



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufungen der PCB, vertreten durch PTG, vom 23. Dezember 2009 und vom 13. Dezember 2010 gegen die Bescheide des Finanzamtes L vom 15. Dezember 2009 und vom 7. Dezember 2010 betreffend Festsetzung des Vergütungsbetrages nach dem Energieabgabenvergütungsgesetz für 2008 und 2009 entschieden:

Die Berufungen werden als unbegründet abgewiesen.

Die angefochtenen Bescheide werden abgeändert.

Die Energieabgabenvergütung für 2008 wird mit 156.995,07 € (bisher 0,00 €) und für 2009 mit 95.944,99 € (bisher 0,00 €) festgesetzt.

Entscheidungsgründe

1. Bei der Bw. wurde eine Betriebsprüfung (BP) durchgeführt, dabei stellte der Prüfer folgendes fest:

Pkt. 26:

a. Die Bw. betreibe ein Einkaufszentrum. Die von Energieunternehmen der Bw. vorgeschriebenen Energiekosten (Strom bzw. Erdgas inkl. Energieabgaben) würden von dieser zur Gänze in Form von monatlichen Vorschreibungen von Akonto-Zahlungsanforderungen ohne gesonderten Ausweis von Energieabgaben an die Pächter der Geschäftslokale weiterverrechnet und von diesen auch bezahlt.

Fraglich sei, ob die Bw. bei dieser Sachlage einen Anspruch auf eine Energieabgabenvergütung habe.

b. Rechtliche Beurteilung:

Zufolge § 2 Abs 1 EnAbgVergG sei eine Vergütung hinsichtlich der Weiterlieferung der in § 1 Abs 3 genannten Energieträger bzw. der Lieferung von Wärme, die aus den in § 1 Abs 3 genannten Energieträgern erzeugt worden sei, ausgeschlossen. Aus den Erläuternden Bemerkungen zu § 2 Abs 1 und Abs 3 EnAbgVergG idF BGBl I Nr. 158/2002 ergebe sich, dass zur Verhinderung einer mehrfachen Inanspruchnahme für Teile von Betrieben, welche elektrische Energie oder Erdgas bzw aus diesen Energieträgern erzeugte Wärme (Warmwasser oder Dampf) lieferten, die Möglichkeit der Energieabgabenvergütung nicht zugelassen werde.

In diesen Fällen solle der Abnehmer der Energie, wenn er die Voraussetzungen erfülle, die Vergütung geltend machen können. In Pkt 15.3 des Durchführungserlasses zum Elektrizitätsabgabegesetz, zum Erdgasabgabegesetz und zum Energieabgabenvergütungsgesetz, AÖF 83/1997, sei vorgesehen, dass bei Lieferungen von Elektrizität oder Erdgas durch ein Versorgungsunternehmen an einen Konzernteil, der anschließend die jeweilige Energie an andere Konzernteile weiterliefere, der weiterbelieferte Konzernteil dann einen Anspruch auf die Energieabgabenvergütung habe, wenn die entsprechenden Weiterlieferungen nachweisbar seien, die Bezahlung der Energieabgaben nachgewiesen werde und darüberhinaus für die jeweilige Energieabgabe nachweislich keine sonstige Energieabgabenvergütung erfolgen könne.

Diese Vorgangsweise sei beim Vorliegen der soeben genannten Voraussetzungen auch bei Vermietungen für zulässig erachtet worden.

Im Hinblick darauf könne sich zwar ein Vergütungsanspruch für die einzelnen Shops des Einkaufszentrums hinsichtlich der jeweils auf sie entfallenden Energieabgaben ergeben, die Bw. (als Betreiberin des Einkaufszentrums) könne insoweit keine Energieabgabenvergütung beanspruchen (vgl. auch UFS 11.3.2008, RV/1393-L/07).

c. Die BP anerkannte die geltend gemachten Vergütungen für die Jahre 2002 bis 2006 nicht.

2. Mit Bescheiden vom 15. Dezember 2009 und 7. Dezember 2010 wurde auch die beantragte Energieabgabenvergütung (ENAV) für die Jahre 2008 iHv 369.714,47 € und 2009 iHv 339.875,49 mit den von der BP vorgebrachten Argumenten nicht anerkannt.

3. Mit Schreiben vom 23. Dezember 2009 und 13. Dezember 2010 erhob die Bw. Berufung gegen die Bescheide zur Festsetzung des Vergütungsbetrages nach dem EnAbgVergG für 2008 und 2009:

- a. Beantragt werde, die Energieabgaben 2008 entsprechend dem Antrag vom 14. Dezember 2009 und die Energieabgaben 2009 entsprechend dem Antrag vom 1. Dezember 2010 zu vergüten.
- b. Die Bw. (PC KG) betreibe ein Einkaufszentrum und habe für die Jahre 2008 und 2009 hinsichtlich der an sie seitens der Energieversorgungsunternehmen (EVU) gelieferten Energie Anträge auf Vergütung der Energieabgabe nach dem EnAbgVergG gestellt. Die Anträge seien unter Verwendung der amtlichen Formulare und unter Beilage einer genauen Aufstellung über die Ermittlung des Nettoproduktionswertes sowie unter Anführung der der Bw. seitens der EVU in Rechnung gestellten Energieabgaben beim zuständigen Finanzamt eingebracht worden.

Den Anträgen sei mit Bescheiden vom 15. Dezember 2009 und 7. Dezember 2010 nicht stattgegeben worden. Hinsichtlich der Begründung werde auf den für die Jahre 2002 bis 2006 ergangenen BP-Bericht vom 23. Februar 2009 iVm der Niederschrift vom 20. November 2008 verwiesen. Im Rahmen der BP sei die Frage der Energieabgabenrückvergütung 2002 bis 2006 rechtlich so beurteilt worden (Pkt 26 der Niederschrift), dass zwar ein Vergütungsanspruch für die Shops hinsichtlich der auf sie entfallenden Energieabgaben entstehe, nicht aber für die Bw.

c. Zur Nichtanerkennung der Vergütung:

(1) Die Energieabgabengesetze und das Vergütungsgesetz ließen eine klare Systematik erkennen.

