



Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der XYGmbH, vertreten durch Steuerberatungskanzlei, vom 18. Oktober 2002 gegen den Bescheid des Finanzamtes MN vom 18. September 2002 betreffend Energieabgabenvergütung für 1996 und 1997 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

Die Berufungswerberin (=Bw.) betreibt ein DS Restaurant. Mit Eingaben vom 19. Dezember 2001 begehrte sie die Vergütung von Energieabgaben für 1996 und 1997.

Mit Bescheid vom 18. September 2001 wurden die Vergütungsanträge abgewiesen, mit der Begründung, dass die Bw. kein Produktionsbetrieb sei.

Die Abweisungsbescheide wurden mit Berufung vom 18. Oktober 2002 bekämpft.

Die Bw. führte darin aus, dass die rückwirkende Genehmigung der Einschränkung der Vergütung auf Produktionsbetriebe bis zum 31. Dezember 2001 durch die Europäische Kommission rechtswidrig sei.

Im Übrigen würden in ihrem Betrieb u.a. Speisen nach bestimmten von DS vorgeschriebenen Rezepturen Speisen hergestellt und angeboten. Deshalb sei sie auch im *weiteren Sinn als Produktionsbetrieb* zu betrachten. Sie habe daher auch aus diesem Titel einen Anspruch auf Vergütung.

Mit Berufungsvorentscheidung vom 4. Februar 2004 wurde das Berufsbegehren abgewiesen.

Darin führte das Finanzamt aus, dass ein Vergütungsanspruch nur bestehe, wenn der Schwerpunkt des Antragstellers *nachweislich* in der Herstellung körperlicher Wirtschaftsgüter bestehe, weshalb die Bw. nicht als Produktionsbetrieb betrachtet werden könne.

In der Folge stellte die Bw. den Antrag auf Entscheidung über die Berufung durch Abgabenbehörde zweiter Instanz.

Die Bw. führte darin aus, dass gegen die rückwirkende Genehmigung der Beihilfenregelung durch die Kommission gemeinschaftsrechtliche Bedenken bestünden.

Im Übrigen widerspreche die bis zum 31. Dezember 2001 gültige gesetzliche Bestimmung dem Gleichheitsgrundsatz.

Über die Berufung wurde erwogen:

Strittig ist im vorliegenden Fall die Frage, ob die rückwirkende Genehmigung der Einschränkung eines als Beihilfe erachteten Vergütungsanspruches, durch die Europäische Kommission, trotz fehlender Notifikation, dem Gemeinschaftsrecht entspricht.

Weiters macht die Bw. Gleichheitswidrigkeit geltend.

In eventu ist die Frage offen, ob die Bw. mit dem Betrieb ihres Restaurants als Produktionsbetrieb einzustufen ist und ihr auch aus diesem Titel allenfalls im Streitzeitraum 1996 und 1997 ein Vergütungsanspruch zustünde.

Nach § 2 Abs. 1 des Energieabgabenvergütungsgesetzes in den Fassungen dieser Bestimmung durch die Bundesgesetze BGBl. Nr. 201/1996 und BGBl. Nr. 797/1996; bestand im Streitzeitraum nur ein Anspruch auf Vergütung für Betriebe, deren Schwerpunkt nachweislich in der Herstellung körperlicher Wirtschaftsgüter (Produktionsbetrieb) liegt.

Diese Einschränkung des Vergütungsanspruches gemäß § 2 Abs. 1 des Energieabgabenvergütungsgesetzes, wurde vom EuGH im Urteil vom 18. November 2001, Rs C-143/99, als staatliche Beihilfe, die der Notifikation an die Europäische Kommission bedurft hätte, qualifiziert.

Da Österreich diese ordnungsgemäße Notifikation pflichtwidrig unterlassen habe, werde das Durchführungsverbot im Sinne des Art. 88 Abs. 3 EG ausgelöst.

Die Einschränkung der Vergütung auf Produktionsbetriebe hatte folglich keine gesetzliche Grundlage und war deren Anwendung verfassungswidrig.

Österreich hat als Folge dieses Urteiles erst nachträglich die genannte Beihilfenregelung der Europäischen Kommission notifiziert und hat die Europäische Kommission mit Entscheidung vom 22. Mai 2002, C (2002) 1890fin, kundgemacht im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 10. Juli 2002, C 164, Seite 4, die Zulässigkeit der Beihilfe rückwirkend genehmigt.

