

BESCHLUSS

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin R in der Beschwerdesache des Beschwerdeführers, AdresseBf, 1210 Wien, vertreten durch Mag. Patrycja Pogorzelski, Mahlerstraße 13 Tür 3, 1010 Wien, über die Beschwerde vom 02.02.2017 gegen den Bescheid der belangten Behörde, Finanzamt Wien 2/20/21/22, vom 08.04.2016, betreffend Rückforderung von Ausgleichszahlungen für die Kinder Sohn (geb 1995) und Tochter (geb 1993) für den Zeitraum Juni 2013 bis Juni 2014, beschlossen:

Die Beschwerde wird gemäß § 260 Abs 1 lit a iVm § 278 Abs 1 lit a Alt 1 BAO (Bundesabgabenordnung idF BGBl I 14/2013) zurückgewiesen.

Die Beschwerdeverentscheidung vom 10. März 2017 wird aufgehoben.

Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 iVm Abs. 9 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) nicht zulässig.

Entscheidungsgründe

Der Beschwerdeführer (Bf) ist polnischer Staatsangehöriger und verfügt in Wien über einen Wohnsitz. Dabei handelt es sich um eine Drei-Zimmer-Wohnung, zu der ein Mietvertrag zwischen dem österreichischen Vermieter einerseits und dem Bf sowie dem weiteren polnischen Staatsbürger BR andererseits vereinbart wurde. Mit Datum 8. April 2016 fertigte die belangte Behörde den angefochtenen Bescheid laut Spruch aus, der mit Zustellnachweis an die Wiener Adresse versendet wurde.

Mit Schriftsatz vom 2. Februar 2017 erhob der rechtsfreundlich vertretene Bf Bescheidbeschwerde und trug vor, dass er erst am 6. Dezember 2016 in den Räumen seiner Rechtsanwältin aufgrund eines Abgabenexekutionsverfahrens Kenntnis vom oben bezeichneten Rückforderungsbescheid erlangt habe. Der Bf habe sich zum Zeitpunkt der Zustellung für längere Zeit in Polen aufgehalten und dort mehrere medizinische Untersuchungen absolviert. Als Beweis wurden die ärztliche Bescheinigung des nicht-öffentlichen Zentrums für Gesundheitsbetreuung Vis Vitalis vom 27. Jänner 2017 samt beglaubigter Übersetzung ins Deutsche (Beilage ./A) sowie der Befund vom 4. Mai 2016 des öffentlichen Krankenhauses Nr. 4 in X, ebenfalls samt beglaubigter Übersetzung ins Deutsche, (Beilage ./B) übermittelt. Die Zustellung des Bescheides sei daher rechtlich unwirksam.

Die belangte Behörde führte ein Ermittlungsverfahren bei der Post durch, um zu klären, ob der Bf den Bescheid behoben hätte, denn der Bescheid wurde nicht als unbehoben an die belangte Behörde zurückgesendet. Dabei wurde seitens der Post AG mit E-Mail vom 19. Mai 2017 mitgeteilt, dass RSa- und RSb-Briefe sogenannte nichtbescheinigte Sendungen seien, welche in den Systemen der Österreichischen Post AG nicht erfasst seien. Daher könnte keine Aussage dazu getroffen werden, wo Beeinträchtigungen in der Beförderung und Zustellung eingetreten seien.

Über die Beschwerde sprach die belangte Behörde mit Beschwerdeverentscheidung vom 10. März 2017 ab und wies diese nach Wiedergabe der verba legalia wegen Verspätung zurück, weil mit den vorgelegten Unterlagen kein Nachweise einer Ortsabwesenheit zum Zeitpunkt der Zustellung erbracht worden sei.

