



## **Berufungsentscheidung**

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Berufungswerberin, vertreten durch die Rechtsanwaltskanzlei, vom 7. April 1998 gegen den Bescheid des Finanzamtes, vertreten durch Finanzanwalt, vom 31. März 1998 betreffend Energieabgabenvergütung für das Wirtschaftsjahr 12/1995 bis 11/1996 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen. Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### **Entscheidungsgründe**

Die steuerpflichtige Gesellschaft betreibt ein Seilbahnunternehmen. Mit Antrag auf Vergütung von Energieabgaben nach dem Energieabgabenvergütungsgesetz vom 14. Jänner 1998 begehrte die Berufungswerberin für das Wirtschaftsjahr 12/1995 bis 11/1996 einen Vergütungsbeitrag von 64.778,00 S. Mit Bescheid vom 31. März 1998 wies das Finanzamt den Antrag mit der Begründung ab, die Anspruchsberechtigung auf Vergütung im Sinne des § 2 Abs. 1 Energieabgabenvergütungsgesetz sei durch die ausgeübte Tätigkeit der Gesellschaft (kein Schwerpunkt in der Herstellung körperlicher Wirtschaftsgüter) nicht erfüllt.

Dagegen erhob die Abgabepflichtige fristgerecht am 7. April 1998 Berufung und beantragte die erklärungskonforme Festsetzung des Vergütungsbeitrages mit der Begründung, § 2 Abs. 1 des Energieabgabenvergütungsgesetzes, wonach ein Anspruch auf Vergütung nur für Betriebe bestehe, deren Schwerpunkt in der Herstellung körperlicher Wirtschaftsgüter liege, sei verfassungswidrig. Mit Berufungsentscheidung vom 14. Mai 1998 wies die Finanzlandesdirektion für Tirol, GZ.1, die Berufung mit der Begründung ab, der bekämpfte Bescheid entspreche der gesetzlichen Bestimmung; eine Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit der im bekämpften

Abgabenverfahren angewandten Gesetze oder Verordnungen stehe der Finanzlandesdirektion für Tirol nicht zu.

Über Beschwerde der Berufungswerberin hob der Verfassungsgerichtshof mit Erkenntnis vom 13. Dezember 2001, GZ.2, obigen Bescheid der Finanzlandesdirektion für Tirol auf, da die beschwerdeführende Partei durch den angefochtenen Bescheid im verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf Gleichheit aller Staatsbürger vor dem Gesetz verletzt worden sei.

Mit Berufungsvorentscheidung vom 28. Juni 2002 wies das Finanzamt die Berufung vom 7. April 1998 wiederum mit der Begründung ua. ab wie folgt:

*„Mit Urteil vom 8. November 2001 erkannte der EuGH in der Rechtssache C-143/99 über Ersuchen des Verfassungsgerichtshofes um Vorabentscheidung (Beschluss vom 10.3.1999 im Verfahren B 2251/97, 2594/97) wie folgt:*

*„1. Nationale Maßnahmen, die eine teilweise Vergütung von Energieabgaben auf Erdgas und elektrische Energie vorsehen, stellen keine staatlichen Beihilfen iSd Artikels 92 EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 87 EG) dar, wenn sie allen Unternehmen im Inland unabhängig vom Gegenstand ihrer Tätigkeit gewährt werden.*

*2. Nationale Maßnahmen, die eine teilweise Vergütung von Energieabgaben auf Erdgas und elektrische Energie nur für Unternehmen vorsehen, deren Schwerpunkt nachweislich in der Herstellung körperlicher Güter besteht, sind als staatliche Beihilfen im Sinne des Artikels 92 EG-Vertrag anzusehen.“*

*In der Folge hat der Verfassungsgerichtshof mit Erkenntniss(en) vom 13.12.2001, B 1174/98-8, den (die) in Beschwerde gezogene(n) Berufungsentscheidung(en) aufgehoben, da bei Erlassung des (der) angefochtenen Bescheide(s) der Anwendung des § 2 Abs. 1 des Energieabgabenvergütungsgesetzes das unmittelbar anwendbare Verbot des Art. 93 Abs. 3 letzter Satz EG-Vertrag, eine nicht notifizierte Beihilfe durchzuführen, entgegen stand.*

