

## BESCHLUSS

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Außenstellenleiter Ri über den Antrag des Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwältin, vom 5. Oktober 2022 betreffend Ablehnung der Einzelrichterin \*\*\*1\*\*\* wegen Befangenheit (§ 268 der Bundesabgabenordnung) beschlossen:

- I. Der Antrag vom 5. Oktober 2022 wird als unbegründet abgewiesen.
- II. Gegen verfahrensleitende Beschlüsse ist eine abgesonderte Revision an den Verwaltungsgerichtshof oder Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht zulässig.

## Entscheidungsgründe

### Bisheriger Verfahrensgang vor dem Bundesfinanzgericht

Die beschwerdeführende Partei brachte beim Bundesfinanzgericht mit Anbringen vom 16.12.2020 eine **Säumenisbeschwerde** ein und behauptete die Verletzung der Entscheidungspflicht durch das Finanzamt \*\*\*7\*\*\* in der Erledigung einer **Berufung vom 14.10.2011**.

Die Säumnisbeschwerde vom 16.12.2020 wurde nach der Geschäftsveteilung des Bundesfinanzgerichtes 2020 der Gerichtsabteilung \*\*\*10\*\*\* (Einzelrichterin, \*\*\*1\*\*\*) zugeteilt.

Mit **Beschluss des Bundesfinanzgerichtes vom 01.02.2021** wurde durch die Einzelrichterin, \*\*\*1\*\*\*, die Beschwerde der beschwerdeführenden Partei wegen behaupteter Verletzung der Entscheidungspflicht des Finanzamtes \*\*\*7\*\*\* betreffend die Berufung/Beschwerde vom 20.10.2011 gegen die Bescheide des Finanzamtes \*\*\*7\*\*\* vom 21.09.2011 betreffend

Wiederaufnahme des Verfahrens 2007 bis 2009, Einkommensteuer 2007 bis 2009, Anspruchszinsen 2007 bis 2009 und Umsatzsteuer 2009 zu \*\*\*BF1StNr1\*\*\* gemäß § 260 Abs. 1 lit. a BAO als nicht zulässig zurückgewiesen. Im Beschluss wurde ausgeführt:

*„Nach Ansicht der RichterIn war die Säumnisbeschwerde demnach schon deshalb zurückzuweisen, da am 27.1.2021 keine Säumnis des Finanzamtes \*\*\*7\*\*\* vorliegen konnte, da dieses Finanzamt seit 1.1.2021 nicht mehr existiert. (Das Finanzamt Österreich und das Finanzamt für Großbetriebe treten für ihren jeweiligen Zuständigkeitsbereich am 1. Jänner 2021 an die Stelle des jeweils am 31. Dezember 2020 zuständig gewesenen Finanzamtes.) Eine Entscheidungspflicht des Finanzamtes \*\*\*7\*\*\* kann ab 1.1.2021 nicht mehr bestehen und daher auch nicht geltend gemacht werden.*

....

*Eine allfällige Säumigkeit des Finanzamtes Österreich kann zum Zeitpunkt der Einbringung beim Bundesfinanzgericht am 27.1.2021 ebenfalls noch nicht gegeben sein, da die Entscheidungspflicht des Finanzamtes Österreich nicht vor dem 1.1.2021 entstanden sein kann.*

*Diesbezüglich darf ebenso auf die oben zitierte Entscheidung des VwGH verwiesen werden, in der im Zuge der Errichtung des Bundesfinanzgerichtes am 1.1.2014 angeführt wurde, dass die Entscheidungspflicht des Bundesfinanzgerichtes erst zu diesem Zeitpunkt beginne und daher eine Verletzung der Entscheidungspflicht vor Ablauf von sechs Monaten nicht vorliegen könne. (VwGH 29.04.2014, Fr 2014/16/0001)*

*Die Säumnisbeschwerde war auch aus diesem Grund als unzulässig (verfrüht) zurückzuweisen.“*

Dagegen wurde am 25.02.2021 eine **außerordentliche Revision erhoben**, welche am 26.02.2021 beim Bundesfinanzgericht einging.

