



## **Berufungsentscheidung**

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des J.S., Adresse, vertreten durch X-GmbH, vom 29. März 2012 gegen den Bescheid des Finanzamtes Kufstein Schwaz vom 16. März 2012 über die Festsetzung des Vergütungsbetrages nach dem Energieabgabenvergütungsgesetzes für das Kalenderjahr 2011 entschieden:

Der Berufung wird teilweise Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird abgeändert.

Der Vergütungsbetrag nach dem Energieabgabenvergütungsgesetz wird für das Kalenderjahr 2011 in Höhe von 150,92 € festgesetzt.

Die Bemessungsgrundlagen und die Berechnung des Vergütungsbetrages sind dem Ende der folgenden Entscheidungsgründe zu entnehmen und bilden einen Bestandteil dieses Bescheidspruches.

### **Entscheidungsgründe**

J.S. (im Folgenden: Bw), der ein Hotel betreibt, stellte einen am 8. März 2012 beim Finanzamt eingelangten Antrag auf Vergütung von Energieabgaben für das Kalenderjahr 2011 im Ausmaß von 1.810,97 €.

Mit Bescheid vom 16. März 2012 wurde dieser Antrag unter Festsetzung des Vergütungsbetrages in Höhe von Null € abgewiesen mit folgender Begründung:

„Mit Budgetbegleitgesetz 2011, BGBl. I Nr. 111/2010, wurde in den §§ 2 und 3 Energieabgabevergütungsgesetz (EnAbgVergG) eine Einschränkung vorgesehen, nach der für Antragszeiträume nach dem 31. Dezember 2010 eine Energieabgabevergütung nur noch für Betriebe zulässig ist, deren Schwerpunkt nachweislich in der Herstellung körperlicher Wirtschaftsgüter besteht. Für Dienstleistungsbetriebe ist eine Energieabgabevergütung für Zeiträume nach dem 31. Dezember 2010 somit ausgeschlossen.“

Die dagegen erhobene Berufung wendet ausschließlich ein, dieser Bescheid widerspreche dem Gleichheitsgebot des Art. 7 Abs. 1 B-VG, stelle doch die für Zeiträume ab 2011 durch § 2 Abs.1 iVm § 4 Abs. 7 Energieabgabevergütungsgesetz normierte Einschränkung der Energieabgabevergütung auf Betriebe, die ihren Schwerpunkt nachweislich in der Herstellung körperlicher Wirtschaftsgüter hätten, eine Bevorzugung der Produktionsbetriebe gegenüber Dienstleistungsbetrieben mit ebenfalls hohen Energiekosten dar. Vom Grundgedanken der Energieabgabevergütung, energieintensive Betriebe, welche durch Energieabgaben stärker belastet würden, durch die teilweise Vergütung zu entlasten, sollte nicht bei Hotelbetrieben abgegangen werde; für diese Differenzierung sei ein sachliche Rechtfertigung nicht erkennbar. Auch bei Gastwirtschafts- und Beherbergungsbetrieben würden aufgrund der „Produktion“ von Speisen und dem Bereitstellen von umfassenden energieintensiven Wellnessangeboten eine deutliche Mehrbelastung durch Energieabgaben anfallen, sodass auch hier die der Vergütungsregelung zugrunde liegenden Erwägungen des Gesetzgebers Anwendung finden müssten. Die Einschränkung rein auf Produktionsbetriebe sei daher unsachlich und damit verfassungswidrig.

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

Nach § 1 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Vergütung von Energieabgaben (Energieabgabevergütungsgesetz, im Folgenden EnAbgVergG) idF BGBl. I Nr. 94/2004 sind entrichtete Energieabgaben auf die in Abs. 3 genannten Energieträger für ein Kalenderjahr (Wirtschaftsjahr) auf Antrag insoweit zu vergüten, als sie (insgesamt) 0,5 % des Unterschiedsbetrages zwischen

1. Umsätze im Sinne des § 1 Abs. 1 Z 1 und 2 des Umsatzsteuergesetzes 1994 und
  2. Umsätze im Sinne des § 1 Abs. 1 Z 1 und 2 des Umsatzsteuergesetzes, die an das Unternehmen erbracht werden,
- übersteigen (Nettoproduktionswert).