Der Verfassungsgerichtshof hatte im Erkenntnis vom 12. Dezember 2002, B 1348/02 (dieses Erkenntnis betraf ein Seilbahnunternehmen) auf Grund der rückwirkenden Genehmigung durch die Kommission gegen die Anwendung des § 2 Abs. 1 Energieabgabenvergütungsgesetz keine Gleichheitsbedenken und sah folglich auch in der Anwendung dieser Bestimmung keinen Eingriff in das Eigentumsrecht.

Der Fall wurde schließlich zur Entscheidung an den VwGH abgetreten.

Der VwGH trug in dem genannten Fall und in einer Reihe anderer Fälle in einem Vorabentscheidungsverfahren die Frage an den EuGH heran, ob die Kommission eine nicht angemeldete Beihilfe rückwirkend als marktkonform genehmigen könne und ob bei Verneinung dieser Frage das Durchführungsverbot nach Art. 88 Abs. 3 trotz der rückwirkenden Genehmigung durch die Kommission zum Tragen kommen müsste.

Nunmehr hat der EuGH mit Urteil vom 29. Oktober 2006, Rs C-368/04 zum Ausdruck gebracht, dass eine Entscheidung der Kommission, mit der eine nicht angemeldete Beihilfe als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärt wird, *nicht* die Heilung der unter Verstoß gegen das Verbot des Artikels 88 Absatz 3 Satz 3 EG ergangenen und deshalb ungültigen Durchführungsmaßnahme zur Folge habe, da sie andernfalls die unmittelbare Wirkung dieser Vorschrift beeinträchtigen und die Interessen der Einzelnen, deren Wahrung Aufgabe der nationalen Gerichte ist, verletzen würden. Jede andere Auslegung würde die Missachtung dieser Vorschrift durch den betreffenden Mitgliedstaat begünstigen und der Vorschrift ihre praktische Wirksamkeit nehmen (vgl. Urteile *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires* und *Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon*, Randnr. 16, und *Van Calster u. a.*, Randnr. 63).

Unter den Nummern 49. bis 51.) dieses Urteils brachte der EuGH zum Ausdruck, dass es nicht mit dem Gemeinschaftsinteresse vereinbar wäre, wenn eine teilweise Erstattung einer Abgabe, die eine rechtswidrige Beihilfemaßnahme darstellt, da sie unter Verstoß gegen die Anmeldepflicht gewährt wurde, auch zu Gunsten anderer Betriebe angeordnet werde. Dies würde zur Ausweitung des Kreises der Beihilfeempfänger führen und würden dadurch die Wirkungen dieser Beihilfe verstärkt, statt sie zu beseitigen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 15. Juni 2006 in den verbundenen Rechtssachen C393/04 und C41/05, *Air Liquide Industries Belgium*, Slg. 2006, I0000, Randnr. 45).

Unter Nummer 50.) wurde unter Hinweis auf die Schlussanträge des Generalanwaltes unter Nummer 74.) ausgeführt, dass die nationalen Gerichte darauf achten müssen, dass sie sicherstellen, dass die von ihnen angeordneten Abhilfemaßnahmen so geartet sind, dass sie die Wirkungen der unter Verstoß gegen Artikel 88 Absatz 3 EG gewährten Beihilfe tatsächlich beseitigen, und sie dürften diese Beihilfe nicht einem weiteren Kreis von Empfängern zugänglich machen.

Unter Nummer 51.) stellte der EuGH zusammenfassend klar, dass die in den Ausgangsverfahren gestellten Anträge auf Gewährung der rechtswidrigen Beihilfe, d. h. die teilweise Vergütung von Energieabgaben, Anträgen auf teilweise Befreiung von der Zahlung dieser Abgaben gleichgestellt werden können. Wie sich jedoch aus der Rechtsprechung ergebe, könnten die Schuldner einer Abgabe sich nicht darauf berufen, dass die Befreiung anderer Unternehmen eine staatliche Beihilfe darstelle, um sich der Zahlung dieser Abgabe zu entziehen (vgl. Urteile vom 20. September 2001 in der Rechtssache C390/98, Banks, Slg. 2001, I6117, Randnr. 80, und vom 13. Juni 2002 in den verbundenen Rechtssachen C430/99 und C431/99, Sea-Land Service und Nedlloyd Lijnen, Slg. 2002, I5235, Randnr. 47, sowie die Urteile Distribution Casino France u. a., Randnr. 42, und Air Liquide Industries Belgium, Randnr. 43). Unter Punkt 49.).

