

## **Berufungsentscheidung**

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., vom 5. November 2001 gegen den Bescheid des Finanzamtes X. vom 27. September 2001 betreffend Zurückweisung einer Berufung (§ 273 BAO) entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

### **Entscheidungsgründe**

Mit Bescheid vom 30. Mai 2000 forderte das Finanzamt von der Berufungserberin (Bw.) die für den Sohn S., geboren am Datum1, ausbezahlten Beträge an Familienbeihilfe für den Zeitraum Februar 1998 sowie April 1998 bis April 2000 und die für die genannten Zeiträume ausgezahlten Kinderabsetzbeträge im Gesamtbetrag von € 7.959,49 als zu Unrecht bezogen zurück, weil der Sohn sich nicht mehr in Berufsausbildung befunden hatte. (Der Sohn hatte die begonnene Lehrausbildung laut Versicherungsdatenauszug abgebrochen und war als Arbeiter nichtselbständig beschäftigt.)

Die Zustellung des Rückforderungsbescheides erfolgte mit Zustellnachweis (RSb-Brief) durch Hinterlegung (laut Rückschein erster Zustellversuch am 5.Juni 2000, Hinterlegung am 6.6.2000). Die hinterlegte Sendung wurde von der Bw. nicht behoben.

Nach Ausstellung eines Pfändungsbescheides (Lohnpfändung betreffend den Rückforderungsbetrag) sprach die Bw. beim zuständigen Finanzamt vor und der Bescheid vom 30. Mai 2000 wurde der Bw. am 19. Juli 2001 ausgefolgt.

Mit Eingabe (Fax) vom 16. August 2001 erhab die Bw. Berufung gegen den Bescheid vom 30. Mai 2000 und führte hinsichtlich der Bescheidzustellung nur aus, dass ihr der Bescheid am 19. Juli 2001 zugekommen sei.

Mit Bescheid vom 27. September 2001 wies das Finanzamt die Berufung vom 16. August 2001 gegen den Rückforderungsbescheid vom 30. Mai 2000 mit der Begründung zurück, dass die Berufungsfrist am 6. Juli 2000 abgelaufen sei.

Gegen den Zurückweisungsbescheid erhab die Bw. Berufung wie folgt:

*Gegen den Bescheid zu obigen GZ. vom 22.09.2001, zugestellt am 08.10.01, wird innerhalb offener Frist Berufung wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung und Aktenwidrigkeit erhoben.*

*Zunächst wird vorgebracht, dass der Grundlagenbescheid keineswegs am 06.06.2000 zugestellt wurde, da ein Zustellvorgang gar nicht aktenkundig ist. Die - hier wie dort - Bw. hat nämlich erst durch den Pfändungsvorgang von der Scheinrechtskraft des vormaligen Rückstandsausweises erfahren.*

*In Wahrnehmung Ihrer Mitwirkungspflicht hat die Bw. daraufhin ohne Saumsal die Behörde aufgesucht, um die Sachlage zu klären. Die Sachbearbeiter konnten mangels aktenkundigen Zustellnachweises nicht davon ausgehen, dass eine Zustellung weiland erfolgt wäre, so dass Folgerichtigerweise der Bw. der Bescheid *in situ* durch Übergabe zugestellt wurde.*

*Die Behörde geht in ihrem Schreiben vom 20.09.01, das dem Gf der Dienstgeberin der Bw. am 24.09.01 an dessen Wohnadresse zugestellt wurde, selbst davon aus, dass die Rechtsmittelfrist gegen den Bescheid am 19.08.2001 abgelaufen wäre.*

*Hiezu bleibt festzuhalten, dass In jenem Schreiben an den Gf - wie sich mittlerweile herausstellte - fälschlicherweise davon ausgegangen wurde, dass die Bw. kein Rechtsmittel ergriffen hätte; solches war jedoch am 16.08.01 der Fall.*

*Es nimmt daher wunder, dass die Behörde zunächst davon ausgeht, ein Rechtsmittel sei gar nicht erhoben wäre, dann aber das ob Rüge doch noch aufgefandene Schriftstück als „verspätet“ zurückzuweisen wünscht. Eine solche Vorgangsweise wird von der Bw. ausdrücklich als Verhöhnung unter Art. 3 EMRK gerügt.“*

