



## **Berufungsentscheidung**

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., vom 14. September 2005 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 8/16/17 vom 5. September 2005 betreffend Abweisung des Antrages auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§ 308 BAO) und des Antrages auf Aussetzung der Einhebung (§ 212a BAO) entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Aus Anlass der Berufung wird der Spruch des angefochtenen Bescheides hinsichtlich des Antrages auf Aussetzung der Einhebung wie folgt geändert:

"Der Antrag auf Aussetzung der Einhebung vom 6. Juli 2005 wird als unzulässig zurückgewiesen"

### **Entscheidungsgründe**

Mit Eingabe vom 6. Juli 2005 brachte die Berufungswerberin (Bw.) einen Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, einen Antrag auf Aussetzung der Einhebung sowie einen Vorlageantrag gemäß § 276 Abs. 2 BAO und in eventu eine Berufung gegen die Abweisung der Aussetzung der Einhebung ein.

Zur Begründung zum Antrag gemäß § 308 BAO führte die Bw. aus, dass sie am 15. März 2005 eine Berufung gegen den Haftungsbescheid vom 22. November 2004 erhoben habe. Die Berufungsvorentscheidung sei der Rechtsvertreterin am 27. Mai 2005 zugestellt worden. Gegen die Entscheidung sei gemäß § 276 Abs. 2 BAO binnen eines Monats der Antrag auf Entscheidung über die Berufung durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz zu stellen. Die

Rechtsvertreterin habe die Frist für den Vorlageantrag versäumt, weil sie am letzten Tag der Vorlagefrist, dem 27. Juni 2005, aufgrund einer zum ersten Mal und plötzlich aufgetretenen schwerwiegenden Migräne, die mit Brechanfällen begleitet gewesen sei, gezwungen gewesen wäre, den ganzen Tag im dunklen Zimmer im Ruhezustand zu verbringen. Sie sei daher weder in der Lage gewesen, sich um die Angelegenheit ihrer Kanzlei zu kümmern, noch sei sie auf Grund der Begleiterscheinungen der Migräne einschließlich einer Sprach- und Sehstörung in der Lage gewesen, einen Substituten für die an diesem Tag zu besorgenden Angelegenheiten zu organisieren. Da sie eine Einzelanwältin sei, habe sie keine Kanzleikollegen, die ihre Angelegenheit ohne ihren ausdrücklichen Auftrag besorgen hätten können. Auf Grund der aufgetretenen vollkommenen Dispositionsunfähigkeit sei die Rechtsvertreterin nicht in der Lage gewesen, den Vorlageantrag gemäß § 276 Abs. 2 BAO fristgerecht zu stellen. Da sie vorher nie Migräne gehabt habe, hätte sie die Krankheit keinesfalls vorhersehen noch diese bis zum Ablauf der Vorlagefrist beseitigen können.

Durch das Versäumnis der Vorlagefrist sei der Bw. insofern ein Nachteil entstanden, als die Abgabenbehörde erster Instanz der Berufung nicht stattgegeben habe und diese Entscheidung auf eine fehlerhafte Rechtsauffassung der Abgabenbehörde erster Instanz beruhe.

Gleichzeitig brachte die Bw. einen Vorlageantrag betreffend Haftungsbescheid gemäß § 9 BAO vom 22. November 2004 ein. Der Inhalt wird hier nicht wiedergegeben, da dieser nicht entscheidungsrelevant ist.

Im Hinblick auf den Vorlageantrag wurde weiters ein Antrag auf Aussetzung der Einhebung gemäß § 212a BAO hinsichtlich des Haftungsbetrages gestellt.

Mit Bescheid vom 5. September 2005 wies das Finanzamt den Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand sowie den Antrag auf Aussetzung der Einhebung ab.

Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass die abweisende Berufungsvorentscheidung vom 18. Mai 2005 nach erfolglosem Zustellversuch vom 27. Mai 2005 beim zuständigen Postamt hinterlegt worden sei. Als erster Tag der Abholfrist sei der 30. Mai 2005 bekannt gegeben worden. Gemäß § 17 Abs. 1 Zustellgesetz sei eine Sendung, die an der Abgabenstelle nicht zugestellt werden könne, beim zuständigen Postamt zu hinterlegen. Von der Hinterlegung sei der Empfänger schriftlich zu verständigen. Die hinterlegte Sendung sei mindestens zwei Wochen zur Abholung bereit zu halten. Der Lauf dieser Frist beginne mit dem Tag, an dem die Sendung erstmals zur Abholung bereitgehalten werde. Hinterlegte Sendungen würden mit dem ersten Tag dieser Frist als zugestellt gelten. Die Frist zur Einbringung eines Vorlageantrages habe somit nicht am Montag dem 27. Juni 2005, sondern erst am Donnerstag, dem 30. Juni 2005, geendet. Da für die

verbleibenden drei Tage zwischen dem 27. Juni 2005 und dem 30. Juni 2005 kein entschuldbarer Grund vorgebracht worden sei, sei der Antrag gemäß § 308 BAO abzuweisen. Da somit eine Vorlage auch nicht möglich sei, würden die Voraussetzungen zur Gewährung einer Aussetzung der Einhebung gemäß § 212a BAO fehlen. Dieser Antrag sei daher ebenfalls abzuweisen.

