

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter R  
in der Beschwerdesache BF, vertreten durch RA,  
gegen den Bescheid des Finanzamtes Linz vom 28.06.2012 zu StNr. 000/0000, mit  
dem ein Antrag vom 18.6.2009 auf Wiederaufnahme des mit Berufungsentscheidung  
des Unabhängigen Finanzsenates vom 5.5.2009, GZ. RV/0714-L/08, abgeschlossenen  
Verfahrens betreffend Zurückweisung einer Berufung abgewiesen wurde,  
nach der am 16.9.2015 durchgeföhrten mündlichen Verhandlung zu Recht erkannt:  
Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.  
Eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist nach Art. 133 Abs. 4 Bundes-  
Verfassungsgesetz (B-VG) nicht zulässig.

### Entscheidungsgründe

In der an den Beschwerdeführer (damals Berufungswerber) ergangenen  
**Berufungsentscheidung des Unabhängigen Finanzsenates vom 5.5.2009, GZ.  
RV/0714-L/08**, wurden folgende Feststellungen getroffen:

*"Mit Beschluss des Landesgerichtes Linz vom 17.8.2007 wurde über das Vermögen  
des Berufungswerbers das Konkursverfahren eröffnet, und Rechtsanwalt Dr. H zum  
Masseverwalter bestellt.*

*Das Finanzamt nahm mit einem an den Masseverwalter als gesetzlichen Vertreter des  
Berufungswerbers gerichteten Haftungsbescheid vom 11.1.2008 diesen für aushaftende  
Abgaben der Firma H-GmbH in Anspruch. Der Haftungsbescheid wurde laut Rückschein  
am 21.1.2008 zugestellt, die Berufungsfrist endete daher am 21.2.2008.*

*Der Berufungswerber brachte mit einem mit 18.2.2008 datierten Schriftsatz selbst  
Berufung gegen den Haftungsbescheid ein. Eine Zustimmung des Masseverwalters  
zu dieser Eingabe fehlt. Am Briefkuvert, in dem die Berufung enthalten war, findet sich*

*lediglich der Abdruck einer Absender-Freistempelmaschine (F 0000 ) der Firma M mit Datum 18.2.2008. Die Berufung langte erst am 3.3.2008 beim Finanzamt ein.*

*Mit Bescheid vom 27.3.2008 wies das Finanzamt die Berufung (zu Recht ohne vorherige Erlassung eines Mängelbehebungsauftrages wegen der fehlenden Unterschrift des Masseverwalters – vgl. dazu die bei Ritz, BAO<sup>3</sup>, § 85 Tz 15 zitierte Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes) als verspätet zurück.*

*Gegen diesen Bescheid brachte der Berufungswerber mit Eingabe vom 30.4.2008 Berufung ein. Die Berufung gegen den Haftungsbescheid sei am 18.2.2008 erstattet und zur Post gegeben worden, wann diese beim Finanzamt letztlich eingelangt sei, vermöge er nicht zu beeinflussen. Der Postlauf sei nicht entscheidend, sondern der Zeitpunkt der Postaufgabe. Diese sei nachweislich in offener Frist erfolgt, das frankierte Kuvert liege beim Finanzamt auf.*

*Die auch dieser Berufung zunächst fehlende Unterschrift des Masseverwalters wurde im Zuge eines Mängelbehebungsverfahrens nachgeholt. Das Konkursverfahren über das Vermögen des Berufungswerbers wurde mit Beschluss des Landesgerichtes Linz vom 4.12.2008 mangels kostendeckenden Vermögens gemäß § 166 iVm § 124a KO aufgehoben.*

*In einem Vorhalt des Unabhängigen Finanzsenates vom 2.4.2009 wurde der Berufungswerber darauf hingewiesen, dass die Berufung gegen den oben genannten Haftungsbescheid zwar vom 18.2.2008 datiere, jedoch erst am 3.3.2008 beim Finanzamt eingelangt sei. Am Briefkuvert finde sich lediglich der Abdruck einer Absender-Freistempelmaschine (F 0000 ) der Firma M . Dieser Abdruck weise zwar als Datum den "18.2.08" aus. Diesem Stempelabdruck komme aber kein Beweiswert in der Richtung zu, dass das Poststück an dem im Freistempelaufdruck genannten Tag tatsächlich von der Post in Behandlung genommen worden wäre. Der Berufungswerber werde daher aufgefordert, binnen zwei Wochen ab Zustellung des Vorhaltes anderweitig den Nachweis dafür zu erbringen, dass die Berufung vom 18.2.2008 rechtzeitig zur Post gegeben wurde.*

*Der Berufungswerber gab zu diesem Vorhalt keine Stellungnahme ab und trat den ihm aufgetragenen Beweis nicht an."*

Da der Beschwerdeführer in diesem Verfahren keinen Nachweis für die behauptete rechtzeitige Postaufgabe der Berufung gegen den Haftungsbescheid erbracht hat, wies der Unabhängige Finanzsenat mit dieser Entscheidung vom 5.5.2009, zugestellt durch Hinterlegung am 8.5.2009, die Berufung gegen den Zurückweisungsbescheid vom 27.3.2008 als unbegründet ab.