*Es wird daher beantragt, den bekämpften Zurückweisungsbescheid aufzuheben, das ordentliche Rechtsmittelverfahren einzuleiten und hinsichtlich des Betrages von ATS 114.845,00 (109.525,00 s.A.) gem. §§ 212a, 231 BAO vorzugehen.*

Das Finanzamt wies die Berufung gegen den Zurückweisungsbescheid als unbegründet ab und führte in der Berufungsvorentscheidung aus:

*„Mit Bescheid vom 30.5.2000 wurde Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für ... in Höhe von öS 109.525,00 (€ 7.959,49) rückgefordert. Die Zustellung erfolgte nachweislich am 6.6.2000 mittels Hinterlegung beim zuständigen Abgabepostamt.*

*Gemäß § 17 Zustellgesetz (ZustG) hat der Zusteller eine Sendung, die an der Abgabestelle nicht zugestellt werden kann, beim zuständigen Postamt zu hinterlegen.*

*Von der Hinterlegung ist der Empfänger schriftlich zu verständigen. 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 bereithalten wird. Hinterlegte Sendungen gelten mit dem ersten Tag dieser Frist als zugestellt. Sie gelten nicht als zugestellt, wenn sich ergibt, dass der Empfänger 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 konnte. Die im Wege der Hinterlegung vorgenommene Zustellung ist auch dann gültig, wenn die schriftliche Verständigung des Empfängers beschädigt oder entfernt wurde.*

*Der erste Zustellversuch der Post erfolgte gemäß hierorts aufliegendem Rückschein am 5.6.2000, wobei die Verständigung in das Hausbrieffach eingelegt wurde. Sodann erfolgte die Hinterlegung der Sendung beim Postamt 1122.“*

Mit Eingabe (Fax) vom 5. April 2002 beantragte die Bw. die Vorlage der Berufung gegen den Zurückweisungsbescheid zur Entscheidung durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz und führte zusätzlich aus:

*„Die Ansicht der Unterinstanz Ist rechtsirrig und mangelhaft. Aus der bisherigen Ablaufgeschichte des Aktes ergibt sich, dass sämtliche Zustellungen die Bw. regelmäßig erreichten und sämtliche Rechtsmittel bzw. -behelfe fristgerecht erhoben wurden. Der auf Seite 2: der BVE, 1. Absatz aufgestellten Behauptung Ist insoweit zu widersprechen, als die Darstellung unvollständig Ist. Nicht die Hinterlassung der Verständigung hinsichtlich des zweiten Zustellversuches Ist maßgeblich sondern die Verständigung der Hinterlegung selbst. Ein derartiges Ermittlungsergebnis ist - zumindest bis zur Vorsprache am 19.07.01 - nicht aktenkundig. Die diesbezügliche Aktenlage spricht daher eher für die Bw., als gegen sie.“*

*Es ist mit den Grundsätzen eines fairen Verfahrens gem. Artikel 6 EMRK völlig unvereinbar, die Beweislast bei unsicherem Ermittlungsergebnis dem Abgabepflichtigem aufzubürden und behördlicherseits sich auf formalistische Ausflüchte zurückzuziehen, statt der konventionalmäßigen Verpflichtung wie oben, aber auch gem. Artikel 13 zu entsprechen.*

*Die Bw. steht unter dem Eindruck, dass die Abgabenbehörde 1. Instanz sich durch formalistische Ausflüchte Ihrer Ermittlungspflicht zu entziehen sucht, allenfalls Organisationsmängel verdecken will, welcher Eindruck sich durch das Verhalten eines Organwalters, der sich als Leitungsbefugter ausgab, noch bestärkt wird. Erst die Befassung eines Vertreters der Amtsleitung konnte üblichen Umgangsformen zum Durchbruch Verhelfen.*

*Da die angefochtene Entscheidung nicht nur unbillig, sondern unter Verletzung von Verfahrensvorschriften zustande gekommen ist - der vormals verschollene Rückschein wurde vom Schicksal des Verstoßes befreit, ohne dass er vorgehalten worden wäre - sodass die Bw. schon in Wahrnehmung einer Rettungspflicht die Berufung weiterverfolgen muss.*

*Der ursprüngliche Berufungsantrag bleibt daher unverändert aufrecht.“*

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

Gemäß § 2a BAO gelten die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes, soweit sie hierauf nicht unmittelbar anwendbar sind und nicht anderes bestimmt ist, sinngemäß in Angelegenheiten der von den Abgabenbehörden des Bundes zuzerkennenden oder rückzufordernden bundesrechtlich geregelten Beihilfen aller Art.