In der dagegen eingebrachten Berufung führte die Bw. aus, dass die abweisende Berufungsvorentscheidung vom 18. Mai 2005 nach erfolglosem Zustellversuch vom 27. Mai 2005 beim zuständigen Postamt hinterlegt worden sei. Hinterlegte Sendungen würden gemäß § 17 Abs. 3 ZustG mit dem ersten Tag der Abholfrist als zugestellt gelten.

Das Finanzamt habe angenommen, dass der erste Tag der Abholfrist der 30. Mai 2005 gewesen sei, zumal dieses Datum in der schriftlichen Verständigung über die erfolgte Hinterlegung als erster Abholtag angegeben worden sei.

Der Rechtsvertreterin der Bw. sei jedoch die Praxis des zuständigen Postamtes bekannt, Sendungen (einschließlich behördlicher Briefe) bereits am gleichen Tag der Benachrichtigung zur Abholung bereit zu halten. Sie habe daher den tatsächlichen ersten Hinterlegungstag, dies sei der 27. Mai 2005 gewesen, als Basis für die Berechnung der Frist genommen. Die Frist sei daher am 27. Juni 2005 und nicht wie von der Behörde erster Instanz angenommen am 30. Juni 2005 abgelaufen. Die Rechtsvertreterin habe daher die Frist richtig berechnet.

Mit Berufungsvorentscheidung vom 18. Oktober 2005 wies das Finanzamt die Berufung als unbegründet ab und führte aus, dass in der schriftlichen Verständigung des Postamtes über den am 27. Mai 2005 erfolgten Zustellversuch der Berufungsvorentscheidung und Nachsichtsabweisung der 30. Mai 2005 und nicht der 27. Mai 2005 angegeben sei. Die Frist zur Einbringung eines Vorlageantrages habe daher am 30. Juni 2005 geendet.

Da bezüglich der Tage vor und nach dem 27. Juni 2005 keine Gründe für eine Dispositionsunfähigkeit angegeben worden seien, müsse die Berufung als unbegründet abgewiesen werden.

In dem dagegen eingebrachten Antrag auf Vorlage der Berufung an die Abgabenbehörde zweiter Instanz führte die Bw. aus, dass das zuständige Postamt an die Rechtsvertreterin der Bw. gerichtete Sendungen einschließlich behördlicher Schriftstücke immer am selben Tag hinterlege. Die Zustellbasis werde auf den Schriftstücken vermerkt. Diese Praxis des Postamtes, die von demselben bestätigt worden sei (auf die Beilage zur Berufung werde verwiesen) sei der Rechtsvertreterin bekannt.

Auch im konkreten Fall habe das Postamt auf dem Schriftstück als Zustellbasis den 27. Mai 2005 und nicht wie von der Behörde erster Instanz angenommen, den 30. Mai 2005

vermerkt. Die Rechtsvertreterin habe daher annehmen müssen, dass die Sendung am 27. Mai 2005 zugestellt worden sei, zumal gemäß § 17 Abs. 3 ZustG der Lauf der Frist mit dem Tag, an dem die Sendung erstmals zur Abholung bereit gehalten werde, beginne.

### ***Über die Berufung wurde erwogen:***

*§ 308. (1) lautet: Gegen die Versäumung einer Frist (§§ 108 bis 110) ist auf Antrag der Partei, die durch die Versäumung einen Rechtsnachteil erleidet, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu bewilligen, wenn die Partei glaubhaft macht, dass sie durch ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis verhindert war, die Frist einzuhalten. Dass der Partei ein Verschulden an der Versäumung zur Last liegt, hindert die Bewilligung der Wiedereinsetzung nicht, wenn es sich nur um einen minderen Grad des Versehens handelt.*