Im dazu ergangenen **Erkenntnis vom 25.05.2022, Ra 2021/15/0035** hat der **Verwaltungsgerichtshof** den angefochtenen Beschluss wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Die Entscheidungsgründe dafür lauteten wie folgt:

*„Dem Revisionswerber, einem Rechtsanwalt, waren am 23.09.2011 Bescheide des Finanzamtes X betreffend Umsatzsteuer 2009, Einkommensteuer 2007 bis 2009 und Anspruchszinsen zugestellt worden.*

*In seiner mit 16.12.2020 datierten Säumnisbeschwerde brachte der Revisionswerber vor, er habe gegen die Bescheide vom 23.09.2011 am 14.10.2011 Berufung erhoben und diese am 19.10.2011 per Post an das Finanzamt geschickt. Am 20.10.2011 sei die Berufung auch per E-Mail an das Finanzamt übermittelt worden. Das Finanzamt X habe noch nicht über die Berufung*

*entschieden. Es werde daher beantragt, dass das Bundesfinanzgericht betreffend die Berufung (nunmehr Beschwerde) vom 14.10.2011 dem Finanzamt ein Vorgehen gemäß § 284 BAO auftrage oder selber in der Sache entscheide.*

*Die Säumnisbeschwerde wurde am 16.12.2020 beim Finanzamt X eingebracht. Sie wurde sodann am 27.01.2021 vom Finanzamt Österreich an das Bundesfinanzgericht weitergeleitet.*

*Mit dem angefochtenen Beschluss wies das Bundesfinanzgericht die Säumnisbeschwerde gemäß § 260 Abs. 1 lit. a BAO als nicht zulässig zurück und führte nach teilweiser Wiedergabe des § 323b BAO aus, fraglich sei, ob im Jänner 2021 noch eine Säumnis des Finanzamts X gegeben sein könne.*

*Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes führe die Bezeichnung einer Behörde, welche die Entscheidungspflicht nicht treffe, deren Verletzung mit der Säumnisbeschwerde geltend gemacht werde, zur Zurückweisung der Säumnisbeschwerde (Hinweis auf VwGH 21.10.2010, 2010/16/0208; 21.9.2009, 2009/16/0174, 23.10.2008, 2008/16/0116; und 19.9.2007, 2007/13/0074).*

*Das Finanzamt Österreich und das Finanzamt für Großbetriebe seien am 1. Jänner 2021 für ihren jeweiligen Zuständigkeitsbereich an die Stelle der bis zum 31. Dezember 2020 zuständig gewesenen Finanzämter getreten. Das Finanzamt X existiere seit diesem Zeitpunkt nicht mehr. Daher könne auch keine Entscheidungspflicht dieses Finanzamtes mehr bestehen und geltend gemacht werden. Schon deswegen sei nach Ansicht des Bundesfinanzgerichts die Säumnisbeschwerde zurückzuweisen.*

*Eine allfällige Säumnis des Finanzamtes Österreich habe bei Einbringung der Säumnisbeschwerde beim Bundesfinanzgericht (27. Jänner 2021) ebenfalls noch nicht bestanden, weil das Finanzamt Österreich erst mit 1. Jänner 2021 zur Entscheidung über die Beschwerde zuständig geworden sei (Hinweis auf VwGH 29. April 2014, Fr 2014/16/0001).*

*Gegen diesen Beschluss richtet sich die vorliegende außerordentliche Revision, in der zu ihrer Zulässigkeit ausgeführt wurde, die vom Bundesfinanzgericht zur Begründung zitierte Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes sei im Revisionsfall nicht anwendbar. Es liege auch keine Judikatur zur Frage vor, wie die Änderung der Behördenbezeichnung während eines anhängigen Verfahrens zu behandeln seien.*

*Das Finanzamt hat keine Revisionsbeantwortung erstattet.*

*Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:*

*Die Revision ist zulässig und begründet.*

*Gemäß § 323 Abs. 37 BAO traten u.a. die §§ 243 bis 291 BAO, jeweils in der Fassung des Finanzverwaltungsgerichtsbarkeitsgesetz 2012 (FVwGG 2012), BGBl. I Nr. 14/2013, mit 1. Jänner 2014 in Kraft und sind auch auf alle an diesem Tag unerledigten Berufungen (und Devolutionsanträge) anzuwenden.*

*Über Bescheidbeschwerden, die weder zurückzuweisen noch für gegenstandslos zu erklären sind, ist gemäß § 262 BAO nach Durchführung der etwa noch erforderlichen Ermittlungen von der Abgabenbehörde, die den angefochtenen Bescheid erlassen hat, mit als Beschwerdevorentscheidung zu bezeichnendem Bescheid abzusprechen, wobei die Erlassung einer Beschwerdevorentscheidung unter bestimmten in § 262 BAO konkret angeführten Bedingungen zu unterbleiben hat und die Bescheidbeschwerde in diesen Fällen unverzüglich dem Verwaltungsgerichtshof vorzulegen ist.*