*Mit Schreiben vom 23.5.2002, NN 165/2001, hat die Kommission mitgeteilt, dass § 2 Abs. 1 des Energieabgabenvergütungsgesetzes für den Berufszeitraum nunmehr von der Kommission notifiziert worden ist. Damit ist das Durchführungsverbot des Art. 93 Abs. 3 EG-Vertrag (nunmehr Art. 87 EG) für nicht notifizierte Beihilfen, auf das sich der Verfassungsgerichtshof im bezughabenden Verwaltungsverfahren gestützt hat, im nunmehr fortgesetzten Verfahren nicht mehr anwendbar.“*

Mit Schreiben vom 10. Juli 2002 beantragte die Berufungswerberin fristgerecht die Vorlage der Berufung an die Abgabenbehörde zweiter Instanz und führte hierin ua. ergänzend aus wie folgt:

*„Es handelt sich hier um einen Ersatzbescheid nach dem zu B 1174/98 ergangenen VfGH-Erkenntnis, zugestellt am 9.1.2002.*

*Der Ersatzbescheid hätte kraft ausdrücklicher Anordnung im VfGG ungesäumt ergehen müssen, das Zuwarten bis zu einer Erledigung durch die Europäische Kommission war rechtswidrig. ...*

*Der Umstand, dass nun eine Berufungsvorentscheidung als Ersatzbescheid und nicht eine Entscheidung der seinerzeit bei dem VfGH belangten Behörde ergeht, dient rein der Verschleppung der Erledigung und ist gleichfalls rechtswidrig.*

*Die sachliche Argumentation im angefochtenen Bescheid ist verfehlt.*

*Es trifft nicht zu, dass die (Europäische) Kommission mitgeteilt hat, dass § 2 Abs. 1 des EnAbgVergG für den Berufungszeitraum nunmehr von der Kommission „notifiziert“ worden wäre.*

*Jedenfalls hat die diesbezügliche Behauptung der angefochtenen Berufungsvorentscheidung weder im Bundesgesetzblatt noch im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft einen Niederschlag gefunden.*

*Wenn die Finanzverwaltung dessen ungeachtet nun meint, der § 2 Abs. 1 EnAbgVergG nun durchführen zu dürfen, so ist dem fürs Erste entgegenzuhalten, dass weder eine rückwirkende Notifizierung noch eine rückwirkende Genehmigung vorgesehen ist und zum anderen, dass die Behörde solcherart eine eklatant verfassungswidrige Bestimmung anwendet.*

*Die behauptete Erledigung der Kommission hatte aufgrund der vom BMF und der Industriellenvereinigung getragenen Intervention auch – abgesehen von dem allein in die Kompetenz des VfGH fallenden verfassungsrechtlichen Fragen – gemessen an rechtlichen Maßstäben nicht den Zweck, die Durchführung des verfassungswidrigen Ausschlusses des § 2 Abs. 1 EnAbgVergG zu genehmigen bzw. zu ermöglichen.“*

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

Nach § 1 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Vergütung von Energieabgaben in der im strittigen Zeitraum geltenden Fassung (Energieabgabenvergütungsgesetz – EAVG), Artikel 62 des Strukturanpassungsgesetz 1996, BGBl. 1996/201, sind die Energieabgaben auf Erdgas und elektrische Energie für ein Kalenderjahr (Wirtschaftsjahr) auf Antrag insoweit zu vergüten, als sie (insgesamt) 0,35 % des Unterschiedsbetrages zwischen

1. Umsätzen im Sinne des § 1 Abs. 1 Z 1 und 2 des Umsatzsteuergesetzes 1994 und
2. Umsätzen im Sinne des § 1 Abs. 1 Z 1 und 2 des Umsatzsteuergesetzes 1994, die an das Unternehmen erbracht werden, übersteigen (Nettoproduktionswert). Einen Anspruch auf Vergütung haben nach § 2 Abs. 1 dieses Gesetzes nur Unternehmen, deren Schwerpunkt nach-

weislich in der Herstellung von körperlichen Wirtschaftsgütern besteht. Auf Grund ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung stand somit eine Vergütung (bis zur Novellierung des EAVG mit BGBl. I 2002/58 ab 2002) nur Unternehmen zu, deren Schwerpunkt nachweislich in der Herstellung von körperlichen Wirtschaftsgütern bestand.