- Gegenstand der Besteuerung sei die Lieferung von Energie. Die Vergütung erhalte der Empfänger der Energie, der diese für seinen Betrieb verwende.

- Zur Vermeidung einer Abgabekumulation seien Lieferungen an Energieversorger bzw. Energielieferer nicht steuerbar. Um eine mehrfache Inanspruchnahme der ENAV zu vermeiden, schließe § 2 Abs 1 EnAbgVergG die Vergütungsberechtigung für Betriebe, die Energieträger „lieferten“ aus (das Gesetz spreche von „Lieferung“, nicht von „Weiterlieferung“).

Gegenstand der ENAV könnten daher nur solche Lieferungen sein, die Gegenstand der Besteuerung gewesen seien. Eine solche energiesteuerbare Lieferung liege (auch nach Auffassung der Finanzverwaltung, s. Pkt 1.1.2 des Durchführungserlasses, AÖF 83/1997) nur

seitens der EVU gegenüber der Bw., nicht aber seitens der Bw. gegenüber den Geschäftsraummieter vor. Schon aus diesem Grund sei eine Vergütung seitens der Shops ausgeschlossen.

(2) Die belangte Behörde gehe davon aus, dass das Energieabgabenvergütungsrecht dem Konzept des Umsatzsteuerrechtes, nach dem auch die bloße Weiterverrechnung von Energiekosten als Lieferung gewertet werden könne, folge und es sich bei der Bw. daher um einen Betrieb bzw ein Unternehmen iSd § 2 Abs 1 EnAbgVergG handle, das die in § 1 Abs 3 EnAbgVergG genannten Energieträger liefere. Dies sei aber nicht der Fall.

- Bei der Energiebesteuerung liege anders als im Umsatzsteuerrecht keine Allphasenbesteuerung vor. Abgesehen davon, dass eine solche Regelung nicht vollziehbar wäre (die EVU müssten sich bei jeder Abrechnung informieren, wie und in welchem Ausmaß Energiekosten verrechnet würden), sei sie im Gesetz nicht vorgesehen. Die Steuerbarkeit und (gegengleiche) Nichtsteuerbarkeit von Energielieferungen würde sich nur auf ganz bestimmte Bereiche der Energiewirtschaft beziehen.

- Bei Einführung der Energieabgabengesetze im Rahmen des Strukturanpassungsgesetzes 1996 sei nur die Lieferung an „Elektrizitäts(Erdgas)versorgungsunternehmen“ nicht steuerbar gewesen.

- Mit BGBl I 26/2000 sei die Ausnahme auf Lieferungen an Elektrizitäts(Erdgas)unternehmen iSd § 7 Z 8 EIWOG (§ 6 Z 13 GWG) und an sonstige Wiederverkäufer, soweit die elektrische Energie (das Erdgas) zur Weiterlieferung bestimmt sei, ausgedehnt worden. Wie aus den EB hervorgehe, stehe diese Änderung im Zusammenhang mit der auf Basis der diesbezüglichen EU-Richtlinien erfolgten Liberalisierung des Energiemarktes. Die Neuformulierung solle gewährleisten, dass nicht nur die Lieferung an ein anderes Elektrizitätsunternehmen, sondern auch die Lieferung an Elektrizitätshändler nicht der Elektrizitätsabgabe unterliegen würde, soweit diese elektrische Energie zur gewerblichen Weiterveräußerung beziehen und weiterveräußern würden. Als solche „Stromhändler“ seien nach § 7 Z 37 EIWOG aber nur natürliche oder juristische Personen oder Personengesellschaften einzustufen, welche die Elektrizität in Gewinnabsicht verkaufen und die Auflagen der §§ 43 ff EIWOG beachten würden.

Das Einkaufszentrum (Bw.) sei eindeutig kein Wiederverkäufer iSd § 1 Abs 1 Z 1 EIAbgG bzw § 1 Abs 1 Z 1 ErdgAbgG, der Strom oder Erdgas (weiter)liefere. Die Energielieferungen der EVU an die Bw. seien weder nach der ursprünglichen noch nach der aktuellen Rechtslage von der Energiesteuerbarkeit ausgenommen. Die Auffassung, dass die Bw. aufgrund der Verrechnung an die Mieter Energielieferant iSd EIAbgG oder des ErdgAbgG sei, würde zu einer

verfassungswidrigen Kumulierung der Energieabgaben führen. Der Begriff „liefern“ in § 2 Abs 1 EnAbgVergG müsse sich mit dem Lieferbegriff bei der Definition der steuerbaren Vorgänge in § 1 Abs 1 Z 1 EAbgG bzw § 1 Abs 1 Z 1 EnAbgVergG decken. Die Bw. sei daher kein Unternehmen das Energieträger liefere.

Die belangte Behörde und das BMF unterstellten, dass die Bw. die an sie gelieferte Energie, die sie direkt oder indirekt an die eingemieteten Betriebe weiterverrechne, nicht für eigene betriebliche Zwecke verwende, sondern „weiterliefere“. Eine Auseinandersetzung mit der Frage wer „Liefernder“ sei, bleibe die Behörde schuldig. Wenn die Bw. aber nicht liefernder Betrieb sei, widerspreche die Versagung der Vergütung dem Gesetzeswortlaut.

(3) Gesetzesmaterialien und Erlässe würden fordern, dass es zu keiner mehrfachen Inanspruchnahme der ENAV kommen dürfe. Dies sei im vorliegenden Fall aus rechtlicher und tatsächlicher Sicht ausgeschlossen, da die Mieter keine Empfänger steuerbarer Energielieferungen seien und ihnen die auf die verbrauchte Energiemenge entfallenden Energieabgaben nicht mitgeteilt würden.