§ 2 Abs. 1 EnAbgVergG in der ab 1. Jänner 2011 anzuwendenden Fassung BudBG 2011, BGBl. I Nr. 111/2010 lautet:

*„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."*

Gemäß § 4 Abs. 7 EnAbgVergG idF BudBg 2011, BGBl. I Nr. 111/2010 sind die §§ 2 und 3, jeweils in der Fassung 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.

Im vorliegenden Berufungsfall wendet der Bw. im Wesentlichen ein, die durch § 2 Abs. 1 EnAbgVergG idF BudBg 2011, BGBl. I Nr. 111/2010 normierte Beschränkung des Anspruches auf Vergütung von Energieabgaben auf solche Betriebe, deren Schwerpunkt nachweislich in der Herstellung körperlicher Wirtschaftsgüter besteht (sogenannte „Produktionsbetriebe“) sei sachlich nicht gerechtfertigt und verstoße gegen das Gleichheitsgebot des Art 7-BVG. Der angefochtene Bescheid sei daher verfassungswidrig.

Die Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit einer gesetzlichen Bestimmung steht nicht dem Unabhängigen Finanzsenat zu, sondern ist dem Verfassungsgerichtshof im Rahmen eines Gesetzesprüfungsverfahrens vorbehalten. Der Unabhängige Finanzsenat ist demzufolge an die bestehenden und ordnungsgemäß kundgemachten Gesetze gebunden und hat diese anzuwenden. Die in der Berufung aufgeworfenen Bedenken betreffend Verfassungswidrigkeit dieser Gesetzesbestimmung vermögen somit keine Rechtswidrigkeit des bekämpften Bescheides zu begründen. Im Übrigen darf hinsichtlich der in der Berufung monierten Verletzung des Gleichheitsgebotes auf das VfGH – Erkenntnis vom 12.12.2002, B 1348/02 verwiesen werden.

Da die Energieabgabenrückvergütung in der Ursprungsfassung 1996 nur für Produktionsbetriebe vorgesehen war, allerdings aufgrund europarechtlicher Erfordernisse ab 2002 auf sämtliche Betriebe ausgedehnt wurde und nunmehr durch § 2 Abs. 1 EnAbgVergG idF BudBg 2011, BGBl. I Nr. 111/2010 wiederum auf Produktionsbetriebe eingeschränkt wird, kommt bei der Beurteilung des Berufungsfalles der bisherigen Rechtsprechung zur Energieabgabenvergütung entsprechende Relevanz zu.

Über ein Vorabentscheidungsersuchen des VfGH (Urteil vom 10.3.1999, B 2594/97) hat der EuGH mit Urteil vom 8.11.2001, C-143/99 Rechtssache Adria- Wien –Pipeline und Wietersdorfer und Peggauer Zementwerke GmbH erkannt, dass nationale Maßnahmen, die eine teilweise Vergütung von Energieabgaben nur für Unternehmen vorsehen, deren Schwerpunkt nachweislich in der Herstellung körperlicher Wirtschaftsgüter (sogenannte Produktionsbetriebe) besteht, staatliche Beihilfen im Sinne des Art. 87 EG- Vertrag darstellen.

Keine staatlichen Beihilfen liegen nach diesem Urteil vor, wenn die Maßnahmen allen Unternehmen im Inland unabhängig vom Gegenstand ihrer Tätigkeit gewährt werden.

Der VfGH (E 13.12.2001, B 2251/97) entschied daraufhin, dass die Regelung des § 2 Abs. 1 EnAbgVergG (Einschränkung auf Produktionsbetriebe) eine staatliche Beihilfe iSd Art. 87 EGV darstellt und diese Regelung nicht vollzogen werden darf, da Österreich diese Regelung der Kommission nicht zur Notifizierung vorgelegt hat.