Mit Schriftsatz vom 10. April 2017 erhob der Bf Vorlageantrag und präzisierte seine Ausführungen bezüglich der Ortsabwesenheit dahingehend, dass diese vom 10. März 2016 bis zum 6. Juni 2016 gedauert habe. Er hatte in den Monaten April und Mai 2016 laufend ärztliche Untersuchungen in Polen. Darüber hinaus hatte er seinen Bruder bei der Pflege der Mutter unterstützt, der seit 18. Jänner 2013 eine erhebliche Behinderung bescheinigt werde und die damals 90 Jahre alt gewesen sei. Der Bf fahre immer donnerstags nach Polen und montags zurück nach Wien. Am 8. März 2016 und am 8. Juni 2016 hatte er in Wien eine Untersuchung beim Internisten Dr. Arzt (Beilagen ./C und ./E). Mit Beilage ./D wird die Behinderung der Mutter nachgewiesen. Dieser Zeitraum ergebe sich dadurch, dass er immer donnerstags von Wien mit dem Zug abfare und montags nach Wien zurückkehre, weil an diesen Tagen die Züge nicht so überfüllt seien.

Sowohl mit der Beschwerde als auch mit dem Vorlageantrag wurde die Einvernahme des Bf unter Hinzuziehung eines Dolmetschers für die polnische Sprache beantragt.

Mit Bericht vom 14.06.2017 wurde die Beschwerde durch die belangte Behörde vorgelegt und auf ein Parallelverfahren hingewiesen. Am 8. April 2016 habe die belangte Behörde nicht nur den angefochtenen Bescheid, sondern im Parallelverfahren, betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe ab Juli 2014, anhängig beim BFG zur GZ RV/7104017/2016, eine Beschwerdeverentscheidung erlassen, gegen die fristgerecht ein Vorlageantrag eingebracht worden sei. Es sei unglaublich, dass die BVE vom selben Tag wie der gegenständliche Bescheid habe zugestellt werden können, der Bescheid jedoch nicht. Das spreche gegen die Ortsabwesenheit, zumal der Vorlageantrag im Wege eines Wiener Postamtes beim BFG eingebracht worden sei.

In dem am 15. Mai 2018 unter Beisein einer gerichtlich beeideten Dolmetscherin für die polnische Sprache zu beiden Beschwerdeverfahren abgehaltenen Erörterungsgespräch wurde ergänzend Folgendes vorgetragen:

Der Bf gab an, Deutsch gar nicht sprechen zu können. Er könne auch nicht Deutsch schreiben oder lesen.

Zu Beginn seines Aufenthaltes in Polen habe er plötzlich und unerwartet erfahren, dass seine Ehefrau ins Spital eingeliefert worden sei. Sein Aufenthalt in Polen sei zeitlich begrenzt gewesen durch die beiden Besuche beim Wiener Internisten Dr. Arzt am 8. März 2016 und am 8. Juni 2016. Die Krankheit seiner Ehefrau, die Pflege seiner Mutter und die eigenen medizinischen Untersuchungen haben gemeinsam zu einem ausnahmsweise längeren Aufenthalt in Polen geführt. In der Regel halte er sich eine bis maximal zwei Wochen, manchmal auch nur über ein Wochenende in Polen auf.

Den im anderen Verfahren rechtzeitig erhobenen Vorlageantrag erklärte der Bf dahingehend, dass er Anfang März 2016 ein persönliches Gespräch mit KF gehabt habe. Sie verfasse für ihn Schriftsätze in seiner Familienbeihilfenangelegenheit. Er übereichte eine Visitenkarte, die KF als Mitarbeiter der Gesellschaft bzw GesellschaftII ausweist. Eine Vollmacht wurde weder KF noch der Gesellschaft bzw GesellschaftII förmlich erteilt. Es sei nur mündlich so vereinbart und KF erledige das auch unentgeltlich. Bloß einmal habe er ihr einen Kostenersatz für Porto iHv EUR 10,00 gegeben. Es gebe zwei Adressen der Gesellschaft. Er habe die Adresse Adressel, aufgesucht, weil an dieser Adresse gratis geleistet werde. An der weiteren Adresse in der Straßell, deren genaue Anschrift er nicht kenne, werde hingegen entgeltlich geleistet, weshalb er dort nicht hingegangen sei. Ihm sei es darum gegangen, dass ihm die Familienbeihilfe weiterhin gewährt werde, denn die Zahlungen seien seit Juli 2014 eingestellt worden. KF habe jedoch Anfang März keine Zeit für ihn gehabt, weshalb sie ihn zur Leistung einer Blankounterschrift aufgefordert habe, die der Bf auch geleistet hat.