(4) Es liege eine gewerbliche Vermietung und Verpachtung von Geschäftsräumlichkeiten im Rahmen eines einheitlichen Betriebes iSd Einkommensteuerrechtes vor. Bei einer gewerblichen Vermietung begründe nicht jedes einzelne vermietete Objekt einen eigenen Betrieb. Im Rahmen des einheitlichen Betriebes der Bw. ergänzten sich die Angebote der einzelnen Mieter, es würden gemeinsame Marketingaktivitäten betrieben und den Kunden und Mietern gemeinsame Einrichtungen (Parkplätze, allgemeine Flächen, Kinderspielplätze, Sanitäranlagen) zur Verfügung gestellt.

Die Weiterverrechnung der Energiekosten stelle daher einen Kostenbestandteil im Rahmen der Kalkulation des Entgelts für die Leistung der gewerblichen Vermietung durch die Bw. dar. Folge man der Auffassung des bundesweiten Fachsenates, wäre jede Weiterbelastung von Energiekosten im Rahmen der Preiskalkulation von (Dienstleistungs)Unternehmen als Lieferung von Energie anzusehen. Dies widerspreche aber dem EnAbgVergG. Es dürfe auch darauf verwiesen werden, dass anderen gewerblichen Vermietern die ENAV seit der Ausdehnung der Vergütungsmöglichkeit auf Dienstleistungsunternehmen sehr wohl seit Jahren „anstandslos“ gewährt werde.

Die Behörde sei in der Folge auch hinsichtlich der Weiterverrechnung der Energie, die auf die oben erwähnten allgemeinen Flächen entfalle, von einer Energielieferung ausgegangen. Jene Energie, die anfalle, um Mietern und Kunden beleuchtete Gänge und Parkhäuser, fahrende Rolltreppen und Aufzüge, Klimaanlage und eine Heizung etc iSd des Gesamtkonzeptes des Einkaufszentrums zur Verfügung zu stellen, werde unzweifelhaft für eigene betriebliche

Zwecke der Bw. verbraucht. Sie müsse daher jedenfalls zu einem Anspruch der Bw. auf Vergütung der Energieabgaben führen (vgl auch UFS vom 11.3.2008, RV1393-L/07).

(5) Das EnAbgVergG sei geschaffen worden, um für Unternehmen mit typischerweise hohem Energieverbrauch eine Deckelung der Energieabgaben herbeizuführen. Unternehmen mit hohen steuerbaren Vorleistungen und niedrigem Nettoproduktionswert (NPW) sollten einen größeren Teil der Energieabgaben zurückerhalten, als solche mit geringen Vorleistungen. Die Bw. tätige hohe Investitionen ins Anlagevermögen, sie solle daher geringer mit Energieabgaben belastet werden. Diese Zielsetzung könne nur erreicht werden, wenn man am NPW des die Vorleistung in Anspruch nehmenden Unternehmens anknüpfe. Da den Shops Investitionen nur im Wege der Abschreibung in Rechnung gestellt würden, könnten sie die ihnen letztlich zukommenden Vorleistungen gar nicht der Zielsetzung des EnAbgVergG entsprechend geltend machen. Durch die vollständige Weitergabe der durch die Bw. geltend gemachten ENAV an die einzelnen Shops sei auch gewährleistet, dass die Vergütung letztlich ausschließlich den Shops als energieabgabenverbrauchende Unternehmen zugute komme.

(6) Die in den Art 11 und 17 der Energiebesteuerungsrichtlinie dargestellten Möglichkeiten seien in Österreich im Rahmen des EnAbgVergG umgesetzt worden, wobei eine Deckelung nach Maßgabe des in der Richtlinie beschriebenen Mehrwertes erfolge. Daraus ergebe sich in keiner Weise, dass eine Vergütung für den gewerblichen Betrieb der Bw. gegen diese Richtlinie verstoßen würde. Die von den EVU an die Bw. gelieferte Energie werde an das Dienstleistungsunternehmen Einkaufszentrum für betriebliche Zwecke geliefert und verbraucht. Da die Bw. aufgrund der hohen Investitionskosten hohe mehrwertsteuerbare Leistungen zugekauft habe, die den NPW iSd des EnAbgVergG (also den Mehrwert iSd Richtlinie) senken würden, ergebe sich regelungskonform eine entsprechende Vergütung von Energieabgaben.

4. In einer Stellungnahme vom 14. August 2009 legte die Bw. als Ergänzung zur Berufung ein Gutachten über die Frage der Berechtigung zur Geltendmachung der ENAV für gewerbliche Vermieter bei.

5. Mit Schreiben vom 5. Januar 2010 und 12. Januar 2011 wurde die Berufung betreffend Festsetzung der Energieabgabenvergütung für 2008 und 2009 dem Unabhängigen Finanzsenat zur Entscheidung vorgelegt.

Mit Mail vom 19. April 2011 übermittelte die Betriebsprüfung eine Aufstellung der Energieabgaben getrennt in "allgemeine" und "individuelle" Kostenbereiche. Für das Jahr 2008 ergab sich dabei ein Betrag von 170.157,64 € für den Bereich "Energieabgabe für allg. Strom" und von 212.719,40 € für den Bereich "Energieabgabe für Shops". Für das Jahr 2009 ergab

sich ein Betrag von 139.205,04 € für den Bereich "Energieabgabe für allg. Strom" und von 243.930,53 € für den Bereich "Energieabgabe für Shops".

6. Folgende Unterlagen und Aussagen sind in die rechtliche Würdigung miteinzubeziehen:

a. Stellungnahme des BMF vom 12. Januar 2009 zur Frage der Vergütung von Energieabgaben bei Einkaufszentren mit Bezug auf die Betriebsprüfung der Jahre 2002 bis 2006 (Auszug).

