



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., vertreten durch Kommunal Control Revisions-, Consulting- und SteuerberatungsgmbH, 1040 Wien, Trappelgasse 4, vom 5. Juli 2012 gegen den Bescheid des Finanzamtes Deutschlandsberg Leibnitz Voitsberg vom 23. Juni 2012 betreffend Abweisung eines Antrages auf Energieabgabenvergütung für das Jahr 2011 entschieden:

Der angefochtene Bescheid wird *aufgehoben*.

Entscheidungsgründe

Die Berufungswerberin (Bw.) unterhält einen Dienstleistungsbetrieb (Tankstelle, Café). Mit Eingabe (Formular *ENAV 1*) vom 20. Juni 2012 beantragte sie die Vergütung von Energieabgaben für das Kalenderjahr 2011.

Diesen Antrag wies das Finanzamt mit berufungsgegenständlichem Bescheid vom 3. Juli 2012 mit der Begründung ab, dass gemäß [§ 2 Abs. 1 EAVG](#) ein Anspruch auf Vergütung ab 1. Jänner 2011 nur für Betriebe bestehe, deren Schwerpunkt nachweislich in der Herstellung körperlicher Wirtschaftsgüter bestehe.

In der dagegen erhobenen Berufung macht die Bw. lediglich geltend, dass sie den Ausschluss von Dienstleistungsbetrieben von der Energieabgabenvergütung (ab dem Jahr 2011) als unions- und verfassungswidrig („*Verletzung des Gleichheitssatzes*“) erachte.

Über die Berufung wurde erwogen:

(1) Gemäß [§ 2 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Vergütung von Energieabgaben](#) (in der Folge: EAVG) in der Fassung des Budgetbegleitgesetzes 2011, 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.

Unstrittig ist, dass der Schwerpunkt des Betriebes der Bw. **nicht** in der Herstellung körperlicher Wirtschaftsgüter besteht. Die vorliegende Berufung stützt sich allein auf den Einwand, der nunmehr (ab dem Streitjahr) gesetzlich vorgesehene Ausschluss von Dienstleistungsbetrieben von der Energieabgabenvergütung sei unions- bzw. verfassungswidrig.

Mit Erkenntnis vom 4. Oktober 2012, GZ. B 321/12, hat jedoch zwischenzeitig der VfGH die Beschwerde eines Hotelbetriebs, in der die Verfassungswidrigkeit des durch das Budgetbegleitgesetz 2011 vorgesehenen Ausschlusses von Dienstleistungsbetrieben von der Energieabgabenvergütung eingewendet wurde, abgewiesen und diese einschränkende Regelung als verfassungskonform beurteilt.

Der VfGH hält an seiner – bereits in der Entscheidung vom 12. Dezember 2002, B 1348/02, zur vergleichbaren Regelung im EAVG in seiner Stammfassung nach dem Strukturanpassungsgesetz 2006 vertretenen – Auffassung fest, dass die Einschränkung der Vergütung auf Produktionsbetriebe aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden ist. Dem Gesetzgeber steht es frei, im Hinblick auf die typischerweise unterschiedliche Wettbewerbssituation im Recht der Energieabgabenvergütung zwischen Produktions- und Dienstleistungsbetrieben zu differenzieren und letztere davon auszuschließen.

Die Einschränkung der Energieabgabenvergütung auf Produktionsbetriebe ist ua. deswegen sachlich gerechtfertigt, weil Produktionsbetriebe in weit größerem Umfang (weltweit) in Wettbewerb zu Konkurrenzunternehmen stehen, die auf Grund der für diese geltenden Bedingungen uU. kostengünstiger produzieren können, wobei sich diese Konkurrenzsituation nicht nur auf die Produkte inländischer Produzenten auf dem Weltmarkt beschränkt, sondern auch für Produkte ausländischer Produzenten auf dem inländischen Markt gegeben ist.

Unter dem Aspekt des internationalen Wettbewerbs ist von Bedeutung, dass energieintensive Dienstleistungsbetriebe – und nur um diese geht es – nach wie vor durch Standort- und Personengebundenheit sowie durch das Zusammenfallen von "Produktion" und "Verbrauch" gekennzeichnet sind, auch wenn es – nicht zuletzt im Hinblick auf die moderne Informations-

technologie – bei einzelnen Dienstleistungen zu einer Trennung von "Produktion" und "Verbrauch" kommen kann.

Entscheidend ist, dass im Hinblick auf die grundsätzliche Wettbewerbssituation im Regelfall nach wie vor deutliche tatsächliche Unterschiede zwischen Produktions- und Dienstleistungsbetrieben bestehen. Damit ist der Gesetzgeber aber berechtigt, an diese Unterscheidung in einer Durchschnittsbetrachtung auch abgabenrechtliche Konsequenzen der hier strittigen Art und Intensität zu knüpfen, eine Entlastung von Energieabgaben den Betrieben vorzubehalten, die dem internationalen Wettbewerb typischerweise anders und intensiver ausgesetzt sind als die Dienstleistungsbetriebe, und Härtefälle außer Betracht zu lassen.

Die in der Berufung behauptete Unions- und Verfassungswidrigkeit ist sohin nach der dargestellten Auffassung des VfGH nicht gegeben.

(2) § 2 EAVG idF BGBl. I Nr. 111/2010 ist vorbehaltlich der Genehmigung durch die Europäische Kommission auf Vergütungsbeträge anzuwenden, die sich auf einen Zeitraum nach dem 31. Dezember 2010 beziehen ([§ 4 Abs. 7 EAVG](#)).