Sein Mitbewohner BR habe ihm die Beschwerdeentscheidung nach Polen nachgesendet. Dort habe der Bf den Beschwerdebescheid ins Polnische übersetzen lassen und KF per Telefon dessen Inhalt mitgeteilt. Sie habe sodann den an das Bundesfinanzgericht gerichteten Vorlageantrag mit seiner Blankounterschrift verfasst und über ein Wiener Postamt eingebracht. Dabei verwies der Bf darauf, dass seine Unterschrift viel zu weit unter der Grußformel "Hochachtungsvoll" platziert sei. Im Normalfall werde die Unterschrift unter die Großformel gesetzt.

KF habe im anderen Verfahren den Schriftsatz vom 21.10.2015 betreffend Mängelbehebung verfasst. Auch in diesem Fall habe der Bf vorab eine Blankounterschrift geleistet, die ebenfalls viel zu weit unter der Grußformel "Hochachtungsvoll" platziert sei. Laut Amtsvertreterin sei der Zustellnachweis bezüglich der im anderen Verfahren ergangenen Beschwerdeentscheidung in Verstoß geraten. Die Beschwerdeentscheidung sei jedoch nicht an die belangte Behörde zurückgelangt. Die Bahntickets habe er nicht aufgehoben.

Es wird beantragt, die Beschwerde als unzulässig zurückzuweisen, da diese gegen einen Nichtbescheid gerichtet sei, in eventu dem Wiedereinsetzungsantrag stattzugeben sowie zur weiteren Klärung der Sachlage KF als Zeugin zu laden, die den Auslandsaufenthalt bestätigen könne.

Über die Beschwerde wurde erwogen:

Die Bescheidbeschwerde ist unzulässig, da die behördliche Erledigung vom 8. April 2016 mangels rechtswirksamer Zustellung keinen Bescheidcharakter erlangt hat.

Nach dem durchgeführten Ermittlungsverfahren steht folgender (relevanter) Sachverhalt fest:

Der Bf ist polnischer Staatsbürger, der im Streitzeitraum sowohl von den zuständigen Trägern Polens als auch Österreichs Altersrenten bezog. Er bewohnte in Wien 1210, AdresseBf, gemeinsam mit dem ebenfalls polnischen Staatsbürger BR eine Drei-Zimmer-Wohnung.

KF verfasst für den Bf Schriftsätze in seinen Familienbeihilfenangelegenheiten, so zB auch die Mängelbehebung vom 201.10.2015 im Parallelverfahren. Der Bf verfügt über eine Visitenkarte, die KF als Mitarbeiterin der Gesellschaft bzw GesellschaftII ausweist. Eine förmliche (schriftliche) Vollmacht wurde weder KF noch der Gesellschaft bzw GesellschaftII erteilt.

Mit Datum 8. April 2016 fertigte die belangte Behörde den gegenständlichen Rückforderungsbescheid über € 5.371,60 aus, der mit Zustellnachweis RSb an die Wiener Adresse versendet wurde. Dem rückgelangten Rückschein nach erfolgte der Zustellversuch am 13.04.2016 und wurde der Beginn der Abholfrist mit 14.04.2016 bestimmt. Der automatisch erstellte Bescheid wurde nicht als unbehoben an die belangte Behörde zurückgesendet.