(1) Auf der ersten Seite der Ausführungen werde dargelegt, dass die Stellungnahme des bundesweiten Fachbereiches zum Thema „Weiterlieferung von Energie“ bei Einkaufszentren der Rechtslage und den Intentionen des Gesetzgebers widersprechen würde. Dieser Behauptung könne seitens des BMF nicht gefolgt werden. Die Argumentation des Fachbereiches scheine sowohl gesetzeskonform als auch innerhalb des Interpretationsspielraumes, der zur Erreichung der ratio legis erforderlich sei.

(2) Ziel der ENAV sei es, jenen energieintensiven betrieblichen „Letztverbrauchern“ der Energie, die die Energie für ihre betriebliche Tätigkeit benötigten, vor einer überhöhten Kostenbelastung iSv Art 17 der Energiesteuerrichtlinie zu schützen. Umgekehrt sei es aber auch Ziel des Gesetzes, dass Energie, die nicht für energieintensive Betriebe verwendet werde, nicht unter die ENAV falle.

(3) Es könne nicht geleugnet werden, dass die Interpretation des bundesweiten Fachbereiches großzügig sei, aber genau der Zielsetzung des Gesetzes entspreche.

Die Lieferung von Energie an die Betriebsgesellschaft des Einkaufszentrums durch den Energieversorger sei insoweit Gegenstand der ENAV, als sie für eigene betriebliche Zwecke der Betriebsgesellschaft verwendet werde. Soweit die Energie hingegen „weitergeliefert“ werde, dh von eingemieteten Betrieben verbraucht werde, habe das Einkaufszentrum keinesfalls Anspruch auf ENAV.

(4) Grundlage der Vergütung sei der NPW des Betriebes. Es sei evident, dass der NPW der Betriebsgesellschaft des Einkaufszentrums keineswegs geeignet sei, eine ENAV für die Summe der eingemieteten Betriebe in korrekter Höhe zu berechnen. Die einzelnen NPW der einzelnen eingemieteten Betriebe seien selbstverständlich vollkommen unabhängig vom NPW der Betriebsgesellschaft. Das Einkaufszentrum könne nicht einen Antrag auf ENAV für Energie stellen, die sie nicht für eigene betriebliche Zwecke verwende.

(5) Auch die Argumentationskette der Steuerberatung könne nicht darüber hinwegtäuschen, dass

- die an das Einkaufszentrum gelieferte Energie von anderen, nämlich von den eingemieteten Betrieben verwendet werde, das Einkaufszentrum für diese Energie keinesfalls einen Anspruch auf ENAV habe und

- als zugrundeliegender NPW nicht die Summe der NPW der einzelnen Betriebe plus des Einkaufszentrums herangezogen werde, sondern nur der NPW der Betriebsgesellschaft des Einkaufszentrums. Das widerspreche klar dem Gesetzeswortlaut, führe zu einem völlig falschen Ergebnis und widerspreche auch der Energiesteuerrichtlinie.

(6) Folge man der Argumentation der Steuerberatung, so wäre ohne Schwierigkeiten eine Optimierung der ENAV möglich, wobei auch der private Energieverbrauch in die ENAV fallen könnte, wenn ein gewerblicher Vermieter an private Haushalte Energie weiterleite. Dass eine solche Vorgangsweise sowohl dem Ziel des Gesetzes als auch dem Gesetzeswortlaut widerspreche, brauche nicht weiter erörtert zu werden.

(7) Zusammenfassend könne festgestellt werden, dass Anspruch auf ENAV nur der Betrieb habe, der die Energie für betriebliche Zwecke endgültig brauche und verbrauche, sodass ein Einkaufszentrum, das Energie liefert bekomme und an die eingemieteten Betriebe weiterleite und weiterverrechne, für diesen Teil der an das Einkaufszentrum gelieferten Energie keinen Anspruch auf ENAV habe. Hingegen habe der einzelne Betrieb, an den die Energie weitergeleitet und weiterverrechnet werde, bei Vorliegen der Voraussetzungen bezüglich des NPW und der Mindestbesteuerung nach der Energiebesteuerungsrichtlinie Anspruch auf ENAV für die in seinem Betrieb verbrauchte Energie.

b. Mail vom 13. Januar 2009 betreffend Anfrage des Prüfers an das BMF wie die Stellungnahme des BMF zu verstehen ist (Auszug):

Der BP sei noch nicht ganz klar, für welche Fälle die Bw. eine ENAV bekomme. Im Einkaufszentrum gebe es zwei Möglichkeiten, wie Energie verbraucht oder verrechnet werde

- als direkter Stromverbrauch der Shops. Es erfolge eine Aufzeichnung durch Zähler und eine Weiterverrechnung der Bw. an die Mieter. Für diese Energieabgaben gebe es keine ENAV (wie auch in der Stellungnahme angeführt)

- als indirekter Energieverbrauch der Shops. Hier handle es sich um die allgemeinen Flächen (Mall, Parkhaus, Rolltreppen, Außenbeleuchtung). Für diese Bereiche würden die Energieverbräuche ermittelt und wie bei den sonstigen Betriebskosten über einen m²-Schlüssel an die Mieter weiterverrechnet. Auch in diesem Fall könne die Bw. alle Kosten an den Mieter weiterverrechnen. Bestehe für diese Kosten ein Vergütungsanspruch?

c. Aktenvermerk zum Telefonat mit dem BMF vom 15. Januar 2009:

In beiden Fällen habe die Bw. keine Möglichkeit, sich die Energieabgaben rückvergüten zu lassen, weil diese Kosten an die Mieter weiterverrechnet worden seien. Nur der jeweilige Shop-Betreiber habe die Möglichkeit der ENAV. Es bestünde nur für jene Energieabgaben eine Möglichkeit der Rückvergütung, die letztendlich bei der Bw. hängen bleiben würden. Da im gegenständlichen Fall aber 100% der Kosten weiterverrechnet würden, habe die Bw. keinen Anspruch auf Vergütung.