Mit Eingabe vom **18.6.2009**, eingelangt beim Unabhängigen Finanzsenat am 22.6.2009, stellte der Beschwerdeführer unter Bezugnahme auf die UFS-Geschäftszahl RV/0714-L/08 "den **Antrag** betreffend der im Rubrum angeführten Aktenzahl **auf Wiederaufnahme** gem. § 303/lit b BAO". Der UFS habe ihn am 2.4.2009 aufgefordert den Nachweis zu erbringen, dass die Berufung, abgestempelt mit Freistempelanlage am 18.2.2008, auch tatsächlich zur Postbeförderung übergeben worden sei. Dieser Aufforderung habe er

mit Schreiben vom 16.4.2009 Rechnung getragen, wobei er bei diesem Schriftstück die Erklärung an Eides statt des Herrn SC beigebracht hätte, der bestätigt habe, dass das Schriftstück tatsächlich am 18.2.2008 zur Beförderung bei der Post persönlich übergeben worden sei. Diese "Einlassung" sei in keiner Weise gewürdigt worden. Auch sei, wie in letztinstanzlicher Judikatur vorgesehen, keine amtswegige Ermittlung eingeleitet worden, die zur Feststellung geführt hätte, dass das Schriftstück am 18.2.2008, also in offener Frist, rechtzeitig der Post zur Beförderung übergeben worden sei. Als Beilage werde nochmals seine "Einlassung" vom 16.4.2009 übermittelt.

Diesem Wiederaufnahmeantrag war die Kopie eines mit 16.4.2009 datierten, an den Unabhängigen Finanzsenat zur GZ. RV/0714-L/08 adressierten Schriftstückes mit folgendem Inhalt angeschlossen:

"Ich bestätige den Eingang der im Rubrum angeführten Aktenzahl und erlaube mir dazu in offener Frist Stellung zu nehmen.

Bei all meinen Gesellschaften, und meine persönliche Post, wurde täglich die Fakturierung über die im Hause befindliche Freistempelanlage durchgeführt.

Diese Post wurde "täglich" von meinem Angestellten Herrn SC abgefertigt und persönlich zum Postamt T gebracht.

Sollte das Datum oder Frankaturwert nicht stimmen, so wurden die Poststücke vom Postamt nicht angenommen und befördert.

Ich lege zu meiner Entlastung die Eidesstattliche Erklärung des Herrn SC bei, aus welcher zweifelsfrei feststeht, dass die Aufgabe des Berufungsbriefes mit dem Aufgabestempel der Freistempelanlage ident ist.

Aus eigener Erfahrung musste ich in letzter Zeit feststellen, dass Briefsendungen innerhalb des Bundesgebietes 8 bis 10 Tage gedauert haben, wenn sich nicht per EMS aufgegeben wurden.

In der Hoffnung damit einen ausreichenden Beweis erbracht zu haben, ersuche ich um Behandlung meiner Berufung."

Ferner war der Eingabe eine mit 16.4.2009 datierte "Sachverhaltsdarstellung" des SC mit folgendem Inhalt angeschlossen:

"Ich erkläre hiermit an Eides-statt folgenden Sachverhalt:

Ich war bei der Firma H-GesmbH ., als Disponent angestellt, unter anderen Aufgaben fiel in meinen Bereich, die tägliche Eingangs- und Ausgangspost zu bearbeiten.

Für die Ausgangspost besitzt das Unternehmen eine sogenannte Freistempelanlage.

Die Ausgangspost wurde von mir täglich kurz vor 18h am Schalter des Postamtes in T abgegeben.

In diesem Zusammenhang wurde einerseits das Porto und andererseits das Datum am Tagessstempel geprüft.

Nachdem ich alleine diese Tätigkeit täglich durchführte und ausschließen kann, dass ich am 18.02.08 weder im Urlaub noch im Krankenstand war, kann ich an Eides-statt

bestätigen die Post an diesem Tage persönlich abgeliefert zu haben, so auch das in Frage stehende Kuvert an das Finanzamt Linz."

Gleichzeitig wurde mit Schriftsatz vom **18.6.2009** gegen die Berufungsentscheidung vom 5.5.2009 **Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof** erhoben. Darin wurde der Sachverhalt – wie in der angefochtenen Entscheidung dargestellt – geschildert, allerdings behauptet, es wäre innerhalb offener Frist die oben zitierte Stellungnahme vom 16.4.2009 zum Vorhalt vom 2.4.2009 abgegeben worden.

Mit **Erkenntnis vom 22.12.2011, 2009/15/0133**, wies der Verwaltungsgerichtshof diese Beschwerde als unbegründet ab. Der behaupteten rechtzeitigen Vorhaltsbeantwortung hielt der Verwaltungsgerichtshof entgegen, dass in der Beschwerde nicht dargelegt worden sei, auf welche Weise der belannten Behörde eine solche Vorhaltsbeantwortung zugekommen sei soll.

Mit **Mängelbehebungsauftrag vom 27.2.2012** trug das gemäß § 305 BAO für die Erledigung des Wiederaufnahmeantrages zuständige Finanzamt dem Beschwerdeführer auf, fehlende "Angaben, die zur Beurteilung des fehlenden groben Verschuldens an der Nichtgeltendmachung im abgeschlossenen Verfahren notwendig sind" nachzureichen.