*(2) (aufgehoben)*

*(3) Der Antrag auf Wiedereinsetzung muss binnen einer Frist von drei Monaten nach Aufhören des Hindernisses bei der Abgabenbehörde, bei der die Frist wahrzunehmen war, bei Versäumung einer Berufungsfrist oder einer Frist zur Stellung eines Vorlageantrages (§ 276 Abs. 2) bei der Abgabenbehörde erster oder zweiter Instanz eingebracht werden. Spätestens gleichzeitig mit dem Wiedereinsetzungsantrag hat der Antragsteller die versäumte Handlung nachzuholen.*

*(4) Wenn die Zuständigkeit zur Abgabenerhebung auf eine andere Abgabenbehörde übergegangen ist, kann der Wiedereinsetzungsantrag unter spätestens gleichzeitiger Nachholung der versäumten Handlung auch bei der Abgabenbehörde erster Instanz eingebracht werden, die im Zeitpunkt der Antragstellung zur Abgabenerhebung zuständig ist.*

Die Frist zur Einbringung einer Berufung bzw. eines Vorlageantrages beträgt einen Monat (§ 245 Abs. 1 BAO bzw. § 276 Abs. 2 BAO). Sie beginnt mit der an die Partei erfolgten Zustellung der schriftlichen Ausfertigung des Bescheides bzw. der Berufungsvorentscheidung.

Im gegenständlichen Fall ist strittig, ob die fristenauslösende Zustellung am 27. Mai 2005 oder am 30. Mai 2005 erfolgte.

Die diesbezüglichen Absätze (1) bis (3) des § 17 ZustG lauten:

*"(1) Kann die Sendung 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 Schriftstück im Falle der Zustellung durch die Post beim zuständigen Postamt, in allen anderen Fällen aber beim zuständigen Gemeindeamt oder bei der Behörde, wenn sie sich in der selben Gemeinde befindet, zu hinterlegen.*

*(2) Von der Hinterlegung ist der Empfänger schriftlich zu verständigen. Die Verständigung ist in den für die Abgabestelle bestimmten Briefkasten (Briefeinwurf, Hausbrieffach) 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) Die hinterlegte Sendung ist mindestens zwei Wochen zur Abholung bereitzuhalten. Der Lauf dieser Frist beginnt mit dem Tag, an dem die Sendung erstmals zur Abholung bereitgehalten wird. Hinterlegte Sendungen 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 die hinterlegte Sendung behoben werden könnte."*

Der erste Tag der Abholfrist ist nach dem letzten Satz des § 17 Abs. 2 ZustG vom Zusteller in der Verständigung anzugeben (hg. Erkenntnis vom 19. Mai 2004, ZI. 2004/18/0106 unter Hinweis auf Walter/Thienel, Verwaltungsverfahren I2 (1998) Anm. 20 zu § 17 Zustellgesetz). Das für diese Verständigung vorgesehene Formular 1 (ZustFormV idF BGBl. II 1999/493) sieht diesbezüglich zwei Möglichkeiten vor, aus denen vom Zusteller durch Ankreuzen ausgewählt wird:

"Das Schriftstück ist abzuholen:

<input type="radio"/>	heute ab	Uhr
<input type="radio"/>	ab morgen (nächster Werktag)"	

Der unabhängige Finanzsenat hat zur Klärung des Zeitpunktes der Zustellung eine Ablichtung der Verständigung über die Hinterlegung des RSb-Briefes von der zuständigen Postfiliale angefordert.

Im gegenständlichen Fall hat der Zusteller "ab morgen" (nächstem Werktag) angekreuzt, das war also der 30. Mai 2005.

Gemäß § 22 Abs. 1 ZustG ist die Zustellung vom Zusteller auf dem Zustellnachweis (Zustellschein, Rückschein) zu beurkunden.

Hier erfolgte der Zustellnachweis durch Verwendung des Formulars 4/2 der ZustFormV (Rückschein bei gewöhnlicher Zustellung); auf einem solchen Formular hat der Zusteller das Datum des Zustellversuchs einzutragen sowie

1. die Verständigung über die Hinterlegung
2. die allfällige Annahmeverweigerung
3. den Hinterlegungsort

zu beurkunden.

Weiters ist der Beginn der Abholfrist anzugeben.

Hier wurde das Datum 30. Mai 2005 eingetragen.

Nach ständiger Rechtsprechung ist der vom Zusteller erstellte Zustellnachweis (Rückschein) eine öffentliche Urkunde, die den Beweis dafür erbringt, dass die Zustellung vorschriftsmäßig erfolgt ist; doch ist der Gegenbeweis gemäß § 292 Abs. 2 ZPO zulässig. Behauptet jemand, es lägen Zustellmängel vor, so hat er diese Behauptungen auch entsprechend zu begründen und

Beweise dafür anzubieten, die geeignet sind, die vom Gesetz aufgestellte Vermutung zu widerlegen (vgl. Walter/Thienel aaO, E 2f. zu § 22 ZustG; zuletzt Erkenntnis vom 3.9.2002, Zl. 2002/03/0156).