d. Gutachten vom 14. August 2009 zum Anspruch auf ENAV für Bestandgeber (Auszug bzw Zusammenfassung). Dem Gutachten eines Instituts für Finanzrecht sind folgende Aussagen zu entnehmen:

(1) Die Bw. betreibe ein Einkaufszentrum (EKZ), vermiete Verkaufsflächen an Shops und stelle die nötige Infrastruktur bereit. Sie habe für das gesamte Einkaufszentrum (für Allgemeinflächen und vermietete Verkaufsflächen) einen Stromliefervertrag mit einem EVU. Die Energiekosten und Energieabgaben stelle man der Bw. in Rechnung. Die Energiekosten (Stromkosten inklusive Energieabgaben) verrechne die Bw. an die Pächter der Shops weiter und diese würden auch bezahlt. Die Weiterverrechnung erfolge zu Selbstkosten ohne Gewinnaufschlag. Die allgemeinen Stromkosten (Gänge, Toiletten, Klimaanlage, Parkplätze) verteile man anhand eines Schlüssels auf die Shops, die individuellen Stromkosten (der Shops) würden dem tatsächlichen Verbrauch entsprechend berechnet. Die Bw. habe Vergütungsanträge für die gesamte gelieferte Energie gestellt. Die Vergütung für die individuellen Kosten sei den Shops gutgeschrieben worden.

Nach Ansicht der BP – gestützt auf eine Auskunft des BMF – habe das EKZ bezüglich sämtlicher Energieabgaben (Vergütung für den allgemeinen und den individuellen Teil) keinen Anspruch. Für den allgemeinen (eigenen) Teil nicht, weil dieser an die Shops verrechnet worden und für den individuellen Teil nicht, weil diese Energie nicht für eigene betriebliche Zwecke verwendet worden sei.

(2) Eine Person, die tatsächlich bezogene Energie nicht verbräuche, sondern dem tatsächlichen Verbraucher verrechne, sei trotzdem als Verbraucher zu qualifizieren, ausgenommen sie sei ein Elektrizitätsunternehmen oder ein Wiederverkäufer iSd § 1 Abs 1 Z 1 ElAbgG.

Umgekehrt schließe § 2 Abs 1 EnAbgVergG die Vergütung für Betriebe aus, die Energie lieferten. Damit würden Elektrizitätsunternehmen und Wiederverkäufer vom Vergütungsanspruch ausgeschlossen.

Nur vermögensverwaltende Tätigkeiten seien von der Vergütungsberechtigung ausgeschlossen, gehe die Tätigkeit über eine reine Vermögensverwaltung hinaus, begründe sie einen vergütungsberechtigten Betrieb.

(3) **§ 2 Abs 1 EnAbgVergG sei "energieabgabenrechtlich" auszulegen**, die Weiterverrechnung von Energie an den energieverbrauchenden Bestandgeber sei **keine Lieferung iSd EIAbgG**.

Verfassungsrechtlich sei als Lieferung nach § 2 Abs 1 EnAbgVergG nur ein Vorgang zu verstehen, bei dem **gesetzlich ein offener Ausweis der weiterverrechneten Energieabgaben vorgesehen sei**. Bei der Weiterverrechnung an Bestandgeber sei kein offener Ausweis vorgesehen. Der tatsächliche Verbraucher würde mangels Kenntnis der Abgabenbelastung in aller Regel nicht in der Lage sein, seinen Vergütungsanspruch durchzusetzen.

(4) Das EKZ sei **kein Wiederverkäufer, weil sie Energie nicht mit Gewinnabsicht verkaufe**. Bei der Auslegung des Begriffes "Sonstiger Wiederverkäufer", der im Gesetz nicht definiert sei, müsse auf die Gesetzesmaterialien zurückgegriffen werden. Unter diesem Begriff seien nur gewerbliche Stromhändler zu verstehen, nämlich solche die Elektrizität in Gewinnabsicht verkaufen würden. Davon gebe es in Österreich derzeit nur sieben.

(5) Abgabenschuldner der Elektrizitätsabgabe sei der Lieferer und nicht der Verbraucher, der Steuerträger sei und die weiterverrechnete Abgabe ersetzen müsse. Mehrfachbelastungen dürften nach der Gesetzeskonzeption nicht eintreten. Verbraucher iSd Elektrizitätsabgabe sei aber jeder Empfänger elektrischer Energie, der nicht Elektrizitätsunternehmen oder sonstiger Wiederverkäufer sei. Die Weiterverrechnung durch den Empfänger einer mit Energieabgabe belasteten Energielieferung sei aber nicht nochmals mit Elektrizitätsabgabe zu belasten. **Im Fall der Weiterverrechnung einer Person, die nicht Elektrizitätsunternehmen oder sonstiger Wiederverkäufer sei, müsse diese Person als Verbraucher iSd EIAbgG gelten, auch wenn sie die Energie tatsächlich nicht verbrauche (fiktiver Verbraucher).**

Umgekehrt seien nach der neuen Rechtslage Elektrizitätsunternehmen und Wiederverkäufer gemäß § 2 Abs 1 EnAbgVergG vom Vergütungsanspruch ausgeschlossen.

(6) **Dem Lieferbegriff des § 2 Abs 1 EnAbgVergG sei kein umsatzsteuerliches Lieferverständnis zugrunde zu legen. Die Vergütungsberechtigung knüpfe an die Betriebseigenschaft an und nicht an die Unternehmensqualifikation**. Der Lieferbegriff des EnAbgVergG sei vielmehr im Sinne des Lieferbegriffes auszulegen, der sich aus dem

EIAbgG ergebe. Ein belasteter Abnehmer liefere nicht Energie iSd EIAbgG und daher auch nicht iSd § 2 Abs 1 EnAbgVergG.