Dazu führte der Beschwerdeführer in einer **Stellungnahme vom 28.3.2012** folgendes aus:

"Ich habe gem. meinem Antrag gem § 303 Abs. 1 lit. b im gegenständlichen Fall kein Verschulden zu tragen, in keiner Weise ein "grobes" Verschulden zu vertreten, da ich als Geschäftsführer der H=GmbH , in Bezug auf einen ordnungsgemäß täglichen Postlauf gesorgt, indem der dafür Verantwortliche als Kontrolle des Portoverbrauchs und Versand ein Postbuch täglich führen musste, in das jede Postsendung eingetragen werden musste. Dieses Postbuch wurde von mir ständig kontrolliert und abgezeichnet.

Bei persönlichen Sendungen wäre mir ein Abgabehindernis, oder eine verspätete Aufgabe sofort aufgefallen, da sich meine persönliche Post auf ausgesprochen wenig Postsendungen konzentrierte und ich über diese eine persönliche Wahrnehmung hatte. Eine verspätete Abgabe am Postschalter ist auszuschließen, da diese Post persönlich abgegeben werden musste, um einerseits die Portohöhe zu kontrollieren und andererseits das Aufgabedatum. Wäre ein Hindernis aufgetreten hätte die Post die Sendung nicht angenommen und befördert.

Hr. SC war über Jahre ein verlässlicher Mitarbeiter und gab es in punkto Postversendung niemals Anstände.

Ich bin daher meiner Verpflichtung als Kontrollorgan stets nachgekommen und kein grobes Verschulden zu verantworten."

Mit **Bescheid vom 28.6.2012** wies das Finanzamt den gegenständlichen Wiederaufnahmeantrag ab. Gestützt auf die Bestimmung des § 303 Abs. 1 lit. b BAO in der Fassung vor dem Finanzverwaltungsgerichtsbarkeitsgesetz (FVwGG 2012, BGBI I 14/2013) erblickte das Finanzamt ein der Wiederaufnahme des Verfahrens nach damaliger Rechtslage entgegenstehendes Verschulden des Beschwerdeführers darin, dass er

die Beantwortung eines Vorhaltes des Unabhängigen Finanzsenates vom 2.4.2009 ohne entsprechenden Nachweis für deren rechtzeitige Übermittlung eingereicht habe. Das in der zum Mängelbehebungsauftrag abgegebenen Stellungnahme vom 28.3.2012 erstattete Vorbringen vermöge keine Aufklärung hinsichtlich der Frage zu erbringen, in welcher Weise und zu welchem Zeitpunkt der Antragsteller die im gegenständlichen Wiederaufnahmeverfahren relevante Vorhaltsbeantwortung eingebracht habe.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die verfahrensgegenständliche **Beschwerde (damals Berufung) vom 2.8.2012**. Darin führte der Beschwerdeführer aus:

"Hat eine Partei auffallend sorglos gehandelt, was nach der Judikatur des VwGH dann der Fall ist, wenn die Partei im Verkehr mit Behörden gebotene und ihr nach ihren persönlichen Verhältnissen zumutbare Sorgfalt außer Acht gelassen hat, ist eine Wiederaufnahme ausgeschlossen. Genau dies ist in diesem Falle jedoch nicht der Fall, denn es ist durch die Führung eines Postbuches und einer eigens dafür angestellten Person eine außer Achtlassung einer zumutbaren Sorgfaltspflicht unter keinen Umständen gegeben ist. Wenn nun diese Postaufgabeperson eine Eidesstattliche Erklärung zudem dazu abgibt, muss jedenfalls im Zweifel in dubio pro reo für den Betroffenen entschieden werden und einer Wiederaufnahme statt zu geben.

Im täglichen Postverkehr ist auch keine Sorgfaltspflicht zu erblicken, wenn nicht jedes Poststück eingeschrieben aufgegeben wird, zumal auch eine Einschreibbestätigung keinen Beweis darstellt, was in dem eingeschriebenen Briefumschlag tatsächlich war! Unzählige Behördenbriefe (Verwaltungsstrafen, KÖST-Vorschreibungen, ect. und vieles mehr) wird im täglichen Umgang auch umgekehrt von Behörden nicht eingeschrieben versandt, also kann es im Umkehrschluss nicht als sorglos angesehen werden?

Alleine das gegenständliche Poststück der im Rubrum angeführte Bescheid weist das Datum von ihnen - 28.06.2012 aus und wurde nachweislich erst am 04.07.12 hinterlegt, was einem Postlauf von 6 Tagen entspricht. Da die Post zu keiner Laufzeitgarantie für den Beförderungszeitraum herangezogen werden kann, sind lange Laufzeiten an der Tagesordnung. Da im gegenständlichen Fall das Aufgabedatum eindeutig rechtzeitig war, ist es umso unverständlicher dem Wiedereinsetzungsantrag nicht gefolgt zu sein.

Wenn nun weiters seitens der Finanzverwaltung ausgeführt wird das Vorbringen vermag keine Aufklärung hinsichtlich der Frage erbringen, in welcher Weise und zu welchem Zeitpunkt der Antragsteller die im gegenständlichen Wiederaufnahmeverfahren relevante Vorhaltsbeantwortung des UFS entsprochen hat, geht diese Ansicht ins Leere, da ich bereits am 18.06.2009 mit Schreiben an den UFS (dort eingegangen am 22.06.09) die Wiederaufnahme begründet beantragt habe, da die damaligen Begründung der Abweisung zu Grunde gelegt wurde, dass ich der Aufforderung des UFS vom 02.04.09 nicht Folge geleistet habe einen Beweis zu erbringen, dass das betroffene Poststück tatsächlich am 18.02.08 zur Post gegeben wurde.

