



## **Berufungsentscheidung**

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., vertreten durch Kommunal Control Stb GmbH., 1040 Wien, Trappelgasse 4, vom 27. September 2012 gegen den Bescheid des Finanzamtes Waldviertel vom 24. September 2012 betreffend Energieabgabenvergütung 2011 entschieden:

Der angefochtene Bescheid wird aufgehoben.

### **Entscheidungsgründe**

Die Berufungswerberin (Bw.) beantragte für das Jahr 2011 die Vergütung von Energieabgaben. Das Finanzamt wies den Antrag mit Bescheid vom 24. September 2012 ab, da nur Betriebe, deren Schwerpunkt nachweislich in der Herstellung körperlicher Wirtschaftsgüter besteht, einen Anspruch auf Vergütung von Energieabgaben haben. Für Dienstleistungsbetriebe sei die Energieabgabenvergütung für Zeiträume nach dem 31. Dezember 2010 ausgeschlossen. Bei der Bw. handle es sich um einen Dienstleistungsbetrieb.

Die Bw. brachte am 27. September 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. in Form einer GmbH. ein Hotel und somit ein Dienstleistungsunternehmen betreibt. Strittig ist allein die Frage, ob ein Dienstleistungsbetrieb im Kalenderjahr 2011 einen Anspruch auf Vergütung von Energieabgaben hat.

Nach § 2 Abs. 1 Energieabgabenvergütungsgesetz (EnAbgVergG) 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 EnAbgVergG](#) in der davor geltenden Fassung BGBl. I 92/2004 bestand ein Anspruch auf Vergütung für alle Betriebe.

Gemäß [§ 4 Abs. 7 EnAbgVergG](#) ist § 2 EnAbgVergG 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.

Der Verwaltungsgerichtshof hat dazu festgestellt, dass für den Monat Jänner 2011 die Genehmigung der Europäischen Kommission nicht vorliegt (VwGH 22.8.2012, [2012/17/0175](#)). Für Jänner 2011 steht daher § 2 Abs. 1 EnAbgVergG in der neuen Fassung nicht in Geltung. Die Energieabgabenvergütung ist mit dem auf den Monat Jänner entfallenden Vergütungsbetrag auch Dienstleistungsbetrieben zu gewähren.

Für den Zeitraum ab Februar 2011 ist hingegen § 2 Abs. 1 EnAbgVergG idF BGBl. I Nr. 111/2010 anzuwenden, wonach Dienstleistungsbetriebe eindeutig keinen Anspruch auf Energieabgabenvergütung haben. Ab diesem Zeitpunkt kann somit für den gegenständlichen Dienstleistungsbetrieb der Bw. keine Vergütung der Energieabgaben zugesprochen werden.

Den verfassungsrechtlichen Bedenken des Bw. ist entgegenzuhalten, dass der Verfassungsgerichtshof nunmehr die Beschwerde eines Hoteliers betreffend Einschränkung der Energieabgabenvergütung auf Produktionsbetriebe als unbegründet abgewiesen hat (VfGH 4.10.2012, [B 321/12](#)). Er hat ausgesprochen, dass eine Verletzung verfassungsgesetzlich gewährleisteter Rechte nicht stattgefunden hat und auch unionsrechtliche Bedenken nicht bestehen.

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*, BAO<sup>4</sup>, § 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. VwGH 26.1.2006, [2004/15/0064](#)).

Da somit die Umwandlung des angefochtenen Abweisungsbescheides in einen Bescheid, mit dem ein Vergütungsbetrag (für Jänner 2011) festgesetzt wird, durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz unzulässig wäre, war der angefochtene Bescheid aufzuheben (vgl. zB UFS 29.6.2012, RV/1438-W/12; UFS 6.8.2012, RV/0397-I/12; UFS 31.7.2012, RV/0352-S/12). Über den Antrag auf Vergütung der Energieabgaben für das Jahr 2011 wird das Finanzamt in der Folge mittels Festsetzungsbescheid abzusprechen haben.

Wien, am 19. November 2012