(7) Dass der NPW des EKZ nicht der Nettoproduktionswert jenes Betriebes sei, der die Energie tatsächlich verwende, könne den obigen Ausführungen nicht entgegengehalten werden. **Der NPW sei nur ein grober Maßstab, um die Energieintensität von Unternehmen zu ermitteln.** Bei der Weiterverrechnung von Energie sei daher nicht der NPW dessen maßgeblich, an den verrechnet werde, sondern der NPW desjenigen, der weiterverrechne.

Über die Berufung wurde erwogen:

1. Strittig ist, ob die Bw. Anspruch auf die Rückvergütung von Energieabgaben hat, die ihr in ihrer Funktion als EKZ von den EVU vorgeschrieben werden.

Während die Bw. die Rechtsansicht vertritt, ihr stünden nicht nur Vergütungen jener Energieabgaben zu, die das EKZ selbst (den allgemeinen Teil) betreffen, sondern auch jener Abgaben, die für den von den Shops verbrauchten Strom anfallen, gingen die BP im Prüfungsverfahren und die Finanzverwaltung in der Folge davon aus, dass dem EKZ überhaupt keine Vergütung zustehe.

2. Die Vergütung der Elektrizitätsabgabe ist in [§ 2 Energieabgabenvergütungsgesetz](#) geregelt:

Nach [§ 2 Abs 1 EnAbgVergG](#) besteht ein Anspruch auf Vergütung für alle Betriebe, soweit sie nicht die in § 1 Abs 3 genannten Energieträger liefern oder Wärme (Dampf oder Warmwasser) liefern, die aus den in § 1 Abs 3 genannten Energieträgern erzeugt wurde.

Nach [§ 2 Abs 2 EnAbgVergG](#) wird über Antrag des Vergütungsberechtigten je Kalenderjahr der Betrag vergütet, der den in § 1 genannten Anteil am Nettoproduktionswert übersteigt. Der Antrag hat die im Betrieb verbrauchte Menge an den in § 1 Abs 3 genannten Energieträgern zu enthalten.

3. Die Vergütung der auf den allgemeinen Teil entfallenden Energieabgabe wird mit dem Argument abgelehnt, die Bw. habe infolge der Weiterverrechnung der Kosten an die Shops ihren Anspruch verloren.

a. Nach dem Wortlaut des Gesetzes sind Ansprüche auf Vergütung für den einzelnen Betrieb nur insoweit ausgeschlossen, als dieser elektrische Energie "liefert". Der Begriff der Lieferung ist im EnAbgVergG nicht umschrieben. In der Entscheidung des VwGH vom 11.12.2009, [2006/17/0118](#) wird klargestellt, dass sich das EnAbgVergG im Wesentlichen der Terminologie des UStG bedient. Aus diesem Grund obliegt auch nach § 2 Abs 4 EnAbgVergG die Vergütung dem für die Erhebung der Umsatzsteuer zuständigen Finanzamt. Der Begriff der Lieferung ist

demnach (wie in den folgenden Absätzen noch weiter ausgeführt wird) im Sinne des UStG auszulegen und bedeutet die Verschaffung der Verfügungsmacht über einen Gegenstand (diesfalls der Elektrizität). Verfügungsmacht weist derjenige auf, der über Nutzung und Verbrauch der Sache bestimmen kann.

b. Das EKZ übt – unbestritten – eine betriebliche Tätigkeit aus, die über eine Vermögensverwaltung hinausgeht. Sie kauft Strom bei EVU ein und verwendet diesen Strom für den Betrieb des EKZ. Das EKZ ist verfügungsberechtigt über diesen Stromanteil und verbraucht ihn für den betrieblichen Bereich des EKZ.

c. Damit ist aber für diesen Teilbereich nur das EKZ vergütungsberechtigt. In der (bloßen) Kostenverrechnung, die nicht mit einer Übertragung des Stroms an die Shops und einem Verbrauch in den Shops einhergeht, kann keine Lieferung verbunden sein. Der Betrieb der EKZ-Einrichtungen ist nur Teil der betrieblichen Leistung des EKZ und nicht Teil einer Lieferung an die Shops.

Das EKZ kann für den allgemeinen Teil im Ausmaß der Energieabgabe iHv 170.157,64 € für das Jahr 2008 und iHv 139.205,04 € für das Jahr 2009 einen Vergütungsantrag stellen.

4. Damit verbleibt eine Untersuchung der Vergütung des auf die Shops entfallenden Vergütungsanteils:

a. Die Finanzverwaltung hat die Vergütung dieser Energieabgaben beim EKZ aufgrund der "Weiterlieferung" und "Weiterverrechnung" abgelehnt. Die Bw. geht – insbesondere aufgrund des vorliegenden Gutachtens – davon aus, dass eine Lieferung des EKZ an die Shops nicht gegeben ist, weil der Begriff "Lieferung" auf das Elektrizitätsabgabengesetz abstellt und dort auf die "Elektrizitätsunternehmen" und "sonstige Wiederkäufer" in § 1 Abs 1 Z 1 ElAbgG. Laut den Ausführungen in den EB zum BBG 2000 seien aber unter "sonstigen Wiederverkäufern" (als Elektrizitätsunternehmen kommt das EKZ nicht in Betracht) nur "gewerbliche Stromhändler" zu verstehen und somit solche, die Elektrizität in Gewinnabsicht verkaufen würden.

