



## **Berufungsentscheidung**

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Hotel X GmbH & Co KG, Adr., vertreten durch Kommunal Control Stb GmbH, 1040 Wien, Trappelgasse 4, vom 30. März 2012 gegen den Bescheid des Finanzamtes Bruck Eisenstadt Oberwart vom 27. März 2012 betreffend Energieabgabenvergütung 2011 entschieden:

Der angefochtene Bescheid wird aufgehoben.

### **Entscheidungsgründe**

Mit Antrag vom 14. März 2012 begehrte die Berufungswerberin (Bw.) für das Wirtschaftsjahr 11/2010 bis 10/2011 die Vergütung von Energieabgaben in Höhe eines Betrages von 7.337,60 €.

Das Finanzamt wies den Antrag mit Bescheid vom 27. März 2012 ab. In der Begründung wird ausgeführt, dass 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 30. März 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. mit dem Betrieb eines Hotels ein Dienstleistungsunternehmen ist. 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 diese Genehmigung der Europäischen Kommission nicht vorliegt (VwGH 22.8.2012, 2012/17/0175). Für Jänner 2011 ist daher § 2 Abs. 1 EnAbgVergG in der neuen Fassung noch nicht anzuwenden. Darüber hinaus gilt die Einschränkung der Vergütung auf Produktionsbetriebe schon aufgrund der Bestimmung des § 4 Abs. 7 EnAbgVergG keinesfalls für die Monate November und Dezember 2010. Die Energieabgabenvergütung ist mit dem auf die Monate November bis Jänner entfallenden Vergütungsbetrag der Bw. als Dienstleistungsbetrieb 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.

Eine allfällige Unionsrechtswidrigkeit, die von der Bw. allerdings nicht näher begründet wurde, ist für die Berufungsbehörde nicht erkennbar. Den verfassungsrechtlichen Einwendungen der Bw. ist entgegenzuhalten, dass es ausschließlich Sache des Verfassungsgerichtshofes ist,

Verletzungen des Verfassungsrechtes festzustellen. Dem Unabhängigen Finanzsenat kommt eine Normprüfungskompetenz nicht zu. Auf VfGH 12.12.2002, B 1348/02, wird verwiesen.

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 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 Energieabgabe für das Wirtschaftsjahr 11/2010 bis 10/2011 wird das Finanzamt nunmehr mittels Festsetzungsbescheid abzusprechen haben.

Wien, am 15. Oktober 2012