Ich habe bereits damals gerügt, dass ich selbstverständlich, rechtzeitig am 16.04.09 dieser Aufforderung nachgekommen bin, weiters, dass wie in letztinstanzlicher Judikatur

jedenfalls vorgesehen keine amtswegige Ermittlung eingeleitet wurde, die jedenfalls ergeben hätte, dass die Freistempelversendungen täglich am Postamt T abgegeben werden und der Tagesstempelaufdruck kontrolliert wird.

Auch mein Entlastungszeuge wurde niemals amtswegig vorgeladen oder dazu gehört, damit er seine abgegebene schriftliche Erklärung, zeugenschaftlich zu Protokoll geben hätte können. Dies stellt jedenfalls eine krasse Benachteiligung in der Frage der Beurteilung der Rechtzeitigkeit mir gegenüber dar.

Abschließend möchte ich nochmals zusammenfassen, dass ich sehr wohl den Nachweis erbracht habe, dass das Poststück rechtzeitig am 18.02.08 zum postalischen Versand übergeben wurde, auch der Aufforderung des UFS Rechnung getragen habe und diese Vorhalte beantwortet zu haben. Auch habe ich dokumentiert, dass mich kein grobes Verschulden trifft und ich jedenfalls mir meiner zumutbaren Sorgfaltspflicht nachgekommen bin, denn für überlange Beförderungszeiten kann man mich doch nicht verantwortlich machen.

Ich stelle den Antrag meiner Wiedereinsetzung endlich statt zu geben. Im Falle der Weiterleitung an den UFS beantrage ich mündliche Verhandlung."

Am 23.10.2012 legte das Finanzamt diese Berufung dem Unabhängigen Finanzsenat zur Entscheidung vor.

Gemäß § 323 Abs. 38 BAO sind die am 31.12.2013 beim Unabhängigen Finanzsenat anhängig gewesenen Berufungen vom Bundesfinanzgericht als Beschwerden im Sinne des Art. 130 Abs. 1 B-VG zu erledigen.

Mit **Ladungen** des Bundesfinanzgerichtes **vom 2.2.1015** wurden der Beschwerdeführer, das Finanzamt und der vom Beschwerdeführer namhaft gemachte Zeuge SC zu der **für den 3.3.2015 anberaumten mündlichen Verhandlung** vorgeladen.

Am 5.2.2012 teilte der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers telefonisch mit, dass sein Mandant die Vorladung zur mündlichen Verhandlung erhalten habe. Er würde gerne Akteneinsicht nehmen. Eine solche wurde für die 7. Kalenderwoche vereinbart und um kurzen vorherigen Anruf (Anwesenheit des Richters) ersucht. Eine solche Vorsprache zwecks Akteneinsicht erfolgte jedoch nicht.

Am 25.2.2015 ersuchte der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers neuerlich telefonisch um Gewährung der Akteneinsicht, da der seinerzeit zuständige Sachbearbeiter in der Rechtsanwaltskanzlei (Mag. P ) im Jahr 2011 ausgeschieden sei. Die Akteneinsicht wurde in Form einer Übermittlung aller relevanten Aktenteile eingescannt mittels E-Mail vom 25.2.2015 an den Vertreter des Beschwerdeführers gewährt.

Im Zuge eines Telefonates teilte der Rechtsvertreter am 2.3.2015 mit, dass er in der für den 3.3.2015 anberaumten mündlichen Verhandlung den Richter als befangen ablehnen werde, da dieser bereits das Verfahren vor dem UFS zur GZ. RV/0714-L/08 geführt habe.

Mit Telefax vom 2.3.2015, gesendet um 15:08 Uhr, wurde die schriftlich ausgeführte **Befangenheitsanzeige vom 2.3.2015** an das Bundesfinanzgericht übermittelt.

Am 3.3.2015 wurde die mündliche Verhandlung, zu der alle vorgeladenen Parteien und auch der Zeuge erschienen sind, auf vorerst unbestimmte Zeit vertagt, da zur Entscheidung über Befangenheitsanzeigen gemäß § 13 Abs. 3 Zif. 2 BFGG iVm Punkt 3.3.6. der Geschäftsverteilung des Bundesfinanzgerichtes an der Außenstelle Linz deren Leiterin zuständig ist.

Mit **Beschluss vom 25.3.2015**, RV/5100492/2015, wies die Leiterin der Außenstelle Linz den Antrag auf Ablehnung des verfahrensführenden Richters als unbegründet ab. Auf die Entscheidungsgründe dieses Beschlusses, der beiden Verfahrensparteien zugestellt wurde, wird zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen.

Mit **Ladungen** des Bundesfinanzgerichtes **vom 22.4.1015** wurden der Beschwerdeführer, das Finanzamt und der vom Beschwerdeführer namhaft gemachte Zeuge SC zu der **für den 13.5.2015 anberaumten mündlichen Verhandlung** vorgeladen.

Mit **Vertagungsantrag vom 4.5.2015** wurde um Vertagung der für den 13.5.2015 anberaumten mündlichen Verhandlung ersucht, da sich der Beschwerdeführer am 12.5.2015 einer Operation an der Wirbelsäule unterziehe; eine entsprechende ärztliche Bestätigung, derzufolge aufgrund weiterhin anhaltender belastungsabhängiger Schmerzen eine "minimal-invasive mikroskopische Dekompression und Neuroforamitonmie bei L3/4 und L4/5 rechts erfolge", wurde vorgelegt.