Da durch die mit BBG 2011 vorgenommenen Novellierung des § 2 Abs. 1 EnAbgVergG die Energieabgabenvergütung nicht (mehr) allen Unternehmen bzw. Betrieben gewährt wird, sondern nur noch solchen, deren Schwerpunkt nachweislich in der Herstellung von körperlichen Wirtschaftsgütern besteht, stellt diese gesetzlichen Regelung der Einschränkung der Energieabgabenvergütung auf Produktionsbetriebe eine staatliche Beihilfe im Sinne des Art. 87 EG- Vertrag dar.

Die Kommission wird durch Art. 1 Abs. 1 VO 994/98 dazu ermächtigt, bestimmte Gruppen von Beihilfen mittels Verordnung als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar zu erklären. Diese VO nennt explizit auch Beihilfen zugunsten von Umweltschutzmaßnahmen. Die Kommission hat auf Grundlage der VO 994/98 die Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung 800/2008 (im Folgenden: AGVO) erlassen. Die Anwendung der AGVO ermöglicht einem Mitgliedstaat die sofortige Gewährung einer Beihilfe, ohne dass eine vorherige Anmeldung bei der Kommission erforderlich ist. Nach Art. 9 AGVO (Transparenz) muss der betreffende Mitgliedstaat der Kommission lediglich binnen 20 Arbeitstagen ab Inkrafttreten einer Beihilfenregelung eine Kurzbeschreibung der Beihilfenmaßnahme übermitteln (vgl. Bieber, ÖStZ 2012 Heft 3, Seite 60ff). Anhang III der AGVO enthält ein „Formular für die Übermittlung von Kurzbeschreibungen im Rahmen der Berichtspflicht gemäß Art. 9“. Nach diesem Formularvordruck ist darin auch die Laufzeit der Regelung anzugeben, wobei laut Fußnote 3 unter Laufzeit jener Zeitraum zu verstehen, „in dem die Bewilligungsbehörde sich zur Gewährung von Beihilfen verpflichten kann“. Die Kurzbeschreibung wird gemäß Art. 9 AGVO von der Kommission im Amtsblatt der Europäischen Union und auf der Website der Kommission veröffentlicht.

Nach dem Amtsblatt der Europäischen Union vom 30.9.2011 (C-288/21) handelt es sich bei dieser Einschränkung des § 2 Energieabgabenrückvergütungsgesetzes idF BGBl. I Nr. 111/2010 auf Produktionsbetriebe um eine Beihilfe, die auf der Grundlage der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung 800/2008 gewährt wird. Die Veröffentlichung dieser Beihilfenmaßnahme im Amtsblatt der Europäischen Union lässt somit schlüssig erkennen, dass diese staatliche Beihilfe in Anwendung der Artikel 87 und 88 des EG-Vertrag (Allgemeine

Gruppenfreistellungsverordnung) gewährt wird und mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar ist.

Laut der vom BMFF am 7. Februar 2011 (und damit unzweifelhaft nach Ablauf der 20 Arbeitstage- Frist ab Inkrafttreten der Beihilfenregelung) der Kommission gemäß Art. 9 AGVO übermittelten und von dieser im Amtsblatt der Europäischen Union (ABl. 2011 vom 30.9.2011, C 288/21) veröffentlichten Kurzbeschreibung hat die österreichische Beihilfenmaßnahme eine Laufzeit vom „1.2.2011- 31.12.2013“.