Diesem Urteil des EuGH ist der VwGH in den Erkenntnissen vom 20. November 2006, Zahlen 2006/17/0157, 2003/17/0004, 2006/17/0158, 2003/17/0001 und 2003/17/0025 gefolgt und werden die dort ausgeführten Entscheidungsgründe der gegenständlichen Berufungsentscheidung zu Grunde gelegt.

Der VwGH folgte in seiner Entscheidung dem Urteil des EuGH vom 5. Oktober 2006, C-368/04. Danach seien die nationalen Gerichte gehalten, das Gemeinschaftsinteresse voll zu berücksichtigen. Sie dürften keine Maßnahme treffen, die lediglich zu einer Ausweitung des Kreises der Beihilfeempfänger führten. Der Verwaltungsgerichtshof habe von dieser nunmehrigen Auslegung des Gemeinschaftsrechts durch den EuGH auszugehen. Damit könne aber auch in den Beschwerdefällen den beschwerdeführenden Parteien, die nach den nationalen Bestimmungen von der Energieabgabenvergütung ausgeschlossen sind, nach dem Gemeinschaftsrecht, das dem nationalen Recht vorgeht, eine Energieabgabenvergütung **nicht** gewährt werden, weil dies rechtswidrigerweise zu einer Ausweitung des Kreises der Beihilfeempfänger führen würde. Aus diesen Erwägungen ergebe sich, dass die beschwerdeführenden Parteien durch die angefochtenen Bescheide in ihren Rechten weder wegen der geltend gemachten noch wegen einer vom Verwaltungsgerichtshof aus eigenem aufzugreifenden Rechtswidrigkeit verletzt worden sind.

Der EuGH hat zwar zum Ausdruck gebracht, dass die rückwirkende Genehmigung der beihilfengleichen Einschränkung der Vergütung auf Produktionsbetriebe durch die Kommission nicht gemeinschaftsrechtskonform ist.

Gleichzeitig wurde eine Ausweitung des Vergütungsanspruches auf Dienstleistungsbetriebe versagt.

Diese Begründungserwägungen des EuGH hat der VwGH in den genannten Erkenntnissen übernommen und damit die Ausweitung des Vergütungsanspruches auf Dienstleistungsbetriebe Wirtschaftsjahre vor dem 1. Jänner 2002 versagt.

Was nun die von der Bw. vorgebrachte Verfassungswidrigkeit des § 2 Abs. 1 Energieabgabenvergütungsgesetz betrifft, so ist dazu auszuführen, dass nach dem jüngsten Urteil des EuGH vom 29. Oktober 2006, Rs C-368/04, in Verbindung mit dem Urteil vom 18. November 2001, Rs C-143/99 die Energieabgabenvergütung im Streitzeitraum weder für Produktions- noch für Dienstleistungsbetriebe zu gewähren war.

Die Bestimmungen über die Energieabgabenvergütung kommen daher im Streitzeitraum mangels entsprechender Notifikation –die rückwirkende Genehmigung durch die Kommission ist laut EuGH unbeachtlich– durch das Durchführungsverbot des Art. 88 Abs. 3 EG nicht zur Anwendung.

Der Umstand aber, dass anderen Abgabepflichtigen zu Unrecht eine Beihilfe gewährt wurde, führt nicht zur Gleichheitswidrigkeit einer an sich rechtmäßigen Verwehrung einer Begünstigung.

Das Vorbringen der Bw., dass sie „im weiteren Sinne“ ein Produktionsbetrieb sei, geht daher ins Leere.

Im Übrigen ist ihr diesbezüglich auch entgegenzuhalten, dass ein Restaurationsbetrieb, welcher neben der Zubereitung von Speisen zu einem erheblichen Teil auch Getränke verkauft und die Infrastruktur für deren Verzehr zur Verfügung stellt, zweifelsfrei kein Produktionsbetrieb ist.

Auch der EuGH hat im Urteil vom 2. Mai 2006, Rs C-231/94, „Faaborg-Gelting“ (ergangen zur Umsatzsteuer) klar zum Ausdruck gebracht, dass Restaurationsumsätze als Dienstleistungen anzusehen sind.

Wie bereits vorgebracht, könnte die Bw. auf Grund der nunmehrigen Rechtsprechung des EuGH für ihren Standpunkt auch nichts gewinnen, wenn ihr Schwerpunkt in der Herstellung körperlicher Wirtschaftsgüter gelegen wäre.

Aus den obigen Erwägungen war die Berufung daher spruchgemäß abzuweisen.

Graz, am 18. Jänner 2007