Gemäß § 97 Abs. 1 BAO werden Erledigungen dadurch wirksam, dass sie demjenigen bekannt gegeben werden, für den sie ihrem Inhalt nach bestimmt sind. Die Bekanntgabe erfolgt bei schriftlichen Erledigungen, wenn nicht in besonderen Vorschriften die öffentliche Bekanntmachung oder die Auflegung von Listen vorgesehen ist, durch Zustellung.

Die Berufungsfrist beträgt gemäß § 245 Abs. 1 BAO einen Monat. Die Abgabenbehörde hat nach § 273 Abs. 1 BAO eine Berufung durch Bescheid zurückzuweisen, wenn die Berufung a) nicht zulässig ist oder b) nicht fristgerecht eingegangen ist.

Im gegenständlichen Berufungsfall wurde die Zustellung des Rückforderungsbescheides vom 30. Mai 2000 an die richtig bezeichnete Wohnadresse der Bw. mit Zustellnachweis

vorgenommen. Laut den Vermerken des Zustellpostamtes auf dem im Verwaltungsakt des Finanzamtes erliegenden Rückschein-Formular (RSb-Brief, Formular 4 zu § 22 des Zustellgesetzes) erfolgte der erste Zustellversuch am 05.06.2000, die Verständigung über die Hinterlegung wurde in das Hausbrieffach eingelegt. Die Hinterlegung beim Zustellpostamt (und gleichzeitig Beginn der Abholfrist) ist auf dem Rückschein mit 06.06.2000 vermerkt. Die hinterlegte Sendung wurde von der Bw. innerhalb der Abholfrist nicht abgeholt und am 26.06.2000 an das zuständige Finanzamt mit dem Vermerk „nicht behoben, daher zurück an Absender“ zurückgestellt.

Anlässlich einer Vorsprache der Bw. im Zuge des Einbringungsverfahrens betreffend den Rückforderungsbetrag wurde der Bescheid vom 30. Mai 2000 der Bw. im Finanzamt ausgefolgt. Die Übernahme des Schriftstückes am 19. Juli 2001 wurde von der Bw. mit Unterschrift auf dem RSb-Kuvert bestätigt.

Die Bw. ist nun der Ansicht, die Berufung vom 16. August 2001 gegen den Rückforderungsbescheid vom 20. Mai 2000 sei rechtzeitig eingebracht worden, weil ihr der Bescheid erst am 19. Juli 2001 zugekommen sei.

Dazu ist auszuführen, dass Zustellungen gemäß § 98 BAO nach dem Zustellgesetz vorzunehmen sind. Das Zustellgesetz regelt die Zustellung der von Gerichten und Verwaltungsbehörden in Vollziehung der Gesetze zu übermittelnden Schriftstücke. Soweit die für das Verfahren geltenden Vorschriften nicht eine andere Form der Zustellung vorsehen, sind gemäß § 2 ZustellG die Schriftstücke durch Organe der Post, durch Organe der Behörden oder, wenn dies im Interesse der Zweckmäßigkeit, Einfachheit und Raschheit gelegen ist, durch Organe der Gemeinden zuzustellen.

Abgabestelle im Sinne des ZustellG ist gemäß § 4 leg.cit. der Ort, an dem die Sendung dem Empfänger zugestellt werden darf; das ist die Wohnung oder sonstige Unterkunft, die Betriebsstätte, der Sitz, der Geschäftsräum, die Kanzlei oder der Arbeitsplatz des Empfängers, im Falle einer Zustellung anlässlich einer Amtshandlung auch deren Ort.

Stellt die Abgabenbehörde ein Schriftstück ohne Zustellnachweis zu, dann trifft sie die Beweislast (Hinweis Ritz, BAO-Kommentar/2 Rz 4 zu § 102 BAO). Wenn wichtige Gründe hiefür vorliegen, hat die Abgabenbehörde nach § 102 BAO die schriftlichen Ausfertigungen mit Zustellnachweis zuzustellen.

