



## Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw, vom 2. August 2012 gegen den Bescheid des Finanzamtes Salzburg-Stadt vom 17. Juli 2012, StNr., betreffend Energieabgabenvergütung (Kindergarten) entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### Entscheidungsgründe

Mit Formular ENAV 1 beantragte die Bw am 10.07.2012 die Vergütung von Energieabgaben für das Kalenderjahr 2011 in Höhe von € 2.017,09 für den Kindergarten.

Mit Bescheid vom 17.07.2012, StNr., wies die Abgabenbehörde I. Instanz den Antrag ab mit der Begründung, dass für Antragszeiträume nach dem 31.12.2010 eine Energieabgabenvergütung nur noch für Betriebe zulässig ist, deren Schwerpunkt nachweislich in der Herstellung körperlicher Wirtschaftsgüter besteht. Die Bw hat den Antrag für einen Dienstleistungsbetrieb gestellt, für den die Vergütung ab 2011 ausgeschlossen ist.

Mit Berufung vom 31.07.2012, StNr., brachte die Bw vor: *Nach dem Prinzip des Gleichheitsgrundsatzes der Besteuerung sei die Eingrenzung der Vergütung von Energieabgaben auf Betriebe, deren Schwerpunkt nachweislich in der Herstellung körperlicher Wirtschaftsgüter besteht, nicht zulässig.*

Die Abgabenbehörde I. Instanz legte die Berufung ohne Erlassung einer Berufungsvorentscheidung an den Unabhängigen Finanzsenat vor.

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

[§ 2 Abs 1 des EnAbgVergG](#) lautet für Zeiträume ab 1. Januar 2011 wie folgt:

*"Ein Anspruch auf Vergütung besteht nur für Betriebe, deren Schwerpunkt nachweislich in der Herstellung körperlicher Wirtschaftsgüter besteht .....*".

Nach dem Gesetzestext können daher Dienstleistungsbetriebe für Jahre ab 2011 keine Vergütung der Energieabgaben mehr in Anspruch nehmen.

Der Gesetzgeber ist damit neuerlich zur ursprünglichen Regelung zurückgekehrt:

Im EnAbgVergG 1996 waren nur Produktionsbetriebe begünstigt. Nach mehreren Verfahren beim VfGH, VwGH und EuGH (vgl. dazu Keppert, ÖStZ 2003/234; Wagner FJ, 2011, 410 und Arnold, SWK 2004, S 808) wurde die Energieabgabenvergütung neu geregelt, indem man einerseits die Rückzahlung der vergüteten Energieabgaben durch Produktionsbetriebe ausschloss und andererseits ein Rückvergütungssystem für alle Betriebe installierte. Formell wurde die Einführung der Rückvergütung mit der durch VfGH vom 13.12.2001, [B 2251/97](#) geschaffenen Rechtslage begründet.

Der Bw. stützt sich in seiner Berufung darauf, dass verfassungsrechtlich garantierte Rechte durch die Neufassung der Bestimmung zur Vergütung der Energieabgaben verletzt sind. Eine Differenzierung zwischen Produktionsbetrieben und Dienstleistungsbetrieben sei sachlich nicht gerechtfertigt.

Zunächst ist festzuhalten, dass es ausschließlich Sache des VfGH ist, Verletzungen des Verfassungsrechtes festzustellen. Der Unabhängige Finanzsenat hat bestehende Gesetze auch dann anzuwenden, wenn sie möglicherweise (oder tatsächlich) verfassungswidrig sind.

Daran ändert auch der vom Bw zu Recht gerügte Umstand nichts, dass die Erläuternden Bemerkungen die Streichung der Energieabgabenvergütung für Dienstleistungsbetriebe lediglich mit dem Satz "Der Kreis der Anspruchsberechtigten ist zu weit gefasst"- und damit angesichts der auf diese Betriebe entfallenden finanziellen Auswirkungen völlig unzureichend – begründen. Die neue Bestimmung ist vom Unabhängigen Finanzsenat anzuwenden, ungeachtet des Faktums, dass der Gesetzgeber es nicht für notwendig befunden hat, die Abschaffung jahrelang gewährter Vergütungen ausreichend so zu begründen, dass die sachliche Differenzierung für die Betroffenen auch klar erkennbar ist. Der Umstand, dass die Einführung der Vergütung für Dienstleistungsbetriebe ab 2002 offenkundig auch dem Zweck diene, mittels Gleich-

stellung beider Betriebsarten den produzierenden Unternehmen die Rückzahlung der bereits gewährten Vergütungsbeträge für die Jahre 1996 bis 2001 zu ersparen (um nach einer angemessenen Frist wieder den alten Gesetzeszustand für die Dienstleistungsbetriebe herzustellen), führt zu keiner erkennbaren Verfassungswidrigkeit.

Zudem ist ergänzend auf folgende Umstände zu verweisen:

Bereits in den Verfahren VfGH 10.3.1999, [B 2251/97](#) und EuGH 8.11.2001, [C-143/99](#) zur Beihilfefunktion der Energieabgabenvergütung wurde auch die Frage einer gerechtfertigten Zuerkennung der Vergütung (bloß) für Produktionsbetriebe erörtert. Der EuGH ist dabei zu dem Schluss gekommen, dass es weder der Energieverbrauch (Rn 50), noch Erwägungen des Umweltschutzes (Rn 52) rechtfertigen könnten, die Nutzung von Erdgas oder elektrischer Energie durch den Wirtschaftszweig der dienstleistenden Unternehmen anders zu behandeln, als die Nutzung dieser Energien durch den Wirtschaftszweig der gütererzeugenden Unternehmen. Eine solche Vergütung hat daher Beihilfencharakter.