Die mündliche Verhandlung wurde daraufhin mit **Beschluss vom 5.5.2015** auf vorerst unbestimmte Zeit vertagt. Der Beschluss wurde den Parteien im Postweg zugestellt und der Kanzlei des Rechtsvertreters vorab mit E-Mail übermittelt. Darin wurde auch ersucht, das Bundesfinanzgericht formlos zu informieren, sobald der Gesundheitszustand des Beschwerdeführers seine Teilnahme an einer mündlichen Verhandlung wieder zulasse. Über den Gesundheitszustand des Beschwerdeführers wurden jedoch dem Bundesfinanzgericht in weiterer Folge kein Informationen übermittelt.

Mit **Ladungen vom 13.8.2015** wurden der Beschwerdeführer, das Finanzamt und der vom Beschwerdeführer namhaft gemachte Zeuge SC zu der **für den 16.9.2015 anberaumten mündlichen Verhandlung** vorgeladen.

In der am 16.9.2015 durchgeföhrten mündlichen Verhandlung gab der Zeuge SC an:

"Ich war bei der Firma H-Ges.m.b.H als Disponent angestellt. Wie lange ich dort beschäftigt war, das kann ich nicht genau angeben. Nach Eröffnung des Konkurses der Firma H-Ges.m.b.H war ich bei der Firma M beschäftigt. Auf Vorhalt des Richters, dass weder Lohnzettel für das Jahr 2008 vorliegen, die eine Beschäftigung bei der Firma M belegen würden, noch eine solche Beschäftigung im Sozialversicherungsdatenauszug ausgewiesen wird, gebe ich an, dass ich trotzdem über Anweisung des Rechtsvertreters der Arbeiterkammer bei der Firma M beschäftigt war.

Die Post der Firma H-G.m.b.H. Transport GmbH bzw. der Firma M habe ich am Heimweg von der Arbeit zum Postamt T mitgenommen und dort abgegeben. Die Post war zuvor in der Firma kuvertiert und frankiert worden, mit der Freistempelmaschine.

Allfällige Privatpost des Herrn Bf. wurde mir von diesem gemeinsam mit der Firmenpost mitgegeben. Besonders gekennzeichnet war die Privatpost nicht. Ob der besagte Brief bei der Postaufgabe am 18.02.2008 dabei war, kann ich nicht sagen. Falls mir Herr Bf. Privatpost mitgegeben hat, habe ich diese aufgegeben.

Es hat bei der Postverarbeitung eigentlich nie Probleme gegeben, außer dass es mal vorgekommen ist, dass eine Postsendung nicht ausreichend frankiert war, dann musste ich am Schalter nachbezahlen. Der Ablauf beim Postamt war so, dass die Briefe kontrolliert wurden, ob sie frankiert wurden, ob die Briefe auch hinsichtlich der Richtigkeit des Datumsstempels überprüft wurden, das kann ich nicht sagen. Es hat Aufzeichnungen darüber gegeben, wie viele Postsendungen täglich mit der Freistempelmaschine frankiert wurden. Dies war deshalb erforderlich, weil auch eine benachbarte Firma diese Frankiermaschine verwendete, und daher Aufzeichnungen für die Verrechnungen des Portos erforderlich waren. Im Februar 2008 war ich der einzige Mitarbeiter, der für das Frankieren der Postsendungen der Firma H-G.m.b.H. verantwortlich war. Lediglich in der Vergangenheit haben auch andere Mitarbeiter diese Frankiermaschine verwendet.

Bei den Aufzeichnungen waren die frankierten Sendungen enthalten. Wenn Privatpost des Bef. dabei war, waren sie auch dann enthalten, wenn sie frankiert wurden, oder solche Sendungen mit Briefmarken."

Der Beschwerdeführer bestätigte in der mündlichen Verhandlung die Angaben des Zeugen, dass nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens der Firma H-Ges.m.b.H die Mitarbeiter im Betrieb der Firma M GmbH beschäftigt wurden. Grund dafür sei das AVRAG gewesen. Im Postbuch seien sämtliche Sendungen verzeichnet gewesen, die an diesem Tag verschickt wurden, mit Abgabedatum. Der Zeuge sei im Zeitraum Jänner bis März 2008 alleinverantwortlich für die Postaufgabe gewesen. Probleme habe es nie gegeben. Es sei daher für ihn auch Faktum, dass nur der Zeuge besagtes Kuvert vom 18.02.2008 frankiert haben könne und dieses auch in ordentlicher Weise zur Post gegeben habe, nachdem er dies auch täglich durchgeführt habe. Die Frankiermaschine sei von Beamten der Post vier mal jährlich kontrolliert worden, ob die Plombierung aufrecht ist. Auch hätten die eingelegten Frankierstreifen im Zuge dieser Kontrollen vorgewiesen werden müssen, insbesondere zu dem Zwecke, dass die Zählung der Poststücke auch mit den in Verwendung genommen Poststreifen ident war. Es habe niemals Anstände bei diesen Überprüfungen gegeben. Eine Überprüfung für ihn als Geschäftsführer sei insofern gegeben gewesen, als das Postfach, in dem die tägliche Post gelagert wurde, für ihn einsehbar gewesen sei; wenn dieses am Abend leer gewesen sei, habe er Gewissheit gehabt, dass keine Tagespost, zumindest bis zum Aufgabepunkt liegen geblieben war. Dienstschluss im Unternehmen sei um 18:00 Uhr gewesen. Kurz vorher sei die Post vom Angestellten AX zur Post gebracht worden.

