

Bescheid

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufungen der Bw., vertreten durch WT, gegen die Zurückweisungsbescheide des Finanzamtes Wien 9/18/19 Klosterneuburg vom 9. September 2004 (Zurückweisung der Vorlageanträge betreffend Umsatzsteuer und Einkommensteuer 2000) entschieden:

Die angefochtenen Bescheide vom 9. September 2004 werden gemäß § 289 Abs. 1 BAO unter Zurückverweisung der Sache an die Abgabenbehörde erster Instanz aufgehoben.

Begründung

Nach § 289 Abs. 1 BAO kann die Abgabenbehörde zweiter Instanz die Berufung durch Aufhebung des angefochtenen Bescheides und der Berufungsvorentscheidungen unter Zurückverweisung der Sache an die Abgabenbehörde erster Instanz erledigen, wenn Ermittlungen (§ 115 Abs. 1) unterlassen wurden, bei deren Durchführung ein anders lautender Bescheid hätte erlassen werden oder eine Bescheiderteilung hätte unterbleiben können.

Im vorliegenden Fall wurden von der Abgabenbehörde erster Instanz Ermittlungen dahingehend unterlassen, ob die Verständigung über die Hinterlegung der Berufungsvorentscheidungen vom 7. Oktober 2003 rechtswirksam erfolgt ist.

Bei Vorliegen einer rechtswidrigen Hinterlegung wären die gegen die Berufungsvorentscheidungen vom 7. Oktober 2003 eingebrachten Vorlageanträge vom Finanzamt nicht zurückzuweisen gewesen.

Nach der Aktenlage ist von folgendem Sachverhalt auszugehen:

Mit Bescheiden vom 29. April 2003 setzte das Finanzamt die Umsatzsteuer und Einkommensteuer für 2000 fest.

Mit Schreiben vom 8. Mai 2003 erhab die Berufungswerberin (Bw.) gegen die Umsatzsteuer- und Einkommensteuerbescheide für 2000 fristgerecht Berufungen.

Mit Berufungsvorentscheidungen vom 7. Oktober 2003 gab das Finanzamt den Berufungen teilweise statt und änderte die Umsatzsteuer- und Einkommensteuerbescheide für 2000 ab.

Die Berufungsvorentscheidungen vom 7. Oktober 2003 wurden der Bw. mit Rückscheinbrief (RSb) zugesandt.

Laut den im Veranlagungsakt befindlichen Rückscheinen erfolgte am 9. Oktober 2003 ein Zustellversuch durch die Post. Da an der Adresse der Bw. niemand angetroffen wurde, wurde eine Verständigung über die Hinterlegung in das Hausbrieffach eingelegt.

Am 16. Februar 2004 brachte die Bw. gegen die Berufungsvorentscheidungen vom 7. Oktober 2003 Anträge auf Entscheidung über die Berufungen durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz (Vorlageanträge) ein. Sie führte in diesen aus, die Berufungsvorentscheidungen seien bei ihr erst am 16. Jänner 2004 bzw. 6. Februar 2004 eingelangt. Das Finanzamt habe ihr diese Bescheide mittels eingeschriebenem Brief übermittelt. Anlässlich einer Vorsprache im Finanzamt am 16. Jänner 2004 sei ihr die Zustellverständigung der Post vom 9. Oktober 2003 übergeben worden. Daraus gehe hervor, dass die betreffende Verständigung in das Hausbrieffach eingelegt wurde. Diese Verständigung sei daher für jede Person zugänglich gewesen. Sie selbst habe die Verständigung jedoch nie erhalten. Am 16. Jänner 2004 sei ihr bei der Vorsprache im Finanzamt der Einkommensteuerbescheid für 2000 übergeben worden. Der Umsatzsteuerbescheid für 2000 sei vom Finanzamt am 6. Februar 2004 an ihre steuerliche Vertreterin gefaxt worden.

Mit Bescheiden vom 9. September 2004 wies das Finanzamt die Vorlageanträge als verspätet zurück.