In den diesen Entscheidungen folgenden Zeiträumen wurde zwar die Einschränkung der Rückvergütung von Energieabgaben aus [§ 2 Abs 1 EnAbgVergG](#) entfernt (BGBl I 2002/158) und die Vergütung auch für Dienstleistungsbetriebe zugelassen. In einem weiteren Rechtsgang hat der VfGH mit E vom 12.12.2002, B 1348/02 allerdings folgende Aussagen getroffen:

# Die Regelung (der Energieabgabenvergütung) verfolge das rechtspolitische Ziel, mit der Entlastung der energieintensivsten Unternehmen die Wettbewerbsfähigkeit der (körperliche Wirtschaftsgüter produzierenden) Betriebe zu erhalten.

# Angesichts des mit der Einführung der Energieabgaben in Österreich im Vergleich zur Situation in anderen europäischen Staaten bewirkten Wettbewerbsnachteils für die – körperliche Wirtschaftsgüter produzierenden - Betriebe mit sehr hohem Energieverbrauch, liege die im [§ 2 Abs 1 EnAbgVergG](#) vorgenommene Beschränkung der Energieabgabenvergütung auf Produktionsbetriebe im rechtspolitischen Gestaltungsspielraum des einfachen Bundesgesetzgebers, der auch Härtefälle in Kauf nehmen könne.

# Dienstleistungsbetriebe stünden typischerweise mit in Österreich tätigen Dienstleistungsbetrieben, die ebenso ... belastet seien, in Konkurrenz. Werde hingegen ein österreichischer Dienstleistungsbetrieb im Ausland tätig, so werde er typischerweise auch dort ... Energie beziehen und sei nicht mit der österreichischen Energieabgabe belastet. Sei ein Betrieb an einen Standort (im Inland) gebunden, nehme er nicht im gleichen Maß am Wettbewerb des europäischen Marktes teil, wie Betriebe, die schwerpunktmäßig körperliche Wirtschaftsgüter darstellten.

# Auch aus den Ausführungen des EuGH in der Rs C-143/99 sei für die Frage der Sachlichkeit der Regelung nichts zu gewinnen, weil sich dieser Gerichtshof ausschließlich mit der Frage der Beihilfenqualifikation der sektoralen Regelung des [§ 2 Abs 1 EnAbgVergG](#) beschäftigt habe.

Der VfGH hat damit bereits 2002 deutlich zum Ausdruck gebracht, dass es dem Gesetzgeber grundsätzlich freistehen muss, hinsichtlich der Energieabgabenvergütung zwischen Produktionsbetrieben und Dienstleistungsbetrieben zu unterscheiden, weil erstere idR auch im größeren Wettbewerb mit ausländischen Betrieben stehen. Es sind keine Umstände erkennbar, die eine andersgeartete Beurteilung nahelegen würden.

Univ.-Ass. Dr. Thomas Bieber hat sich in der ÖStZ 2012/89, 60ff im Aufsatz "Ist die Einschränkung der Energieabgabenvergütung auf Produktionsbetriebe durch das BBG 2011 unionsrechts- und verfassungskonform?" ausführlich mit den relevanten Fragestellungen und insbesondere mit der bisherigen Rechtsprechung und Literatur auseinander gesetzt.

Zusammenfassend führt er wörtlich aus:

*"Die Ergebnisse dieses Beitrags lassen sich wie folgt zusammenfassen:*

*§ 2 EAVG ist unionsrechtskonform.*

*# § 2 EAVG steht im Einklang mit Art 17 EnStRL (Kap 2.1.).*

*# § 2 EAVG ist eine Beihilfe nach Art 25 AGVO und für den Zeitraum von 1. 2. 2011 bis 31. 12. 2013 befristet. Aufgrund des dem EAVG inhärenten Vergütungsmechanismus ist davon auszugehen, dass die in Art 25 AGVO vorgegebenen Kriterien erfüllt werden. Da die AGVO auf einer aus Art 109 AEUV ableitbaren VO basiert, scheint sie vom Zugriff durch das Primärrecht immunisiert, sofern die Kommission innerhalb der AGVO keine Ermessensüberschreitung begangen hat (Kap 2.2.).*

*# Die Legitimation der Kommission zur Einführung des Art 25 AGVO ist zweifelhaft (Kap 2.3.).*

*# Sofern 2014 keine neue AGVO erlassen wird, ist § 2 EAVG bei der Kommission anzumelden.*

*§ 2 EAVG ist grundsätzlich verfassungskonform.*

*# Härtefälle können vorliegen, wenn Dienstleistungsbetriebe in gleichem Maß am europäischen Wettbewerb teilnehmen wie Produktionsbetriebe. Bei einem Seilbahnbetrieb liegt eine solche Wettbewerbssituation nicht vor (VfSlg 16771/2002). Einzelne Härtefälle begründen keine Verfassungswidrigkeit der Bestimmung.*

*# Der VfGH zieht als Prüfkriterium die Wettbewerbssituation der betroffenen Betriebe heran. Die verfassungsrechtliche Prüfung könnte um die Frage, ob die Zuschneidung der Energieab-*

---

*gabenvergütung auf Produktionsbetriebe vor dem Hintergrund der Idee einer ökologischen Energiebesteuerung gerechtfertigt ist, erweitert werden."*

Die Berufung war abzuweisen, da es ausschließlich Sache des VfGH ist, Verletzungen des Verfassungsrechtes festzustellen. Der Unabhängige Finanzsenat hat bestehende Gesetze auch dann anzuwenden, wenn sie möglicherweise (oder tatsächlich) verfassungswidrig sind.

Salzburg, am 24. August 2012