#### **Über die Beschwerde wurde erwogen:**

Die §§ 303 bis 305 BAO in der Fassung Finanzverwaltungsgerichtsbarkeitsgesetz (FVwGG 2012, BGBI I Nr. 14/2013) lauten:

§ 303 (1) *Ein durch Bescheid abgeschlossenes Verfahren kann auf Antrag einer Partei oder von Amts wegen wiederaufgenommen werden, wenn*

- a) *der Bescheid durch eine gerichtlich strafbare Tat herbeigeführt oder sonstwie erschlichen worden ist, oder*
- b) *Tatsachen oder Beweismittel im abgeschlossenen Verfahren neu hervorgekommen sind, oder*
- c) *der Bescheid von Vorfragen (§ 116) abhängig war und nachträglich über die Vorfrage von der Verwaltungsbehörde bzw. dem Gericht in wesentlichen Punkten anders entschieden worden ist,*

*und die Kenntnis dieser Umstände allein oder in Verbindung mit dem sonstigen Ergebnis des Verfahrens einen im Spruch anders lautenden Bescheid herbeigeführt hätte.*

(2) *Der Wiederaufnahmsantrag hat zu enthalten:*

- a) *die Bezeichnung des Verfahrens, dessen Wiederaufnahme beantragt wird;*
- b) *die Bezeichnung der Umstände (Abs. 1), auf die der Antrag gestützt wird.*

(3) *Der Bundesminister für Finanzen wird ermächtigt, durch Verordnung die für die Ermessensübung bedeutsamem Umstände zu bestimmen.*

§ 304 *Nach Eintritt der Verjährung ist eine Wiederaufnahme des Verfahrens nur zulässig, wenn der Wiederaufnahmsantrag vor Eintritt der Verjährung eingebracht ist.*

§ 305 *Die Entscheidung über die Wiederaufnahme steht der Abgabenbehörde zu, die für die Erlassung des nach § 307 Abs. 1 aufzuhebenden Bescheides zuständig war oder vor Übergang der Zuständigkeit als Folge einer Bescheidbeschwerde oder einer Säumnisbeschwerde (§ 284 Abs. 3) zuständig gewesen wäre. Ist die diesbezügliche Zuständigkeit auf eine andere Abgabenbehörde übergegangen, so steht die Entscheidung der zuletzt zuständig gewordenen Abgabenbehörde zu.*

Gemäß § 323 Abs. 37 BAO traten die Bestimmungen der §§ 303, 304 und 305, jeweils in der Fassung des Bundesgesetzes BGBI I Nr. 14/2013, mit 1. Jänner 2014 in Kraft und sind, soweit sie Beschwerden betreffen, auch auf alle an diesem Tag unerledigten Berufungen und Devolutionsanträge anzuwenden.

§ 303 BAO idF des FVwGG ist eine Verfahrensbestimmung. Sie gilt daher ab Inkrafttreten auch für die Wiederaufnahme vor ihrem Inkrafttreten mit Bescheid abgeschlossener Verfahren (Ritz, BAO, 5. Auflage, § 303 Tz 13). Gleiches gilt für unerledigte Berufungen (nunmehr Beschwerden) gegen die Abweisung von Wiederaufnahmeanträgen (Ritz in taxlex 2014, 435, Beispiel 2). Auf den gegenständlichen Beschwerdefall ist somit die Bestimmung des § 303 BAO idF des FVwGG anzuwenden (in diesem Sinne auch BFG 12.3.2015, RV/7100341/2011 mit Hinweis auf BFG 10.7.2014, RV/5101246/2011). Dies gilt auch für die §§ 304 und 305 BAO.

Fehlendes grobes Verschulden der Partei an der Nichtgeltendmachung der neuen Tatsache oder des neuen Beweismittels im abgeschlossenen Verfahren ist beim Neuerungstatbestand des § 303 Abs. 1 lit. b BAO idF des FVwGG keine tatbestandsmäßige Voraussetzung mehr.

## **1) Gegenstand des Wiederaufnahmeantrages**

Im Antrag vom 18.6.2009 wurde die Wiederaufnahme des mit Berufungsentscheidung vom 5.5.2009 abgeschlossenen, zur GZ. RV/0714-L/08 beim Unabhängigen Finanzsenat anhängig gewesenen Verfahrens beantragt. Gegenstand dieses Verfahrens war der Bescheid des Finanzamtes vom 27.3.2008, mit dem eine Berufung gegen den Haftungsbescheid vom 11.1.2008 als verspätet zurückgewiesen wurde. Gegenstand des Wiederaufnahmeantrages ist daher nicht das "Haftungsverfahren" oder "das Verfahren vor dem UFS", sondern das mit Bescheid vom 27.3.2008 eingeleitete und mit Berufungsentscheidung vom 5.5.2009 beendete Verfahren betreffend Zurückweisung einer Berufung als verspätet (vgl. dazu auch den im Befangenheitsverfahren ergangenen Beschluss vom 25.3.2015).

Zur Entscheidung über diesen Wiederaufnahmeantrag war gemäß § 305 BAO das Finanzamt zuständig, welches den angefochtenen Bescheid (Zurückweisungsbescheid vom 27.3.2008) erlassen hatte.

