommission, Randnr. 27, und Belgien/Kommission, Randnr. 25.

betrafen, in denen in Abweichung von einer allgemeinen Regelung, die unstreitig eine „normale Regelung" war, Steuerermäßigungen, -anrechnungen oder Ermäßigungen der Sozialversicherungsbeiträge gewährt wurden, die zu einer Minderung der bisherigen Belastung bestimmter Unternehmen führten und die unbestrittene Wettbewerbsverzerrungen im innergemeinschaftlichen Handel auslösten.

81. Ich teile daher die Auffassung der österreichischen, der dänischen und der finnischen Regierung sowie der Adria-Wien, dass im vorliegenden Fall der innergemeinschaftliche Handel nicht beeinträchtigt und der Wettbewerb nicht verfälscht wird. Da das Ziel des Artikels 92 Absatz 1 EG-Vertrag nicht in Frage gestellt worden ist, liegt somit keine Beihilfe im Sinne dieser Vorschrift vor.

Ergebnis

82. Nach alledem schlage ich daher vor, dem Verfassungsgerichtshof wie folgt zu antworten:

1. Gesetzliche Maßnahmen eines Mitgliedstaats, die eine Obergrenze für die Belastung durch neue Abgaben auf elektrische Energie und Erdgas vorsehen, indem diese Abgaben auf formlosen Antrag nach objektiven Kriterien teilweise vergütet werden, die aber diese Vergütung nur den Unternehmen gewähren, deren Schwerpunkt nachweislich in der Herstellung körperlicher Wirtschaftsgüter besteht, müssen nicht als eine staatliche Beihilfe im Sinne des Artikels 92 Absatz 1 EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 87 Absatz 1 EG) angesehen werden.

2. Aufgrund der Antwort auf die erste Frage braucht die zweite Frage nicht beantwortet zu werden.