Am selben Tag fertigte die belangte Behörde händisch im Parallelverfahren eine Beschwerdeentscheidung aus, die ebenfalls mit Zustellnachweis RSb an die Wiener Adresse versendet wurde, zu der der Rückschein nicht vorliegt, jedoch fristgerecht Vorlageantrag von Wien aus erhoben wurde. Auch die Beschwerdeentscheidung wurde nicht als unbehoben an die belangte Behörde zurückgesendet. Der Vorlageantrag wurde deshalb fristgerecht in Wien beim Bundesfinanzgericht eingebracht, weil der Mitbewohner BR dem Bf die Beschwerdeentscheidung nach Polen nachgesendet hatte, er diese ins Polnische übersetzen ließ, per Telefon deren Inhalt KF mitteilte, die den Vorlageantrag auf einem Papier verfasste, auf dem der Bf vor seiner Abreise nach Polen zu diesem Zweck eine Blankounterschrift geleistet hatte.

Vom gegenständlichen Bescheid vom 8. April 2016 erfuhr der Bf erst am 6.12.2016 wegen des gegen ihn eingeleiteten Abgabenexekutionsverfahrens.

Die Krankheit der Ehefrau des Bf, die Pflege seiner Mutter und die eigenen medizinischen Untersuchungen haben gemeinsam zu dem längeren Aufenthalt in Polen geführt, der ein

Einzelfall sei. In der Regel hält er sich eine bis zwei Wochen, manchmal auch nur über ein Wochenende in Polen auf.

Beweismittel:

Obige Sachverhaltsfeststellung beruht auf den im Verfahren vorgelegten Beweismittel, wie sie im Verfahrenshergang dargestellt sind, sowie den Ergebnissen des Erörterungsgesprächs.

Beweiswürdigung:

Das BFG sieht obigen Sachverhalt als erwiesen an, weil es insbesondere mit den Erfahrungen der Abgabenbehörden übereinstimmt, der zufolge der Großteil der Wanderarbeitnehmer aus den ehemaligen Ostblockstaaten sich nicht die deutsche Sprache aneignet und im Hintergrund verschiedene Personen Hilfsdienste im Umgang mit Behörden leisten. Ob KF den Tatbestand der Winkelschreiberei iSd Art. III Abs 1 Z 1 EGVG (Einführungsgesetz zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen 2008) erfüllt, ist nicht Gegenstand dieses Verfahrens. Im gegenständlichen Verfahren ist besagte Person auch nicht für den Bf eingeschritten, sondern erklärt ihre Vorgangsweise mit der Blankounterschrift des Bf dessen Ortsabwesenheit von der Abgabestelle im fraglichen Zeitraum.

Der Bf hat anlässlich des Erörterungsgesprächs den Eindruck vermittelt, dass er im schriftlichen Kontakt mit der belangten Behörde nie selbst agiert hat, sondern stets Unterstützung durch seine Ehefrau, die das Formular Beih1 regelmäßig ausgefüllt hat, durch die Ehefrau seines Vermieters und durch KF hatte.

Die belangte Behörde konnte durch die Post AG nicht aufklären lassen, ob der angefochtene Bescheid behoben wurde oder nicht. Dabei stellt sich die Frage, was eine Behörde noch tun muss, um eine Zustellvorgang nachvollziehen zu können, wenn die im Zustellgesetz vorgesehene Zustellung mit Rückschein dazu nicht ausreicht, weil *"RSa- und RSb-Briefe sogenannte nichtbescheinigte Sendungen sind, welche in den Systemen der Österreichischen Post AG nicht erfasst sind"*.

Nichts destotrotz ist die Nichtnachvollziehbarkeit der gegenständlichen Zustellung aufgrund der Anordnung des § 4 ZustG der belangten Behörde zuzurechnen, wonach der *"Zusteller hinsichtlich der Wahrung der Gesetzmäßigkeit der Zustellung als Organ der Behörde, deren Dokument zugestellt werden soll, handelt"*.