Die entsprechenden Bestimmungen des Zustellgesetzes (idF BGBl.Nr. 200/1982) lauten:

*„§ 17. (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 derselben 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.*

*(4) Die im Wege der Hinterlegung vorgenommene Zustellung ist auch dann gültig, wenn die im Abs. 2 oder die im § 21 Abs. 2 genannte Verständigung beschädigt oder entfernt wurde.*

*§ 19. (1) Sendungen, die weder zugestellt werden können noch nachzusenden sind oder die zwar durch Hinterlegung zugestellt, aber nicht abgeholt worden sind, sind der Behörde zurückzustellen.*

*(2) Auf der Sendung ist der Grund der Zurückstellung zu vermerken."*

Für Zustellungen mit Zustellnachweis gilt demnach gemäß § 17 ZustellG die hinterlegte Sendung mit dem ersten Tag der Hinterlegung als zugestellt, es sei denn, dass der Empfänger wegen Abwesenheit von der Abgabestelle nicht rechtzeitig vom Zustellvorgang Kenntnis erlangen konnte. In diesem Fall wird die Zustellung an dem der Rückkehr an die Abgabestelle folgenden Tag innerhalb der Abholfrist wirksam, an dem die hinterlegte Sendung behoben werden könnte. Dass die Bw. wegen (vorübergehender) Abwesenheit von der Abgabestelle nicht rechtzeitig vom Zustellvorgang Kenntnis erlangen habe können, wird - trotz entsprechender Ausführungen des Finanzamtes in der Berufungsvorentscheidung, welcher in diesem Verfahren auch die Wirkung eines Vorhaltes zukommt – von der Bw. auch im Vorlageantrag nicht vorgebracht.

Hat der Zusteller Grund zur Annahme, dass sich der Empfänger regelmäßig an der Abgabestelle aufhält, so ist gemäß § 17 Abs. 1 ZustellG das Schriftstück im Falle der Zustellung durch die Post beim zuständigen Postamt zu hinterlegen. Nach der Anordnung des Abs. 2 der zuletzt zitierten Gesetzesstelle ist der Empfänger von der Hinterlegung schriftlich zu verständigen. Dazu bringt die Bw. zwar vor, dass die Verständigung der Hinterlegung - zumindest bis zur ihrer Vorsprache am 19.07.01 - nicht aktenkundig gewesen sei, dass ihr eine derartige Verständigung nicht zugekommen sei, hat sie nicht vorgetragen.

Der Bescheid gilt mit dem ersten Tag der zweifelsfrei erfolgten Hinterlegung als zugestellt, auch wenn die Bw. die hinterlegte Sendung während der Frist zur Abholung (mindestens zwei Wochen nach Hinterlegung) nicht behoben hat. Diese Wirkung der Hinterlegung ist auch Sinn

einer Zustellung mit Zustellnachweis, andernfalls würden die diesbezüglichen Bestimmungen des Zustellgesetzes ad absurdum geführt.

Wenn das Finanzamt mehr als ein Jahr nachdem die Postsendung mit dem Bescheid nach Hinterlegung unbehoben zurücklangte, der Bw. den Bescheid anlässlich einer Vorsprache nachweislich ausfolgte, ist dies, entgegen dem Vorbringen der Bw. nicht gleichbedeutend damit, dass ein Zustellnachweis nicht vorhanden war und die Zustellung durch Hinterlegung an die Bw. nicht wirksam erfolgt war, vielmehr war die Kenntnis des Bescheidinhaltes für die Bw. gemäß § 90 BAO zur Geltendmachung ihrer auch noch nach Rechtskraft möglichen Interessen (z.B. Antrag auf Wiederaufnahme, Nachsichtsansuchen, ..) erforderlich.

Im Berufungsfall liegt nach den vorstehenden Ausführungen zweifellos eine rechtswirksame Zustellung nach § 17 ZustellG vor. Die Zustellung des Rückforderungsbescheides wurde demnach durch die erfolgte Hinterlegung beim zuständigen Postamt mit 6. Juni 2000 wirksam. Die Berufung vom 16. August 2001 gegen den Rückforderungsbescheid vom 30. Mai 2000 hat die Bw. somit nicht fristgerecht eingebracht und die Zurückweisung erfolgte zu Recht.

Dem Berufungsantrag der Bw., den Zurückweisungsbescheid aufzuheben, konnte daher nicht entsprochen werden und es war wie im Spruch zu entscheiden.

Wien, am 19. Mai 2008