*Gemäß § 284 BAO kann die Partei wegen Verletzung der Entscheidungspflicht Beschwerde (Säumnisbeschwerde) beim Verwaltungsgericht erheben, wenn ihr Bescheide der Abgabenbehörde nicht innerhalb von sechs Monaten nach Einlangen der Anbringen oder nach dem Eintritt zur Verpflichtung zu ihrer amtswegeigen Erlassung bekanntgegeben (§ 97) werden.*

*Der mit dem 2. Finanz-Organisationsreformgesetz (2. FORG), BGBl. I Nr. 99/2020, eingeführte § 323b BAO, lautet auszugsweise:*

*„Übergangsbestimmungen im Zusammenhang mit der Finanz-Organisationsreform 2020*

*§ 323b. (1) Das Finanzamt Österreich und das Finanzamt für Großbetriebe treten für ihren jeweiligen Zuständigkeitsbereich am 1. Jänner 2021 an die Stelle des jeweils am 31. Dezember 2020 zuständig gewesenen Finanzamtes. [...].*

*(2) Die am 31. Dezember 2020 bei einem Finanzamt [...] anhängigen Verfahren werden von der jeweils am 1. Jänner 2021 zuständigen Abgabenbehörde in dem zu diesem Zeitpunkt befindlichen Verfahrensstand fortgeführt. [...]*

*(6) Bis 31. Dezember 2021 können Anbringen, für deren Behandlung entweder das Finanzamt Österreich, das Finanzamt für Großbetriebe oder das Amt für Betrugsbekämpfung zuständig ist, auch unter Verwendung der Bezeichnung der Finanzämter gemäß § 4 der Verordnung des Bundesministers für Finanzen zur Durchführung des Abgabenverwaltungsorganisationsgesetzes 2010 (AVOG 2010 – DV), BGBl. II Nr. 165/2010, in der Fassung der Verordnung BGBl. II Nr. 375/2016, sowie unter der Verwendung der zum 31. Dezember 2020 kundgemachten Anschriften der Finanzämter wirksam eingebracht werden. [...].“*

*Im angefochtenen Beschluss wird der Standpunkt vertreten, es liege keine Säumnis vor, weil das Finanzamt X zum Zeitpunkt des Einlangens der Säumnisbeschwerde beim Bundesfinanzgericht für die Erledigung bzw. Weiterleitung des im Oktober 2011 eingebrachten Rechtsmittels*

*mangels Existenz nicht mehr zuständig gewesen sei und das Finanzamt Österreich erst am 1. Jänner 2021 für die Erledigung bzw. Weiterleitung zuständig geworden sei.*

*Diese Begründung trägt die mit dem angefochtenen Beschluss erfolgte Zurückweisung der Säumnisbeschwerde nicht.*

*Soweit die Zurückweisung der Säumnisbeschwerde damit begründet wird, dass deshalb keine Säumnis vorliege, weil das Finanzamt X im Zeitpunkt des Einlangens der Säumnisbeschwerde nicht mehr existiert habe, ist ihr folgendes zu entgegnen:*

*Das Finanzamt Österreich ist aufgrund der Finanz-Organisationsreform 2020 mit 1. Jänner 2021 an die Stelle des Finanzamtes X getreten, das bis dahin für die Erledigung eines Rechtsmittels des Revisionswerbers zuständig war. Der mit dem 2. FORG eingeführte § 323b Abs. 2 BAO sieht in diesem Zusammenhang vor, dass die am 31. Dezember 2020 bei einem Finanzamt oder Zollamt anhängigen Verfahren von der jeweils am 1. Jänner 2021 zuständigen Abgabenbehörde in dem zu diesem Zeitpunkt befindlichen Verfahrensstand fortgeführt werden. Die in § 284 Abs. 1 BAO normierte sechsmonatige Frist für die Erledigung des in Rede stehenden Rechtsmittels war der Sachverhaltsdarstellung in der Säumnisbeschwerde zufolge, welcher das Bundesfinanzgericht nicht entgegen tritt, am 31. Dezember 2020 bereits abgelaufen. Das Finanzamt Österreich wäre demnach in ein Beschwerdeverfahren eingetreten, dass sich im Stadium der Säumnis befand.*

*Die Säumnisbeschwerde vom 16. Dezember 2020 weist als belangte Behörde das damals noch bestehende Finanzamt X aus und wurde am 16. Dezember 2020 bei diesem Finanzamt eingebracht. Sie wurde am 27. Jänner 2021 vom Finanzamt Österreich an das Bundesfinanzgericht weitergeleitet.*