Im vorliegenden Fall steht für den Referenten außer Zweifel, dass es sich bei der Berufungswerberin als Seilbahnunternehmen um einen Dienstleistungsbetrieb handelt und diese sohin kein Unternehmen darstellt, deren Schwerpunkt nachweislich in der Herstellung von körperlichen Wirtschaftsgütern besteht. Streitpunkt des gegenständlichen Berufungsfalles ist demnach nicht eine rechtswidrige Anwendung des vorgenannten Bundesgesetzes durch die Abgabenbehörde, sondern der von der Berufungswerberin behauptete Umstand, dass weder eine rückwirkende Notifizierung noch eine rückwirkende Genehmigung vorgesehen sei, und dass die Bestimmung des § 2 Abs. 1 Energieabgabenvergütungsgesetz verfassungswidrig sei.

Mit Urteil vom 8. November 2001 erkannte der EuGH in der Rechtssache C-143/99 über Ersuchen des Verfassungsgerichtshofes um Vorabentscheidung zwar, dass eine teilweise Vergütung von Energieabgaben auf Erdgas und elektrische Energie für Unternehmen, deren Schwerpunkt nachweislich in der Herstellung körperlicher Güter bestehe, als staatliche Beihilfe im Sinne des Artikel 92 EG-Vertrag anzusehen sei. Die Europäische Kommission prüfte diese von Österreich gewährten Beihilfen und hielt unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Falles die Maßnahmen für den Zeitraum 1. Juni 1996 bis 31. Dezember 2001 mit dem Gemeinschaftsrahmen für staatliche Umweltbeihilfen 1994 für vereinbar und stellte mit der Entscheidung vom 22. Mai 2002, C (2002) 1890 fin, über staatliche Beihilfen Nr. NN 165/2001, ABl. (EG) vom 10. Juli 2002, C 164/4 fest, „dass die Beihilfe mit Artikel 87 Absatz 3 lit c des EG-Vertrages und Artikel 4 Buchstabe c des EGKS-Vertrages vereinbar ist“. Die Einschränkung der Vergütung auf Produktionsbetriebe wurde von der EU-Kommission rückwirkend genehmigt.

Der Verwaltungsgerichtshof legte in folge mit Beschluss vom 12. August 2004, Zlen. 2003/17/0001, 0025 und 0058, dem EuGH folgende Fragen zur Vorabentscheidung vor:

*„1. Steht das Durchführungsverbot gemäß Art. 88 Abs. 3 EG auch dann der Anwendung einer innerstaatlichen gesetzlichen Bestimmung entgegen, die Betriebe, deren Schwerpunkt nicht nachweislich in der Herstellung körperlicher Güter besteht, von der Vergütung von Energieabgaben ausschließt und daher als Beihilfe im Sinne des Art. 87 EG zu qualifizieren ist, aber der Kommission vor dem innerstaatlichen Inkrafttreten der Regelung nicht notifiziert wurde, wenn die Kommission gemäß Art. 87 Abs. 3 EG die Vereinbarkeit der Maßnahme mit dem gemeinsamen Markt für einen in der Vergangenheit liegenden Zeitraum festgestellt hat und sich der Erstattungsbeitrag auf für diesen Zeitraum*

zu entrichtende Abgaben bezieht?

