



## **Berufungsentscheidung**

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., vertreten durch Kommunal Control Revision, Consulting u Stb GmbH, 1040 Wien, Trappelgasse 4, vom 1. Juni 2012 gegen den Bescheid des Finanzamtes Neunkirchen Wr. Neustadt vom 23. Mai 2012 betreffend Energieabgabenvergütung 2011 entschieden:

Der angefochtene Bescheid wird aufgehoben.

### **Entscheidungsgründe**

Am 26. März 2012 langte beim Finanzamt ein Antrag der Berufungswerberin (Bw.) auf Vergütung von Energieabgaben ein, mit dem für das Jahr 2011 ein Vergütungsbetrag von 94.379,15 € geltend gemacht wurde.

Das Finanzamt wies den Antrag mit Bescheid vom 23. Mai 2012 ab. In der Begründung wurde ausgeführt, dass nur Betriebe, deren Schwerpunkt nachweislich in der Herstellung körperlicher Wirtschaftsgüter (Produktionsbetriebe) besteht, einen Anspruch auf Vergütung von Energieabgaben haben. Die Bw. führe einen Dienstleistungsbetrieb.

Die Bw. brachte am 1. Juni 2012 eine Berufung ein, da der Ausschluss von Dienstleistungsbetrieben von der Energieabgabenvergütung ab 2011 unions- und verfassungswidrig sei und daher eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof wegen unsachlicher Diskriminierung (Verletzung des Gleichheitssatzes) angestrebt werde. Die Bw. beantragte, die Energieabgabenvergütung erklärungskonform festzusetzen.

### ***Über die Berufung wurde erwogen:***

Fest steht, dass die Bw. mit dem Betrieb eines Thermenhotels ein Dienstleistungsunternehmen ist. Strittig ist allein die Frage, ob ein Dienstleistungsbetrieb im Kalenderjahr 2011 einen Anspruch auf Vergütung von Energieabgaben hat.

Nach § 2 Abs. 1 Energieabgabenvergütungsgesetz (EAVG) idF BGBl. I Nr. 111/2010 besteht ein Anspruch auf Vergütung nur für Betriebe, deren Schwerpunkt nachweislich in der Herstellung körperlicher Wirtschaftsgüter besteht und soweit sie nicht die in § 1 Abs. 3 genannten Energieträger oder Wärme (Dampf oder Warmwasser), die aus den in § 1 Abs. 3 genannten Energieträgern erzeugt wurde, liefern. Nach § 2 Abs. 1 EAVG in der davor geltenden Fassung BGBl. I 92/2004 bestand ein Anspruch auf Vergütung für alle Betriebe.

Gemäß § 4 Abs. 7 EAVG ist § 2 ENAVG idF des Budgetbegleitgesetzes 2011, BGBl. I Nr. 111/2010, *vorbehaltlich* der Genehmigung durch die Europäische Kommission auf Vergütungsanträge anzuwenden, die sich auf einen Zeitraum nach dem 31. Dezember 2010 beziehen.

Nach dem Amtsblatt der Europäischen Union vom 30.9.2011 (C-288/20 f.) handelt es sich bei der Einschränkung des § 2 EAVG auf Produktionsbetriebe um eine *Beihilfe*, die auf der Grundlage der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung (Nr. 800/2008; kurz: AGVO) gewährt wird.

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 Informationsblatts über die Beihilfe informieren (vgl. *Bieber*, ÖStZ 2012/89, 60). Laut dem von Österreich an die Kommission übermittelten Informationsblatt hat die Beihilfe eine Laufzeit vom 1. Februar 2011 bis 31. Dezember 2013 (ABl. 2011, C-288, 21). Folglich konnte sich auch eine Genehmigung durch die Europäische Kommission iSd § 4 Abs. 7 EAVG nur auf diese Zeit beziehen (vgl. zB UFS 18.4.2012, RV/0188-I/12, UFS 29.6.2012, RV/1438-W/12).

Damit mangelt es aber offenkundig an der Erfüllung des Vorbehalts iSd § 4 Abs. 7 EAVG ("Genehmigung der Europäischen Kommission") für den Monat Jänner 2011, in welchem somit § 2 Abs. 1 EAVG in der neuen Fassung noch keine Anwendung finden kann. Für Jänner 2011 steht der Bw. eine Energieabgabenvergütung zu. Insofern hat das Finanzamt den Antrag der Bw. auf Festsetzung einer Energieabgabenvergütung für 2011 zu Unrecht abgewiesen.

Für den Zeitraum ab Februar 2011 ist hingegen § 2 Abs. 1 EAVG idF BGBl. I Nr. 111/2010 anzuwenden, wonach Dienstleistungsbetriebe keinen Anspruch auf Energieabgabenvergütung haben. Den verfassungsrechtlichen Einwendungen der Bw. ist entgegenzuhalten, dass es ausschließlich Sache des Verfassungsgerichtshofes ist, Verletzungen des Verfassungsrechtes festzustellen. Auf VfGH 12.12.2002, [B 1348/02](#), wird verwiesen.

Gemäß § 289 Abs. 2 BAO hat die Abgabenbehörde zweiter Instanz außer in den Fällen des Abs. 1 immer in der Sache selbst zu entscheiden. Sie ist berechtigt, sowohl im Spruch als auch hinsichtlich der Begründung ihre Anschauung an die Stelle jener der Abgabenbehörde erster Instanz zu setzen und demgemäß den angefochtenen Bescheid nach jeder Richtung abzuändern, aufzuheben oder die Berufung als unbegründet abzuweisen.

Die Änderungsbefugnis der Abgabenbehörde zweiter Instanz („nach jeder Richtung“) ist durch die "Sache" begrenzt, wobei die "Sache" die Angelegenheit ist, die den Inhalt des Spruchs erster Instanz gebildet hat (vgl. *Ritz*<sup>4</sup>, BAO, § 289 Rz 38). Ist der mit Berufung angefochtene Bescheid aber kein Abgabenbescheid, sondern ein Bescheid, mit dem der Antrag auf Vergütung der Energieabgaben abgewiesen wurde (Abweisungsbescheid), kommt der Abgabenbehörde zweiter Instanz eine Zuständigkeit zur erstmaligen Festsetzung einer Abgabe nicht zu (vgl. VfGH 26.1.2006, [2004/15/0064](#)).

Da somit die Umwandlung des angefochtenen Abweisungsbescheides in einen Bescheid, mit dem ein Vergütungsbetrag festgesetzt wird, durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz unzulässig wäre, war der angefochtene Bescheid aufzuheben.

Wien, am 17. Juli 2012