*Säumnisbeschwerden im Sinne des § 284 BAO sind beim Verwaltungsgericht einzubringen; beim Finanzamt eingebrachte Säumnisbeschwerden sind dem Verwaltungsgericht weiterzuleiten (vgl. Fischerlehner/Brennsteiner, Abgabenverfahren I<sup>3</sup>, § 284 Rz 8).*

*Die in § 323b Abs. 6 BAO enthaltene Übergangsbestimmung sieht vor, dass Anbringen, für deren Behandlung das Finanzamt Österreich zuständig ist, bis zum 31. Dezember 2021 auch unter Verwendung der Bezeichnung Finanzämter gemäß § 4 der Verordnung des Bundesministers für Finanzen zur Durchführung des Abgabenverwaltungsorganisationsgesetzes 2010 (AVOG 2010 – DV), BGBl. II Nr. 165/2010, in der Fassung der Verordnung BGBl. II Nr. 375/2016, sowie unter Verwendung der zum 31. Dezember 2020 kundgemachten Anschriften der Finanzämter wirksam eingebracht werden können. Vor diesem Hintergrund erachtet es der Verwaltungsgerichtshof auch nicht als schädlich, wenn bei Säumnisbeschwerden, die innerhalb des durch § 323b Abs. 6 BAO vorgegebenen Zeitraumes beim Bundesfinanzgericht eingebracht oder an dieses weitergeleitet wurden, noch ein bis zum 31. Dezember 2020 bestandenes Finanzamt als säumige Abgabenbehörde (§ 285 Abs. 1 lit. a BAO) genannt wird.*

*Der angefochtene Beschluss erweist daher als mit Rechtswidrigkeit seines Inhaltes belastet, weshalb er gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG aufzuheben war.*

*Für das fortzusetzende Verfahren sei auf Folgendes hingewiesen: Aus dem vorgelegten Verwaltungsakt ergeben sich Hinweise, dass über die mit 16. Dezember 2020 datierte Beschwerde des Revisionswerbers bereits dahingehend entschieden worden ist, dass sie als verspätet zurückgewiesen worden ist. Sollte eine solche Erledigung ergangen sein, wären die Voraussetzungen des § 284 Abs. 1 BAO (Verletzung der Entscheidungspflicht) nicht (mehr) gegeben.*

*Die Kostenentscheidung stützt sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2014.*

*Das Mehrbegehren betreffend Schriftsatzaufwand war abzuweisen, weil nach § 48 Abs. 1 Z 2 VwGG nur der Ersatz des Aufwandes gebührt, der für den Revisionswerber als obsiegende Partei mit der Einbringung der Revision durch einen Rechtsanwalt (Steuerberater oder Wirtschaftsprüfer) verbunden war. Ersatz für Schriftsatzaufwand kommt daher dann nicht in Betracht, wenn ein Rechtsanwalt – wie im Revisionsfall – in eigener Sache einschreitet.“*

Für das fortzusetzende Verfahren ist nach der Geschäftsverteilung 2022 des Bundesfinanzgerichtes, Punkt 3.3.2. die Gerichtsabteilung \*\*\*10\*\*\* (Einzelrichterin \*\*\*1\*\*\*) zuständig.

Im fortgesetzten Verfahren wurde mit **Beschluss des Bundesfinanzgerichts vom 28.06.2022** durch die Einzelrichterin \*\*\*1\*\*\* dem Finanzamt Österreich gemäß § 284 Abs. 2 BAO aufgetragen, bis spätestens 24. September 2022 die versäumte Entscheidung zu erlassen und eine Abschrift dieser Entscheidung (samt Zustellnachweis) vorzulegen oder anzugeben, warum eine Verletzung der Entscheidungspflicht nicht oder nicht mehr vorliegt.

In der **Stellungnahme vom 01.09.2022** teilte die belangte Behörde mit, „dass eine Verletzung der Entscheidungspflicht nicht vorliegt, da beim Finanzamt keine mit 14.10.2011 datierte Berufung rechtzeitig auf dem Postweg eingebracht worden ist. Stattdessen wurde lediglich am 20.10.2011 eine Berufung per Email und am 2.9.2012 auf dem Postweg eingebracht. Mit Email vom 10.08.2012 wurde der Steuerberater des Beschwerdeführers darauf hingewiesen, dass die Einbringung einer Berufung per Email nicht zulässig ist. Gleichzeitig wurde er gebeten bekanntzugeben, ob und wann eine Berufung per Fax oder auf dem Postweg eingebracht wurde.