Da der gegenständliche Bescheid automatisch, die am selben Tag ausgefertigte Beschwerdevorentscheidung jedoch händisch erstellt wurde, ist auch nicht zwingend davon auszugehen, dass die Zustellung beider Bescheide am selben Tag erfolgte. Es ist daher vorwiegend wahrscheinlich, dass die Zustellung an verschiedenen Tagen erfolgte,

sodass es glaubhaft ist, dass der Mitbewohner dem Bf nur den anderen Bescheid nach Polen nachsandte.

Der Zeugenaussage von KF bedurfte es nicht mehr, weshalb der Beweisantrag abzuweisen ist.

Rechtslage:

§ 17 Zustellgesetz idF BGBl I 5/2008 lautet:

"(1) Kann das Dokument an der Abgabestelle nicht zugestellt werden und hat der Zusteller Grund zur Annahme, daß sich der Empfänger oder ein Vertreter im Sinne des § 13 Abs. 3 regelmäßig an der Abgabestelle aufhält, so ist das Dokument im Falle der Zustellung durch den Zustelldienst bei seiner zuständigen Geschäftsstelle, in allen anderen Fällen aber beim zuständigen Gemeindeamt oder bei der Behörde, wenn sie sich in derselben Gemeinde befindet, zu hinterlegen.

(2) Von der Hinterlegung ist der Empfänger schriftlich zu verständigen. Die Verständigung ist in die für die Abgabestelle bestimmte Abgabeeinrichtung (Briefkasten, Hausbrieffach oder Briefeinwurf) einzulegen, an der Abgabestelle zurückzulassen oder, wenn dies nicht möglich ist, an der Eingangstüre (Wohnungs-, Haus-, Gartentüre) anzubringen. Sie hat den Ort der Hinterlegung zu bezeichnen, den Beginn und die Dauer der Abholfrist anzugeben sowie auf die Wirkung der Hinterlegung hinzuweisen.

(3) Das hinterlegte Dokument ist mindestens zwei Wochen zur Abholung bereitzuhalten. Der Lauf dieser Frist beginnt mit dem Tag, an dem das Dokument erstmals zur Abholung bereitgehalten wird. Hinterlegte Dokumente gelten mit dem ersten Tag dieser Frist als zugestellt. Sie gelten nicht als zugestellt, wenn sich ergibt, daß der Empfänger oder dessen Vertreter im Sinne des § 13 Abs. 3 wegen Abwesenheit von der Abgabestelle nicht rechtzeitig vom Zustellvorgang Kenntnis erlangen konnte, doch wird die Zustellung an dem der Rückkehr an die Abgabestelle folgenden Tag innerhalb der Abholfrist wirksam, an dem das hinterlegte Dokument behoben werden könnte.

(4) Die im Wege der Hinterlegung vorgenommene Zustellung ist auch dann gültig, wenn die im Abs. 2 genannte Verständigung beschädigt oder entfernt wurde."

rechtliche Beurteilung:

Zunächst ist zu sagen, dass die Wiener Adresse des Bf als Abgabestelle geeignet ist, weil er im Normalfall nur kurzfristig abwesend ist und immer wieder an diese Adresse zurückkehrt (VwGH 29.01.2044, 2003/11/0070).

Dass zwei nicht miteinander verwandte Personen gemeinsam über einen Briefkasten verfügen, ändert nichts an dessen Eignung als Abgabeeinrichtung iSd § 17 Abs 2 ZustG.