Die Angaben über den Beginn der Abholfrist auf dem Rückschein stimmen somit mit der diesbezüglichen Angabe auf der Verständigung über die Hinterlegung überein.

Wenn, wie oben ausgeführt, der Zusteller den Beginn der Abholfrist auf der Verständigung über die Hinterlegung angegeben hat, dann ist für den Beginn der Abholfrist allein diese Festlegung maßgeblich.

Die der Berufung beigelegte Bestätigung der Postfiliale, dass Sendungen am Tag der Hinterlegung behoben werden könnten, ist daher ohne Belang.

Abgesehen davon, dass der Beginn der Abholfrist nicht auf der Briefsendung selbst festgesetzt wird, geht die Einwendung der Bw., dass auf dem Schriftstück die "Zustellbasis" 27. Mai 2005 vermerkt sei, schon deshalb ins Leere, da mit dem Begriff "Zustellbasis" das Zustellpostamt (hier Wien-X) bezeichnet wird. Das Datum selbst bezeichnet den Tag der Hinterlegung, jedoch nicht den Beginn der Abholfrist.

Der Bescheid gilt gemäß § 17 Abs. 3 ZustG mit dem ersten Tag der Abholfrist als zugestellt. Da der Bescheid der Behörde erster Instanz am 30. Mai 2005 wirksam zugestellt wurde, endete die Berufungsfrist erst am 30. Juni 2005.

Wie das Finanzamt zutreffend ausgeführt hat, enthalten die Anträge auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand keine Gründe für eine Dispositionsunfähigkeit im Zeitraum 28. bis 30. Mai 2005.

Aus dem Sachverhalt ergibt sich, dass die Berufungsfrist nicht die behauptete unvorhergesehene Erkrankung der Vertreterin der Bw. (die eidesstattliche Erklärung der Rechtsvertreterin vom 6. Juli 2005 stellt keinen Beweis dar), sondern vielmehr durch einen Rechtsirrtum verursacht wurde, der nach der Rechtsprechung keinen Wiedereinsetzungsgrund darstellt.

*Gemäß § 212 a Abs. 1 BAO ist die Einhebung einer Abgabe, deren Höhe unmittelbar oder mittelbar von der Erledigung einer Berufung abhängt, auf Antrag des Abgabepflichtigen insoweit auszusetzen, als eine Nachforderung unmittelbar oder mittelbar auf einen Bescheid, der von einem Anbringen abweicht, oder auf einen Bescheid, dem kein Anbringen zugrunde liegt, zurückzuführen ist, höchstens jedoch im Ausmaß der sich bei einer dem Begehren des Abgabepflichtigen Rechnung tragenden Berufungserledigung ergebenden Herabsetzung der Abgabenschuld. Dies gilt sinngemäß, wenn mit einer Berufung die Inanspruchnahme für eine Abgabe angefochten wird.*

*Gemäß § 212a Abs. 3 können Anträge auf Aussetzung der Einhebung bis zur Entscheidung über die Berufung (Abs. 1) gestellt werden.*

*Gemäß § 289 Abs. 2, zweiter Satz BAO ist die Abgabenbehörde zweiter Instanz berechtigt, sowohl im Spruch als auch in der Begründung ihre Anschauung an die Stelle jener der Abgabenbehörde erster Instanz zu setzen und demgemäß den angefochtenen Bescheid nach jeder Richtung abzuändern, aufzuheben oder die Berufung als unbegründet abzuweisen.*

Nachdem Anträge auf Aussetzung der Einhebung bis zur Entscheidung über die Berufung gestellt werden können und das Berufungsverfahren durch die in Rechtskraft erwachsene Berufungsvorentscheidung vom 18. Mai 2005 abgeschlossen wurde, somit im Zeitpunkt der Antragstellung kein offenes Berufungsverfahren gegen den Haftungsbescheid vom 22. November 2004 vorlag bzw. im Hinblick auf die Abweisung des Wiedereinsetzungsantrages nicht vorliegt, wäre der Antrag auf Aussetzung der Einhebung vom 6. Juli 2005 zurückzuweisen anstatt abzuweisen gewesen.

Unter Hinweis auf § 289 Abs. 2 BAO war daher der Spruch des angefochtenen Bescheides zu berichtigen.

Der Berufung war daher der Erfolg zu versagen.

Wien, am 18. Jänner 2006