Mit Email vom 06.09.2012 wurde der Steuerberater des Beschwerdeführers informiert, dass eine auf dem Postweg ordnungsgemäß eingebrachte Berufung dem Finanzamt nicht vorliegt. Weiters wurde ersucht, einen Nachweis über die Zusendung der Berufung vorzulegen.

*Mit Schreiben vom 2.10.2012 wurde eine Seite des Postausgangsbuches des Steuerberaters und ein Beleg der Österreichischen Post AG vom 12.10.2011 vorgelegt. Der Auszug des Postausgangsbuches zeigt am 19.10.2011 einen Vermerk „FA \*\*\*9\*\*\* \*\*\*4\*\*\*, \*\*\*2\*\*\* Fragebogen etc.“.*

*Dazu hat der Sachbearbeiter in einem Aktenvermerk vom 8.10.2012 festgehalten, dass sich im Akt der \*\*\*3\*\*\* keine Berufung des Herrn \*\*\*6\*\*\* befindet.*

*In der Beschwerdevorentscheidung vom 25.03.2016 wurde diesbezüglich festgehalten: „Da es schlicht unmöglich ist, dass dem Finanzamt ein Schriftstück zugestellt wird, das andere, welches sich im selben Kuvert befunden haben soll, aber nicht, muss davon ausgegangen werden, dass Ihre Berufung dem Finanzamt nicht auf dem Postweg zugestellt worden ist.“ Festgehalten wird, dass beim Finanzamt im Oktober 2011 keine Berufung gegen die laut Beschwerdeführer am 23.9.2011 zugestellten Bescheide eingelangt ist.*

*In der Säumnisbeschwerde wird zum Beweis der Rechtzeitigkeit der postalischen Übermittlung der Berufung auf das Postausgangsbuch verwiesen.*

*In diesem Zusammenhang wird auf die ständige Rechtsprechung des VwGH verwiesen, nach der die Beförderung einer Sendung durch die Post auf Gefahr des Absenders erfolgt. Die Beweislast für das Einlangen des Schriftstückes bei der Behörde trifft den Absender. Der Beweis der Postaufgabe reicht dafür nicht aus (vgl. VwGH 2008/13/0149 vom 6.7.2011).*

*Nachdem eine Berufung nicht rechtzeitig bzw. nicht in zulässiger Form eingebracht worden ist, liegt eine Verletzung der Entscheidungspflicht nicht vor. Als Beweis dafür werden der Emailverkehr mit dem Steuerberater, der Aktenvermerk vom 8.10.2012 sowie die Beschwerdevorentscheidung vom 25.03.2016 vorgelegt.“*

**Mit Beschluss des Bundesfinanzgerichts vom 05.09.2022** wurde durch die Einzelrichterin, \*\*\*1\*\*\* die Stellungnahme der belangten Behörde und die übermittelten Unterlagen der beschwerdeführenden Partei zur Stellungnahme übermittelt.

In der Begründung wurde ausgeführt:

*„Die beschwerdeführende Partei hat gemäß § 284 Abs. 1 BAO Beschwerde wegen Verletzung der Entscheidungspflicht durch die belangte Behörde betreffend Beschwerde vom 19.10.2011 erhoben.*

*Die belangte Behörde wurde mit Beschluss vom 28. Juni 2022 aufgefordert, den säumigen Bescheid zu erlassen oder anzugeben, warum keine Säumnis vorliegt.*

*Mit Schreiben vom 1. September 2022 wurde angeführt, dass keine Berufung/Beschwerde in Schriftform eingelangt ist und eine Eingabe per Mail unzulässig ist.*

*Folgende Unterlagen wurden dazu übermittelt:*

- Aktenvermerk vom 8.10.2012
- BVE vom 25. März 2016
- Emailverkehr mit Steuerberater
- Stellungnahme der Amtspartei vom 1. September 2022

*Die Richterin beabsichtigt aufgrund der bisher vorliegenden Unterlagen, die Säumnisbeschwerde zurückzuweisen.*

*Bitte nehmen Sie dazu innerhalb oben angeführter Frist Stellung.“*

### **Antragsvorbringen**

In der **Stellungnahme vom 5.10.2022** führte die beschwerdeführende Partei aus:

*„In umseitiger Finanzsache wurde mir durch das Bundesfinanzgericht mit Beschluss vom 05.09.2022 die Stellungnahme der belangten Behörde samt Unterlagen übermittelt.*

*Nach Eingang derselben am 08.09.2022 wird durch meine, unter Berufung auf die erteilte Vollmacht einschreitende, Rechtsvertreterin dazu erstattet fristgerecht nachstehende Stellungnahme*