Ist daher nach dem Wortlaut des § 4 Abs. 7 EnAbgVergG der § 2 in der Fassung 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, und hat die Europäische Kommission durch die vorgenommene Veröffentlichung im Amtsblatt 2011 C 288/21 die vom Mitgliedstaat Österreich in Anwendung von Art. 9 AGVO beschriebene Beihilfenregelung für die angegebene Laufzeit „1.2.2011- 31.12.2013“ letztlich mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärt und erfolgte laut Aussage des BMFF (siehe RV/0188-I/12) in der dargestellten Weise die in § 4 Abs. 7 EnAbgVergG vorgesehene Genehmigung durch die Europäischen Kommission, dann ist die einschränkende (Beihilfe)Regelung des § 2 Abs. 1 EnAbgVergG in der Fassung des Budgetbegleitgesetzes 2011 BGBl. I Nr. 111/2010 auf den Vergütungsantrag insoweit nicht anzuwenden, als sich dieser auf den Monat Jänner 2011 bezieht, liegt doch unbedenklich für den Monat Jänner 2011 keine derartige „Genehmigung der Europäischen Kommission“ für diese vom Mitgliedstaat Österreich der Kommission unter Anwendung von Art. 9 anhand eines Informationsblattes übermittelten Beihilfenmaßnahme iSd Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung vor. Die eine staatliche Beihilfe iSd Artikel 87 EGV darstellende Regelung des § 2 Abs. 1 EnAbgVergG in der Fassung des Budgetbegleitgesetzes 2011 BGBl. I Nr. 111/2010 darf somit für diesen Monat nicht vollzogen (durchgeführt) werden (vgl. auch VfGH 13.12.2001, B 2251/97 betr. fehlender Notifizierung).

Zusammenfassend ist demzufolge hinsichtlich des gegenständlichen von einem Dienstleistungsbetrieb (Hotel) für das Kalenderjahr 2011 gestellten Vergütungsantrag davon auszugehen, dass nach § 4 Abs. 7 EnAbgVergG die Neuregelung des § 2 Abs. 1 EnAbgVergG in der Fassung des Budgetbegleitgesetzes 2011 BGBl. I Nr. 111/2010 *vorbehaltlich der Genehmigung* dieser Beihilfenmaßnahme durch die EU- Kommission (siehe dazu Kap. 2.2 EB RV 981 BlgNR 24 GP 141) gilt. Der Mitgliedstaat Österreich hat laut Referenz- Nummer SA 32626 der Kommission bezogen auf den Zeitraum 1.2.2011 bis 31.12.2013 die Kurzbeschreibung dieser Beihilfenmaßnahme übermittelt. Dies führte dazu, dass im Amtsblatt 2011 C 288/21 der Europäischen Union die Laufzeit für diese Beihilfenmaßnahme mit

„1.2.2011-31.12.2013“ veröffentlicht und dadurch implizit für diesen Zeitraum von der Europäischen Kommission erklärt wurde, dass diese Beihilfenmaßnahme als Beihilfe iSd AGVO mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar ist. Damit mangelt es aber am Vorliegen der vom BMfF unter Anwendung der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung vorgesehenen „Genehmigung“ der Europäischen Kommission iSd § 4 Abs. 7 EnAbgVergG für den Monat Jänner 2011. Für den Monat Jänner 2011 hätte demzufolge das Finanzamt die Ablehnung der Vergütung nicht auf die Regelung des § 2 Abs. 1 EnAbgVergG (Einschränkung auf Produktionsbetriebe) stützen dürfen. Gemäß § 289 Abs. 2 BAO war daher der Berufung in diesem Umfang Folge zu geben, während die vom Bw. aufgeworfene Frage der Verfassungsmäßigkeit dieser Gesetzesbestimmung einer etwaigen Entscheidung durch den VfGH vorbehalten bleibt. Ausgehend von der unter Wahrung des Parteiengehörs unstrittig gebliebenen Ermittlung der Bemessungsgrundlage wird für das Kalenderjahr 2001 der Vergütungsbetrag wie folgt berechnet und festgesetzt:

Bemessungsgrundlage nach Abzug des Betrages B vom Betrag A lt. Antrag	2.210,97 €
davon 1/12	184,25 €
abzüglich anteiliger Selbstbehalt (1/12 von 400 €)	- 33,33 €
Vergütungsbetrag	150,92 €

Über die Berufung war daher spruchgemäß abzusprechen.

Innsbruck, am 27. Juni 2012