b. Festzuhalten ist, dass auch von der Finanzverwaltung nicht bezweifelt wird, dass das EKZ eine gewerbliche Vermietung betreibt und keine reine Vermögensverwaltung darstellt. Das EKZ ist daher (siehe auch vorangehend zu den allgemeinen Kosten) vergütungsfähig. Ein Anspruch auf Vergütung besteht allerdings dann nicht, **wenn "der Betrieb die in § 1 Abs 3 EnAbgVergG genannten Energieträger liefert oder Wärme liefert, die aus den in § 1 Abs 3 genannten Energieträgern erzeugt wurde"**. Diese in § 2 Abs 1 EnAbgVergG enthaltenen Begriffe sind auszulegen.

c. Zunächst ergibt die Gegenüberstellungen jener Bestimmungen, die von der Bw. als Einheit gesehen werden, nämlich von § 1 Abs 1 Z 1 EIAbgG und § 2 Abs 1 EnAbgVergG, dass diese sich schon sprachlich unterscheiden. Während nach § 1 Abs 1 Z 1 EIAbgG die Lieferung elektrischer Energie besteuert wird, **ausgenommen an Elektrizitätsunternehmen im Sinne des § 7 Z 8 EIWOG und an sonstige Wiederverkäufer, soweit die elektrische Energie zur Weiterlieferung bestimmt ist**, besteht nach § 2 Abs 1 EnAbgVergG ein Anspruch auf Vergütung für alle Betriebe, **soweit sie nicht die in § 1 Abs 3 genannten Energieträger liefern oder Wärme (Dampf oder Warmwasser) liefern, die aus den in § 1 Abs 3 genannten Energieträgern erzeugt wurde**.

Wäre die eine Bestimmung lediglich das Pendant der anderen, hätte es nicht einer völlig unterschiedlichen Terminologie in den beiden Bestimmungen bedurft. Vielmehr weist schon die unterschiedliche Wortwahl darauf hin, dass hier auch unterschiedliche Sachverhalte – einmal die Elektrizitätsabgabe und einmal die Energieabgabenvergütung – geregelt werden sollten.

§ 1 Abs 1 Z 1 EIAbgG spricht im übrigen von **"Weiterlieferung"**, § 2 Abs 1 EnAbgVergG von **"liefern"**. Auch dies deutet auf die hier erfassten unterschiedlichen Vorgänge hin.

Elektrizitätsunternehmen und Wiederverkäufer unterliegen dem Regime des EIWOG, das letztlich dazu dient, unter der Aufsicht der Energie-Control Österreichische Gesellschaft für die Regulierung in der Elektrizitäts- und Erdgaswirtschaft mbH den Wettbewerb unter den Energielieferanten zu fördern. Die Intentionen des § 1 Abs 1 Z 1 EIAbgG (mit der Verbindung zum EIWOG) sind daher völlig andere, als die in § 2 Abs 1 EnAbgVergG enthaltenen Absichten des Gesetzgebers.

Dem Wortlaut des § 2 Abs 1 EnAbgVergG ist daher zunächst nicht zu entnehmen, dass nur die in § 1 Abs 1 Z 1 EIAbgG angeführten Unternehmen vom Ausschluss der Vergütung erfasst werden (sollen).

d. Auch die Auslegung der Bestimmung führt nicht zu dem von der Bw. vorgebrachten Ergebnis.

Das von der Bw. vorgelegte Gutachten stammt vom 14. August 2009. Zu diesem Zeitpunkt ging der Großteil der Lehre noch vom ertragsteuerlichen Betriebsbegriff in § 2 EnAbgVergG aus. **Nach VwGH 11.12.2009, [2006/17/0118](#) ist jedoch der umsatzsteuerliche Betriebsbegriff zugrunde zu legen.** Gemäß dieser Entscheidung bedient sich das EnAbgVergG im Wesentlichen der Terminologie des UStG. Die Entscheidung verweist beispielsweise auf **§ 1 Abs 1 und § 1 Abs 3 EnAbgVergG**. Aus diesem Grund obliegt auch nach **§ 2 Abs 4 EnAbgVergG** die Vergütung dem für die Erhebung der Umsatzsteuer

zuständigen Finanzamt. Verwiesen wird weiters auf **§ 2 Abs 1 EnAbgVergG** und den dort verwendeten **Begriff des "Betriebes", der dem UStG keineswegs fremd sei**. In der Zusammenfassung des VwGH-Erkenntnisses heißt es, dass "**weder nach dem EnAbgVergG, das auf den umsatzsteuerlichen Betriebsbegriff abstellt**, noch den gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen auf das Ergebnis der Tätigkeit des Vergütungsberechtigten abzustellen ist". Für den Unabhängigen Finanzsenat hat der VwGH damit aber klargestellt, dass das gesamte EnAbgVergG auf umsatzsteuerrechtlichen Begriffen beruht. Einer weiteren Differenzierung dergestalt, dass in derselben Bestimmung (§ 2 Abs 1) neben der umsatzsteuerrechtlichen Begrifflichkeit gleichzeitig eine "energieabgabenrechtliche Auslegung" vorgenommen werden müsste, bedarf es nicht.

Damit ist aber auch der Begriff der "Lieferung" nach dem Umsatzsteuerrecht auszulegen. Nach dem UStG sind Lieferungen Leistungen, durch die ein Unternehmer den Abnehmer befähigt, im eigenen Namen über einen Gegenstand zu verfügen (§ 3 Abs 1 UStG). Entscheidend ist dabei auch noch, dass unionsrechtlich ein Unternehmen vorliegt, egal zu welchem Zweck und mit welchem Ergebnis die wirtschaftliche Tätigkeit ausgeübt wird. Daher kann auch ein Liebhabereibetrieb (zB eine von der Stadt beherrschte GmbH, die für den Bereich der Bäder zuständig ist) eine Vergütung beantragen, obwohl dieser nicht auf Gewinn ausgerichtet ist (VwGH 11.12.2009, [2006/17/0118](#)).