*1. Die Verhandlungsrichterin \*\*\*1\*\*\* wird als befangen abgelehnt.*

*a) Begründet wird dies damit, dass bereits nach einseitiger Aktenvorlage, und zwar noch vor Äußerung des Beschwerdeführers im Beschluss vom 05.09.2022 ausdrücklich angeführt ist, „die Richterin beabsichtigt aufgrund der bisher vorliegenden Unterlagen die Säumnisbeschwerde zurückzuweisen“.*

*Damit wird ausdrücklich dem Objektivierungsgebot und der freien Beweiswürdigung widersprochen und dieses insofern verletzt, da die Verhandlungsrichterin bereits aufgrund des einseitigen Vorbringens der belangten Behörde ein vorgreifendes Urteil zu fällen beabsichtigt.*

*Begründet wird dies auch damit, dass Eingangs des Beschlusses vom 05.09.2022 eine Beschwerde vom 23.09.2011 gegen den Bescheid des Finanzamtes Österreich vom 21.09.2011 angeführt ist, der nicht bekannt ist.*

*Offen ist bis heute eine Entscheidung, womit über die nachweisbar mit der Post zugestellte Berufung geurteilt wird, nicht jedoch, ob eine Säumigkeit vorliegt.*



*b) Zur weiteren Begründung wird darauf verwiesen, dass allein schon aufgrund der eklatanten Fehlentscheidung durch Beschluss vom 01.02.2021 zur Organisation der Finanzämter Bedenken gegen eine objektive Beurteilung bestehen.*

*2. In der Sache selbst wird wie bereits in der Säumnisbeschwerde vom 16.12.2020 ausgeführt, nochmals wiederholt, dass die Berufung vom 14.10.2011 mit Post am 19.10.2011 beim zuständigen Finanzamt eingebracht worden ist.*

*Als Beweis wurden dazu das Postausgangsbuch des Steuerberaters mit entsprechender Bezeichnung des Inhaltes als Berufung mit meiner Mandantennummer und Fragebogen eines anderen Klienten vorgelegt, dem auch die Zahlungsbestätigungen beigelegt waren. Die dem Beschluss vom 05.09.2022 beigelegte Beschwerdeentscheidung vom 25.03.2016 betrifft lediglich eine Entscheidung womit über die via E-Mail eingebrachte Berufung unter Anführung einer Beschwerde vom 23.04.2015 gegen einen Bescheid vom 26.03.2015 und die zurückweisende Berufung, welche nochmals auf dem Postweg am 02.09.2012 eingebracht wurde, entschieden worden ist.*

*Damit wurde bislang immer noch nicht über die Berufung vom 14.10.2011 entschieden, welche mit der Post am 19.10.2011 - sohin fristgerecht - eingebracht worden ist.*

*Soweit in dieser Beschwerdeentscheidung angeführt ist, dass kein Zusammenhang zwischen dem Zahlungsbeleg der Post zum 12.10.2011 und einem Eintrag im Postausgangsbuch vom 19.10.2011 besteht, so ist dies unrichtig.*

*Im Postbuch wird eindeutig die Berufung titulierte, die Zahlungsbelege der Post werden übereinander nach Arbeitsanfall fixiert, sodass der oberste Beleg nicht unbedingt der letzte sein und auch nicht unbedingt zusammenstimmen muss.*

*Sogar der Preis ist handschriftlich mit EUR 1,45 angeführt, woraus sich ebenfalls der Nachweis auch der beigelegten Berufung ergibt.*

*Bei einer Einsicht in das Original anlässlich der beantragten Zeugeneinvernahme des Steuerberaters wäre dies deutlich erkennbar gewesen.*

*Somit ist jedenfalls im Zweifel davon auszugehen, dass das Rechtsmittel rechtzeitig eingebracht worden ist, da auch der Fragebogen ankam. Wenn nach erfolglosen Erhebungen nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Partei das Rechtsmittel rechtzeitig bei der Post aufgegeben hat, darf es nicht wegen Verspätung zurückgewiesen werden (OGH 28.01.2016, 1 Ob 248/15z).*

*Nach dieser Entscheidung hat daher die Behörde den Beweis zu erbringen, dass die Berufung nicht übermittelt und somit nicht fristgerecht eingelangt ist.*

*Allein eine Behauptung ohne jeden Beweis, wonach eine schlichte Unmöglichkeit vorliege, reicht dazu nicht aus, wobei die Höchstgerichte darauf auch entsprechend Bedacht genommen haben.*