Will die Behörde davon ausgehen, daß eine Sendung durch Hinterlegung zugestellt wurde, so trifft sie von Amts wegen die Pflicht, festzustellen, ob auch tatsächlich durch Hinterlegung eine Zustellung bewirkt wurde oder ob nicht etwa der Empfänger wegen Abwesenheit von der Abgabestelle nicht rechtzeitig vom Zustellvorgang Kenntnis erlangen konnte; die Behörde hat den Sachverhalt der Partei zur Kenntnis zu bringen, ansonsten sie das Risiko der Bescheidaufhebung wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften zu tragen hat (VwGH 26.03.1996, 95/19/0984). Der Umstand, daß der Zustellempfänger wegen Abwesenheit von der Abgabestelle von einem Zustellvorgang nicht rechtzeitig Kenntnis erlangen konnte, ist von der Behörde von Amts wegen zu prüfen (VwGH 19.05.1993, 92/09/0331 mwN).

Der Bf hat vorgetragen, sich für die Dauer vom 10. März 2016 bis 6. Juni 2016 in Polen aufgehalten zu haben. Beginn der Abholfrist und damit grundsätzlicher Tag der Zustellung des relevanten Bescheides war der 14. April 2016, mit dem die 14-tägige Abholfrist in Gang gesetzt wurde und die folglich am 28. April 2016 geendet hat und mit dem - unter der Voraussetzung einer rechtswirksamen Zustellung - die Rechtsmittelfrist von einem Monat zu laufen begonnen und am 14. Mai 2016 geendet hat, sofern nicht eine der Ausnahmen des § 108 Abs. 3 BAO Platz greift.

Auch wenn der Bf nicht am 10. März 2016 Wien verlassen hat, so ist davon auszugehen, dass er am Tag des Zustellversuchs nicht mehr in Wien war, weil im Parallelverfahren bei lebensnaher Interpretation des Sachverhalts davon auszugehen ist, dass eine Ersatzzustellung der am selben Tag wie der gegenständlich relevante Bescheid ausgestellten Beschwerdeentscheidung an den Mitbewohner stattgefunden hat. Auf die Problematik der unterschiedlichen Ausfertigungsmodalitäten wurde bereits bei der Beweiswürdigung eingegangen, worauf verwiesen wird.

Bedeutsam ist iZm § 17 Abs 3 ZustG der Begriff der Rechtzeitigkeit. Nach der Rechtsprechung des VwGH ist bei einer Verkürzung der Berufungsfrist um die Hälfte nicht davon auszugehen, dass der Empfänger rechtzeitig vom Zustellvorgang Kenntnis erlangen konnte (VwGH 25.06.2013, 2012/08/0031; VwGH 13.01.2015, Ra 2014/02/0130). Bedeutsam ist daher auch, ob die hinterlegte Sendung vom Empfänger behoben werden konnte (VwGH 02.03.1988, 87/01/0345, BFG 21.04.2015, RV/7500353/2014).

Da aufgrund des Parteienvorbringens jedenfalls davon auszugehen ist, dass der Bf in der Zeit vor dem Tag des Zustellversuchs am 13.04.2016 bis nach Ende der Abholfrist am 28.04.2016 ortsabwesend war, war die Hinterlegung des angefochtenen Bescheides nicht rechtswirksam.

Im Fall einer Ersatzzustellung an den Mitbewohner wäre § 16 Abs 5 ZustG beachtlich, doch ist die Rechtsprechung zu beiden Normen dieselbe.

Bemerkt wird, dass - unter der Voraussetzung, dass die belangte Behörde nicht ao Revision erhebt - der bloß eventualiter gestellte Antrag auf Wiedereinsetzung mit diesem Beschluss hinfällig geworden ist.

Zulässigkeit einer Revision

Gegen ein Erkenntnis des Bundesfinanzgerichtes ist die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

Zur Rechtsfrage, ob eine Ortsabwesenheit beginnend vor dem Tag des Zustellversuchs bis nach Ende der Abholfrist, die Unwirksamkeit der Zustellung des Bescheides iSd § 17 Abs. 3 ZustG nach sich zieht, existiert eine einheitliche Rechtsprechung des VwGH, weshalb die ordentliche Revision nicht zuzulassen war.

Wien, am 17. Mai 2018