Der Unabhängige Finanzsenat geht davon aus, dass das Gutachten im Zeitpunkt der Erstellung die drei Monate später ergangene Rspr noch nicht berücksichtigen konnte. Für die Auslegung des § 2 EnAbgVergG ist somit das Umsatzsteuergesetz und dessen "Lieferbegriff" maßgeblich. Eines gewerblichen Händlers mit Gewinnabsicht bedarf es nach der VwGH-Rspr und nach dem Unionsrecht nicht, um eine "Lieferung" zustandezubringen (sodass selbst Liebhabereibetriebe die Vergütung erhalten können). Ergänzend ist anzufügen, dass der NPW aus der Differenz zwischen ausgeführten Umsätzen und Vorleistungen zu berechnen ist und das EKZ eine nicht gerechtfertigte Vergütung erhalten würde, könnte es Umsätze aus einem umsatzsteuerrechtlich gelieferten und nicht im Betrieb verwendeten Energieträger in seine Vergütung miteinrechnen.

Damit ist das EKZ als "Lieferant" iSd EnabgVergG (und des UStG) für den in den Shops verbrauchten Stromanteil anzusehen.

e. Diese Auslegung deckt sich auch mit den weiteren Ausführungen im EnAbgVergG. Nach § 2 EnAbgVergG wird der Betrag vergütet, der den in § 1 EnAbgVergG genannten Anteil am NPW übersteigt. Der Antrag hat **die im Betrieb verbrauchte Menge ... an den ... Energieträgern** ... zu enthalten. Nach § 3 EnAbgVergG besteht auch dann kein Anspruch, wenn ... die Energieträger zur Erzeugung von Wärme ... verwendet werden, **ausgenommen**

unmittelbar für betriebliche Zwecke. Damit wird nach Ansicht des Unabhängigen Finanzsenates aber klargestellt, dass der Anspruch auf Vergütung **davon abhängt, dass der die Vergütung beantragende Betrieb Energie im Betrieb verbraucht und zwar (unmittelbar) für betriebliche Zwecke.**

Wenn die Bw. – gestützt auf das Gutachten – demgegenüber das EKZ

mit Verweis auf

- eine Person, die nicht als Elektrizitätsunternehmen oder Wiederverkäufer zu qualifizieren ist und

- als Verbraucher iSd des EIAbgG gilt,

als "fiktiven Verbraucher" ansieht, so bleibt dies reine Fiktion, die vom EnAbgVergG nicht gedeckt ist. Dieses spricht vom **Verbrauch im Betrieb zu betrieblichen Zwecken**. Der Betrieb der Bw. besteht darin, ein EKZ zu vermieten und entsprechende Zusatzleistungen anzubieten. Jene Stromanteile, die den Shops verrechnet werden, können weder als im "Betrieb" des EKZ verbraucht angesehen werden, noch erfolgt eine Nutzung dieses Stroms für dessen betriebliche Zwecke. Der Verbrauch des Stroms erfolgt unbezweifelbar in den Betrieben der Shops, denn der Strom wird direkt von den Shops entnommen und verwendet. Gerade weil das EKZ mit Elektrizitätsabgabe belastet ist, kann dieser Strom nur vom EKZ (und nicht von den EVU) an die Shops (umsatzsteuerrechtlich) geliefert worden sein. Die Shops sind dabei weder Elektrizitätsunternehmen noch Wiederverkäufer, sodass in diesem Punkt auch kein Widerspruch zum Verbraucherbegriff des EIAbgG besteht.

Vergütungsberechtigt ist damit der die Energie verwendende Betrieb, wovon auch das Gutachten (Punkt 3.7) grundsätzlich ausgeht. Damit kann aber schon von der grundsätzlichen Intention des EnAbgVergG her die Vergütung der von den Shops verbrauchten Energie dem EKZ nicht zugewendet werden.

Dieses Ergebnis deckt sich auch mit der bisherigen Rspr des UFS zu dieser Frage (zB UFS RV/0694-I/08 vom 1.7.2011, UFS RV/0206-G/10 vom 10.2.2011; UFS RV/1393-L/07 vom 11.3.2008).

5. Aus den vorangehend geschilderten Umständen ergibt sich, dass die Vergütung beim EKZ nur den allgemeinen Teil erfassen kann, also jenen Stromanteil, der auf den Betrieb des EKZ selbst entfällt. Der Unabhängige Finanzsenat folgt weder der Rechtsansicht, wonach das EKZ als "fiktiver Verbraucher" anzusehen ist, noch jener, wonach als "Lieferanten" nach dem EnAbgVergG lediglich Elektrizitätsunternehmen oder Wiederverkäufer in Frage kommen. Die Vergütungsberechtigung der Shops (für ihren Stromanteil) ergibt sich aus der Lieferung

einerseits und der Verrechnung andererseits. Denn eine genaue Verrechnung der Energieabgabe erfolgt seitens des EKZ an die Shops, sodass die Ausführungen des Gutachtens diesbezüglich völlig ins Leere gehen. Der Unterschied zur Verrechnung des allgemeinen Stromanteils besteht darin, dass bei Letzterem keine Stromlieferung an die Shops erfolgt und nur eine Kostenverrechnung stattfindet, die – entgegen der Darstellung des BMF – die Vergütungsberechtigung des EKZ nicht beeinträchtigen kann.

6. Die Vergütung ist im gegenständlichen Fall wie folgt zu berechnen:

Vergütung 2008:

Energieabgabe für den allgemeinen Teil 170.157,64 €, abzüglich NPW 12.762,57 € und Selbstbehalt 400,00 € = Vergütung 156.995,07 €.

Vergütung 2009:

Energieabgabe für den allgemeinen Teil 139.205,04 €, abzüglich NPW 42.860,05 € und Selbstbehalt 400,00 € = Vergütung 95.944,99 €.

Die Berufung war aus den bezeichneten Gründen abzuweisen, die Vergütungsbeträge waren abzuändern.

Beilage: 1 Anonymisierungsblatt

Linz, am 2. August 2011