*Allfällige unaufklärbare Fehler sind der Behörde zuzurechnen: Demgegenüber steht der Nachweis der Einbringung sogar noch mit der ausgewiesenen Zahlung.*

*Das Ankommen des Briefes ist ebenso nachgewiesen, da der Fragebogen eingelangt ist. Jedenfalls muss sich die Behörde die rechtzeitige Zustellung anrechnen lassen, zumal es nicht ausreicht, einfach zu behaupten im bezüglichen Kuvert wäre ein weiteres Dokument nicht mehr enthalten gewesen, wenn auf dem Postausgangsbuch ausdrücklich darauf hingewiesen wird.*

*Fehler in der behördlichen Bearbeitung sind jedenfalls dem Beschwerdeführer nicht anzulasten.*

*Des Weiteren habe ich zum Nachweis meines Vorbringens die Einvernahme des Steuerberaters beantragt, welcher noch nicht einvernommen worden ist. Die wird schon jetzt als Mangelhaftigkeit geltend gemacht.*

*Beweis: 2 Seiten des Postausgangsbuches mit Zahlungsbestätigungen (verkleinert) und 1 Seite des Postausgangsbuches mit handschriftlichem Preis, Zeuge Steuerberater \*\*\*5\*\*\*, Adresse bekannt, zum Beweis der fristgerechten Übermittlung der Berufung vom 14.11.2011 im Kuvert an das Finanzamt \*\*\*8\*\*\* am 19.11.2011*

*Beantragt wird daher über die fristgerecht am 19.10.2011 via Post eingebrachte Berufung vom 14.10.2011 zu entscheiden.“*

### **Das Bundesfinanzgericht hat dazu erwogen**

Nach § 268 Abs. 1 der Bundesabgabenordnung (BAO) steht den Parteien das Recht zu, den Einzelrichter oder ein Mitglied des Senates mit der Begründung abzulehnen, dass einer der im § 76 Abs. 1 BAO aufgezählten Befangenheitsgründe vorliegt.

Gemäß § 268 Abs. 2 BAO steht den Parteien das Recht zu, den Einzelrichter oder ein Mitglied des Senates abzulehnen, wenn anzunehmen ist, dass die Bekanntgabe der zu erörternden Tatsachen an diese Person die Wettbewerbsfähigkeit der Partei (§ 78) gefährden könnte.

Abgabenverfahren fallen nicht in den Anwendungsbereich des Art 6 EMRK. Dem nationalen Gesetzgeber ist es jedoch unbenommen, die Anwendbarkeit der Grundsätze des Art 6 EMRK auszudehnen. Bereits mit dem AbgRmRefG, durch welches auch das Ablehnungsrecht eingeführt wurde, wollte der nationale Gesetzgeber die für civil rights maßgebenden Kriterien des Art 6 EMRK für das Rechtsmittelverfahren in Abgabensachen übernehmen. Das FVwGG hat dies nur weitergeführt. Im Anwendungsbereich des Unionsrechts ergibt sich aus Art 47 CRG das Recht auf ein faires Verfahren und ein unparteiisches Gericht. Inhaltlich entsprechen die

Garantien des Art 47 GRC jenen des Art 6 EMRK. Die Unparteilichkeit kann in subjektiver und in objektiver Hinsicht betrachtet werden (vgl das Urteil des EGMR 15. 12. 2005, 73797/01, Kyprianou, Rn 118 ff).

In subjektiver Hinsicht ist eine Befangenheit oder Ausgeschlossenheit eines Richters insbesondere dann anzunehmen, wenn er vor der Verhandlung etwa durch Äußerungen zu erkennen gibt, dass er sich in der konkreten Sache bereits auf eine Entscheidung festgelegt hat (vgl die Urteile des EGMR 7. 8. 1996, 19874/92, *Ferrantelli and Santangelo/Italien*, Rn 59 f; EGMR 16. 9. 1999, 29569/95, *Buscemi/Italien*, Rn 64 ff; vgl auch EGMR 28. 11. 2002, 58442/00, *Lavents/Lettland*, Rn 118 ff). Wenn das Mitglied eines Tribunals, ohne sich auf eine Entscheidung festzulegen und auf neutrale Weise vor der Verhandlung mit einem Parteienvertreter Aspekte einer Rechtssache erörtert, die der Vorbereitung der Verhandlung dienen, so wird dies für sich allein genommen keine Befangenheit oder Ausgeschlossenheit iSd § 76 Abs 1 lit c BAO iVm Art 6 Abs 1 EMRK bedeuten.