2. Bei Bejahung der ersten Frage:

*Erfordert das Durchführungsverbot in einem derartigen Fall die Vergütung auch in jenen Fällen, in denen die Anträge der Dienstleistungsbetriebe nach der Erlassung der Entscheidung der Kommission für Bemessungszeiträume vor diesem Zeitraum gestellt wurden?“*

Mit Urteil vom 5. Oktober 2006, C-368/04, *Transalpine Ölleitung in Österreich GmbH, Planai-Hochwurzen-Bahnen GmbH und Gerlitzen-Kanzelbahn-Touristik GmbH & CoKG*, beurteilte der EuGH diese Fragen wie folgt:

*„Artikel 88 Absatz 3 Satz 3 EG ist dahin auszulegen, dass es Sache der nationalen Gerichte ist, die Rechte des Einzelnen dagegen zu schützen, dass staatliche Stellen das Verbot der Durchführung der Beihilfen vor dem Erlass einer Entscheidung der Kommission der Europäischen Gemeinschaften, mit der diese genehmigt werden, verletzen. Hierbei müssen sie das Gemeinschaftsinteresse voll berücksichtigen und dürfen keine Maßnahme treffen, die lediglich zu einer Ausweitung des Kreises der Beihilfenempfänger führen würde.*

*Da eine Entscheidung der Kommission der Europäischen Gemeinschaften, mit der eine nicht angemeldete Beihilfe für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärt wird, nicht die Heilung der unter Verstoß gegen das Verbot des Artikels 88 Absatz 3 Satz 3 EG ergangenen und deshalb ungültigen Durchführungsmaßnahmen zur Folge hat, ist es unerheblich, ob ein Antrag vor oder nach dem Erlass der Entscheidung, mit der die Beihilfe für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärt wird, gestellt wird, da dieser Antrag die rechtswidrige Situation betrifft, die sich aus der unterbliebenen Anmeldung ergibt“.*

Der Verwaltungsgerichtshof wies in Folge obigen Urteils die anhängigen Beschwerden mit Erkenntnis vom 20. November 2006, Zlen 2006/17/0157-24 und 0158-20, ab, da ein Bescheid, der die Vergütung von Energieabgaben auf Grund des § 2 Abs. 1 des Energieabgabenvergütungsgesetzes in der Stammfassung dieser Gesetzesbestimmung nach dem Strukturanpassungsgesetz, BGBl. Nr. 201/1996, bzw. in ihrer Fassung nach dem Bundesgesetz, BGBl.

Nr. 797/1996 Dienstleistungsunternehmen versagt, deshalb nicht rechtswidrig ist, weil der Anwendung der genannten Gesetzesbestimmung auch unter Berücksichtigung der Entscheidung der Europäischen Kommission vom 22. Mai 2002, C (2002) 1890fin, kundgemacht im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft vom 10. Juli 2002, C 164, Seite 4, der Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts entgegen steht. Damit kann aber auch in den Beschwerdefällen den beschwerdeführenden Parteien, die nach den nationalen Bestimmungen von der Energieabgabenvergütung ausgeschlossen sind, nach dem Gemeinschaftsrecht, das dem

nationalen Recht vorgeht, eine Energieabgabenvergütung nicht gewährt werden, weil dies rechtswidrigerweise zu einer Ausweitung des Kreises der Beihilfenempfänger führen würde.

Auf Grund obiger Ausführungen kann sohin im vorliegenden Fall der Berufungswerberin die begehrte Energieabgabenvergütung im Zeitraum 12/1995 bis 11/1996 nicht gewährt werden, da eine Energieabgabenvergütung an die Berufungswerberin zu einer Verstärkung einer verbotenen Beihilfe führen und gegen Gemeinschaftsrecht verstoßen würde. Das Vorbringen der Berufungswerberin kann sohin der Berufung zu keinem Erfolg verhelfen, zumal auch die behauptete etwaige Rechtswidrigkeit des Ersatzbescheides zum einen vom Referenten nicht erblickt werden kann und zum anderen zwischenzeitlich saniert ist. Der bekämpfte Bescheid erging sohin zu Recht, weshalb die Berufung daher als unbegründet abzuweisen war.

Innsbruck, am 23. Jänner 2007