## **2) Wiederaufnahmegrund**

Der Neuerungstatbestand des § 303 Abs. 1 lit. b BAO, auf den der Beschwerdeführer seinen Wiederaufnahmeantrag stützt, fordert, dass entscheidungsrelevante Tatsachen oder Beweismittel im "abgeschlossenen Verfahren neu hervorkommen sind". Gemeint ist damit, dass Tatsachen oder Beweismittel gegenüber dem abgeschlossenen Verfahren neu hervorgekommen sind (BFG 12.3.2015, RV/7100341/2011), also nunmehr Tatsachen oder Beweismittel vorliegen, die für das abgeschlossene Verfahren entscheidungsrelevant gewesen wären und erst nach Abschluss dieses Verfahrens neu hervorgekommen sind.

An das Erwiesensein von Tatsachen, die als Wiederaufnahmegründe in Betracht kommen, sind keine höheren Anforderungen zu stellen als an andere Tatsachen. Kann somit eine Tatsache in freier Beweiswürdigung als erwiesen angenommen werden, dann stellt sie einen Wiederaufnahmegrund dar (Ritz, a.a.O., § 303 Tz 35 mit Judikaturnachweisen). Gleiches gilt für neu hervorgekommene Beweismittel.

Gegenüber dem abgeschlossenen Verfahren neu hervorgekommen sind die mit 16.4.2009 datierte Stellungnahme des Beschwerdeführers (Vorhaltsbeantwortung im UFS-Verfahren) und die dieser Stellungnahme angeschlossene Eidesstattliche Erklärung des Zeugen, ebenfalls datiert mit 16.4.2009. Diese beiden Schriftstücke wurden im Verfahren vor dem Unabhängigen Finanzsenat nicht vorgelegt; dass sie tatsächlich erst nach Abschluss dieses Verfahrens erstellt worden wären, konnte nicht festgestellt werden bzw. fanden sich dafür keine Anhaltspunkte. Es ist daher von neu hervorgekommenen Beweismitteln (nova reperta) auszugehen; neu entstandene Beweismittel (nova procula) wären keine Wiederaufnahmegründe.

### **3) Entscheidungswesentlichkeit**

Neue Tatsachen und Beweismittel führen nur dann zu einer Wiederaufnahme des Verfahrens, wenn die Kenntnis dieser Umstände einen im Spruch anders lautenden Bescheid herbeigeführt hätte. Dies wäre vorliegend dann der Fall gewesen, wenn durch die Stellungnahme des Beschwerdeführers und die Erklärung des Zeugen der Nachweis für eine rechtzeitige Postaufgabe der Berufung gegen den Haftungsbescheid erbracht worden wäre. Entscheidend war daher im gegenständlichen Fall allein die Frage, ob die Berufung gegen den am 21.1.2008 zugestellten Haftungsbescheid tatsächlich am 18.2.2008 der Post wirksam zur Beförderung übergeben wurde, wie dies vom Beschwerdeführer behauptet wurde. In diesem Fall wäre die Berufungsfrist gewahrt gewesen, da die Tage des Postenlaufes in die Berufungsfrist nicht eingerechnet werden (§ 108 Abs. 4 BAO).

### **4) Beweiswürdigung**

#### **a) Angaben des Zeugen SC**

In der Erklärung vom 16.4.2009 hatte der Zeuge an Eidesstatt bestätigt, die Post am 18.2.2008 persönlich am Schalter des Postamtes in T abgeliefert zu haben, "so auch das in Frage stehende Kuvert an das Finanzamt Linz". In der mündlichen Verhandlung gab der Zeuge dagegen an, dass er nicht sagen könne, ob der besagte Brief bei der Postaufgabe am 18.2.2008 dabei gewesen sei. Die gemeinsam mit der Firmenpost aufgegebene Privatpost des Beschwerdeführers sei nicht besonders gekennzeichnet gewesen. Diese Verantwortung in der mündlichen Verhandlung war schon deswegen glaubwürdiger als die Aussage in der Erklärung vom 16.4.2009, weil zwischen der Postaufgabe am 18.2.2008 und eben dieser eidesstattlichen Erklärung rund 14 Monate vergangen waren.

Ferner hatte der Zeuge am 16.4.2009 noch angegeben, dass im Zuge der Postaufgabe "einerseits das Porto und andererseits das Datum am Tagesstempel" geprüft worden sei. In der mündlichen Verhandlung gab er dagegen an, er könne nicht sagen, ob die Briefe auch hinsichtlich der Richtigkeit des Datumsstempels geprüft wurden.

Damit konnte der vom Beschwerdeführer namhaft gemachte Zeuge aber nicht bestätigen, dass der die Berufung gegen den Haftungsbescheid enthaltende Brief in den am 18.2.2008 der Post zur Beförderung übergebenen Sendungen tatsächlich enthalten war. Nicht mehr aufrechterhalten wurde auch die Aussage, dass bei der Postaufgabe auch das mit der Freistempelmaschine auf den Sendungen aufgedruckte Datum kontrolliert worden wäre. Eine derartige Kontrolle ist in den damals in Geltung gestandenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Österreichischen Post AG betreffend Freistempelung von Briefsendungen auch nicht vorgesehen gewesen. Damit ist aber auch kein Beweis dafür erbracht worden, dass eine Sendung von der Post nur dann zur Beförderung übernommen worden wäre, wenn das mit der Freistempelmaschine aufgedruckte Datum mit dem Tagesdatum übereinstimmte, und daher die Sendung mit der Berufung gegen den Haftungsbescheid der Post nur am 18.2.2008 wirksam zur Beförderung übergeben werden hätte können. Einer Übernahme der Sendung durch die Post stand ein bereits

zeitlich früher aufgedrucktes Datum nicht entgegen. Die Berufung konnte daher durchaus trotz des am Briefkuvert angebrachten Freistempelabdruckes (18.2.2008) auch später (nach dem 21.2.2008) der Post wirksam zur Beförderung übergeben worden sein, wofür der Eingang der Sendung beim Finanzamt erst am 3.3.2008 sprach.