Bei Prüfung der Unbefangenheit ist zwar im Interesse des Ansehens der Justiz ein strenger Maßstab anzulegen, die Ablehnung soll jedoch nicht die Möglichkeit bieten, dass sich Parteien eines nicht genehmen Richters entledigen können. Der Grundsatz der festen Geschäftsverteilung (Art 87 Abs 3 B-VG) in Ergänzung des Rechtes auf den gesetzlichen Richter (Art 83 Abs 2 B-VG) gebietet eine ausgewogene Vorgangsweise bei der Ablehnung (vgl. zuletzt OGH 14.12.2021, 10b83/21v und zahlreiche gleichlautende Vorjudikatur).

Das Wesen der Befangenheit besteht in der Hemmung einer unparteiischen EntschlieÙung durch unsachliche psychologische Motive. Dass ein Richter anlässlich der Erledigung einer Beschwerde an der Rechtsauffassung, die in einer in der Sache ergangenen früheren Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes dargelegt ist, festhalten wird, ist kein Befangenheitsgrund (vgl. OGH 29.06.2021 15 Os 54/21m). Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 25.5.2022, Ra 2021/15/0035 für das fortzusetzende Verfahren ausdrücklich darauf hingewiesen, aus dem vorgelegten Verwaltungsakt ergäben sich Hinweise, dass über die mit 16. Dezember 2020 datierte Beschwerde des Revisionswerbers bereits dahingehend entschieden worden ist, dass sie als verspätet zurückgewiesen worden ist. Sollte eine solche Erledigung ergangen sein, wären die Voraussetzungen des § 284 Abs. 1 BAO (Verletzung der Entscheidungspflicht) nicht (mehr) gegeben.

Wenn die zuständige Einzelrichterin nun im Beschluss vom 5.9.2022 zu erkennen gab, dass sie bei unveränderter Sachlage der Rechtsmeinung des Verwaltungsgerichtshofes zu folgen beabsichtigt, kann dies noch keinen Befangenheitsgrund darstellen. Wird auf Grund der vorliegenden Akten eine Beschwerde als aussichtslos beurteilt, so ist dies allein nicht ausreichend, die Unparteilichkeit des Richters im weiteren Verfahren in Zweifel zu ziehen. Eine Besorgnis der Befangenheit läge erst dann vor, wenn die abgelehnte Richterin zu erkennen gegeben hätte, dass sie nicht bereit ist, die vertretene Rechtsansicht erneut selbst kritisch zu

überprüfen und gegebenenfalls ihre Meinung zu ändern. Die Einzelrichterin hat der beschwerdeführenden Partei die Möglichkeit zur Stellungnahme eingeräumt, was auch die Möglichkeit zur Aktenergänzung durch Vorlage weiterer Unterlagen und Beweisanträge beinhaltete. Dadurch hat sie deutlich zu erkennen gegeben, dass Sie bereit ist, die Sache nach Vorliegen sämtlicher Beweise neu kritisch zu prüfen. Der von der beschwerdeführenden Partei eingewendete Befangenheitsgrund der Voreingenommenheit liegt somit nicht vor.

Zum Vorwurf einer eklatanten Fehlentscheidung im Vorverfahren ist zu bemerken: Weder die Unrichtigkeit einer Gerichtsentscheidung noch die Vertretung einer bestimmten Rechtsmeinung durch den Richter bildet einen Ablehnungsgrund; dies selbst dann, wenn die Rechtsansicht von der herrschenden Rechtsprechung abgelehnt wird.

Meinungsverschiedenheiten in Rechtsfragen sind nicht im Ablehnungsverfahren auszutragen. Das Ablehnungsverfahren soll nicht die Möglichkeit bieten, dass sich Parteien ihnen nicht genehmer Richter entledigen können (vgl. zuletzt OGH 27.01.2022, 2 Nc 35/21a; RS0111290 und zahlreiche gleichlautende Vorjudikatur). Der diesbezüglich vorgebrachte Ablehnungsgrund ist daher nicht hinreichend.

Der Ablehnungsantrag war daher abzuweisen.

### **Zur Zulässigkeit einer Revision**

Gegen Beschlüsse über Ablehnungsanträge, die verfahrensleitende Beschlüsse sind, ist eine abgesonderte Revision an den Verwaltungsgerichtshof nicht zulässig (§ 25a Abs. 3 VwGG). Auch eine abgesonderte Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unzulässig (§ 88a Abs. 3 VfGG).

Linz, am 18. Oktober 2022