Laut Amtsblatt der Europäischen Union vom 30. September 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 (Verordnung EG Nr. 800/2008, kurz AGVO) gewährt wird. Die Anwendung der AGVO ermöglicht einem Mitgliedstaat – unter bestimmten Voraussetzungen - 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 an Hand eines Informationsblatts über die Beihilfe informieren (vgl. *Bieber, ÖStZ 2012/89, 60*).

Nach dem Formblatt, das der Kommission übermittelt wurde, hat die Beihilfe (die Neuregelung durch das Budgetbegleitgesetz) eine Laufzeit vom 1. Februar 2011 - 31. Dezember 2013 (ABl. 2011, C-288, 21). Diese Information wurde der Kommission nicht vor dem 1. Februar 2011 übermittelt.

Der VwGH hat mit Erkenntnis 2012/17/0175 vom 22. August 2012 ausgesprochen, dass Dienstleistungsbetrieben die Energieabgabenvergütung für den Monat Jänner 2011 noch zu steht. Der VwGH führt in diesem Erkenntnis im Wesentlichen aus: „*Sowohl aus der Wortinterpretation wie auch aus dem historischen Willen des Gesetzgebers ist eindeutig ableitbar, dass die Neuregelung des § 2 EAVG nur dann gelten sollte, wenn ein positiver Entscheid der Europäischen Kommission vorliegt; in Ermangelung eines solchen sollte die bisherige Regelung - also eine Energieabgabenvergütung auch für Dienstleistungsbetriebe - fortbestehen. Für den Monat Jänner 2011 liegt jedoch die vom Gesetzgeber für das Inkrafttreten vorausgesetzte*

Genehmigung jedenfalls nicht vor. Es spielt dabei keine Rolle, ob nach unionsrechtlichen Vorschriften, wie etwa nach der AGVO, nur eine Information der Kommission erforderlich ist, hat doch nach dem eben Gesagten der österreichische Gesetzgeber die Anwendbarkeit der Bestimmung des § 2 Abs. 1 EAVG in der Fassung durch das Budgetbegleitgesetz 2011 eindeutig von einem positiven Entscheid der Kommission abhängig gemacht, ein solcher ist jedoch für den Zeitraum bis zum 1. Februar 2011 wegen der erst nach dem 1. Februar 2011 erfolgten Anzeige nicht gegeben. Darüber hinaus liegen auch die unionsrechtlichen Voraussetzungen im Hinblick auf die erst für den Zeitraum ab dem 1. Februar 2011 erfolgte Anzeige nach der AGVO nicht vor.“

Die Einschränkung des Vergütungsanspruches auf Betriebe, deren Schwerpunkt nachweislich in der Herstellung körperlicher Wirtschaftsgüter besteht, ist sohin für den Monat Jänner 2011 nicht zulässig. Der angefochtene Bescheid erweist sich daher insoweit als rechtswidrig, als mit ihm der Vergütungsanspruch – entgegen der nunmehrigen (oa.) Judikatur – auch für Jänner 2011 verwehrt wird.

(3) Gemäß [§ 289 Abs. 1 BAO](#) hat die Abgabenbehörde zweiter Instanz, sofern die Berufung nicht gemäß [§ 273 BAO](#) zurückzuweisen ist, immer in der Sache selbst zu entscheiden. Gem. [§ 289 Abs. 2 BAO](#) ist die Abgabenbehörde zweiter Instanz 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 Abänderungsbefugnis („nach jeder Richtung“) ist durch die Sache beschränkt. „Sache“ des Berufungsverfahrens ist die Angelegenheit, die den Inhalt des Spruches des angefochtenen Bescheides der Abgabenbehörde erster Instanz gebildet hat (*Ritz, BAO 4. Auflage, § 289 Tz 38 ff. und die dort angeführte Rechtsprechung*).

In seinem Erkenntnis vom 26. Jänner 2006, 2004/15/0064, hat der Verwaltungsgerichtshof ausgeführt:

„Hinsichtlich des Zeitraumes Jänner 2001 hat die belangte Behörde mit dem angefochtenen Bescheid eine Abgabenvorschreibung (im Beschwerdefall: NoVA) vorgenommen. Sie hat dabei übersehen, dass der – mit Berufung angefochtene – Bescheid des Finanzamtes kein Abgabenbescheid ist, sondern ein Bescheid, mit dem ein Antrag auf Festsetzung von Abgaben abgewiesen worden ist. Als Abgabenbehörde zweiter Instanz ([§ 260 BAO](#)) kommt der belangten Behörde eine Zuständigkeit zur erstmaligen Festsetzung von Abgaben nicht zu.“

Der berufungsgegenständliche Bescheid des Finanzamtes ist kein Abgabenbescheid, sondern ein Bescheid, mit dem ein Antrag auf Festsetzung einer Abgabe (einer Vergütung) abgewiesen

worden ist. Als Abgabenbehörde zweiter Instanz ([§ 260 BAO](#)) kommt dem Unabhängigen Finanzsenat eine Zuständigkeit zur erstmaligen Festsetzung einer Abgabe (einer Vergütung) nicht zu (vgl. nochmals *Ritz*, aaO, § 289 Tz 39). Der angefochtene Bescheid war sohin aufzuheben (vgl. zB UFS vom 5. September 2012, RV/0316-F/12).

In weiterer Folge wird das Finanzamt die beantragte Energieabgabenvergütung anteilig – soweit sie auf den Jänner 2011 entfällt – zu gewähren haben.

Aus den dargelegten Gründen war spruchgemäß zu entscheiden.

Graz, am 6. November 2012