### **b) Angaben des Beschwerdeführers**

Zunächst ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführer zur allein entscheidungswesentlichen Frage, ob die Berufung gegen den Haftungsbescheid tatsächlich am 18.2.2008 der Post zur Beförderung übergeben wurde, keine eigene Wahrnehmung hatte bzw. haben konnte, weil nicht er, sondern sein Angestellter (der Zeuge) die Briefsendungen zur Post gebracht hat.

Zu der auch vom Beschwerdeführer in der dem Wiederaufnahmeantrag in Kopie angeschlossenen Stellungnahme vertretenen Ansicht, dass die Poststücke vom Postamt nicht übernommen worden wären, hätte das (mittels Freistempelmaschine) angebrachte Datum nicht gestimmt, wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf die obigen Ausführungen verwiesen.

Der Eintrag einer Sendung im Postausgangsbuch (auch mit Datum) kann allenfalls den Umstand glaubhaft machen, dass eine Sendung sich im Postausgang befunden hat, nicht aber, dass diese Sendung tatsächlich an einem bestimmten Tag auf einem bestimmten Postamt der Post zur Beförderung übergeben worden ist. Abgesehen davon wurde ein entsprechender Auszug aus dem Postausgangsbuch vom Beschwerdeführer nicht vorgelegt.

Auch der Einwand, dass die Freistempelmaschine von der Post jährlich viermal überprüft worden sei und dabei die aufrechte Plombierung sowie die Frankierstreifen kontrolliert worden wären, bietet keinen Beweis für die tatsächlich am 18.2.2008 erfolgte Postaufgabe der Berufung gegen den Haftungsbescheid, wurde bei diesen Kontrollen doch auch nach dem Vorbringen des Beschwerdeführers lediglich die Zählung der Poststücke mit den verwendeten Poststreifen verglichen. Damit in Einklang stehen auch die Bestimmungen des Punktes 3.1.1. der damals in Geltung gestandenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Post zur Freistempelung von Briefsendungen, wonach nur die Anzahl der dem Postamt übergebenen Sendungen und das Gesamtentgelt der Freistempelabdrucke mit den Angaben im Protokoll verglichen wurden.

Im Übrigen wurde bereits in der Gegenschrift des Unabhängigen Finanzsenates vom 21.12.2009 im Verfahren zu VwGH 2009/15/0133, die dem Vertreter des Beschwerdeführers im Zuge der gewährten Akteneinsicht am 25.2.2015 übermittelt worden ist, auf Punkt 3.1.2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Post zur Freistempelung von Briefsendungen hingewiesen, wonach Briefsendungen ohne Sonderbehandlung mit Freistempelabdrucken in blauer Farbe (für Sendungen ohne Protokoll über die Abstempelungsvorgänge) auch etwa durch Einlegen in einen Briefkasten aufgegeben werden können. Der gegenständliche Freistempelaufdruck

war unbestritten in blauer Farbe und hätte daher auch auf diese Weise der Post zur Beförderung übergeben werden können.

Schließlich hat der Beschwerdeführer noch eingewendet, dass das Postfach im Unternehmen für ihn als Geschäftsführer einsehbar gewesen wäre; falls dieses am Abend leer gewesen sei, habe er Gewissheit gehabt, dass keine Tagespost liegen geblieben wäre. Ein am Abend geleertes Postfach im Unternehmen beweist aber in keiner Weise die tatsächliche Aufgabe einer bestimmten Sendung bei einem bestimmten Postamt an eben diesem Tag.

Insgesamt gesehen bieten daher auch die geltend gemachten Wiederaufnahmegründe keinen Beweis für die Rechtzeitigkeit der Postaufgabe der Berufung gegen den Haftungsbescheid. Damit fehlt es aber an einer Entscheidungswesentlichkeit der neuen Tatsachen bzw. Beweismittel im oben unter Punkt 3 dargestellten Sinn und war daher spruchgemäß zu entscheiden.

## **5) Revisionszulassung**

Gemäß Artikel 133 Abs. 4 B-VG ist gegen ein Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes 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.

Eine solche Rechtsfrage liegt im gegenständlichen Fall nicht vor. Die Wiederaufnahme des Verfahrens hing allein von der Würdigung der neu vorgebrachten Tatsachen bzw. Beweismittel ab. Zur Überprüfung der Beweiswürdigung ist der Verwaltungsgerichtshof jedoch im Allgemeinen nicht (mehr) berufen, da er seit der am 1.1.2014 in Kraft getretenen Reform der Verwaltungsgerichtsbarkeit als Rechtsinstanz tätig ist (vgl. VwGH 24.4.2014, Ra 2014/01/0010). Eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist daher im gegenständlichen Fall nicht zulässig.

Linz, am 18. September 2015