Am 27. September 2004 erhab die Bw. gegen die Zurückweisungsbescheide vom 9. September 2004 Berufung mit folgender Begründung: Wie Prof. Stoll im Kommentar zur BAO auf Seite 1117 zu § 17 Zustellgesetz ausführe, habe der Zusteller die Verständigungen prinzipiell in die Behältnisse und Vorrichtungen einzuwerfen und an den (bevorzugt vom Empfänger gesicherten) Örtlichkeiten zurückzulassen, die auf den objektiv erkennbaren Willen des Empfängers schließen lassen, auf diese Weise schriftliche Mitteilungen entgegenzunehmen. An ihrer Abgabestelle befindet sich ein mit Namen gekennzeichneter Briefkasten und ein für Werbemittel verwendetes "Hausbrieffach", welches nicht mit Namen gekennzeichnet ist. Ein Hausbrieffach gemäß § 17 Zustellgesetz sei ein mit Namen gekennzeichnetes Brieffach. Ein Briefkasten, der für mehrere Abgabestellen bestimmt ist, sei kein Briefkasten im Sinne des § 17 Zustellgesetz. In einen solchen Briefkasten dürfe daher eine Verständigung über eine

Hinterlegung nicht eingelegt werden (VwGH 6.2.1990, 89/14/256). Da an der Abgabestelle ein mit Namen gekennzeichneter Briefkasten angebracht sei, sei die Zurücklassung der Verständigung in dem für Werbemittel verwendeten und nicht mit Namen gekennzeichneten "Hausbrieffach", welches regelmäßig vom Hausmeister entleert werde, unwirksam.

Für die Beurteilung, ob die Hinterlegung der Berufungs vorentscheidungen vom 7. Oktober 2003 rechtswirksam erfolgt ist, ist von folgender Rechtslage auszugehen:

Kann eine 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 nach § 17 Abs. 1 Zustellgesetz im Falle der Zustellung durch die Post beim zuständigen Postamt zu hinterlegen.

Gemäß § 17 Abs. 2 Zustellgesetz ist der Empfänger von der Hinterlegung 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.

Die Bestimmung, dass der Empfänger von der Hinterlegung schriftlich zu verständigen ist, bedeutet, dass eine Hinterlegung ohne schriftliche Verständigung keine Rechtswirkungen entfaltet. Eine Heilung des Zustellmangels ist diesfalls lediglich durch tatsächliches Zukommen nach § 7 Zustellgesetz möglich (vgl. *Ritz*, Bundesabgabenordnung, Kommentar, Wien 1999, Tz 9 zu § 17 Zustellgesetz; VwGH 26.5.1997, 96/17/0063).

Die Hinterlegung bewirkt nur dann die Zustellfiktion, wenn sämtliche gesetzlichen Voraussetzungen für sie verwirklicht waren. Es muss daher auch die Hinterlegungsanzeige gesetzmäßig erfolgen. Nach § 17 Abs. 2 Zustellgesetz muss die Verständigung von der Hinterlegung in den für die Abgabestelle bestimmten Briefkasten eingelegt worden sein. Von einem für die Abgabestelle bestimmten Briefkasten kann jedoch nur dann gesprochen werden, wenn der Briefkasten nur einer Abgabestelle, und zwar der des Empfängers, zugeordnet werden kann. Dies ergibt sich klar aus der Gleichstellung des Briefkastens mit dem Briefeinwurf und dem Hausbrieffach, weil auch diese nur für eine einzige Abgabestelle bestehen. Ein Briefkasten, der für mehrere Abgabestellen bestimmt ist, ist daher kein Briefkasten im Sinne des § 17 Abs. 2 Zustellgesetz. In ihn darf eine Verständigung über die Hinterlegung nicht eingelegt werden (VwGH 6.2.1990, 89/14/0256).

Will eine Behörde davon ausgehen, eine Sendung sei durch Hinterlegung zugestellt, so trifft sie von Amts wegen die Pflicht festzustellen, ob auch tatsächlich durch Hinterlegung eine Zustellung bewirkt wurde. Der ordnungsgemäße Zustellnachweis ist als öffentliche Urkunde ein Beweis für die Zustellung, jedoch ist ein Gegenbeweis möglich (vgl. *Ritz*, Bundesabgaben-

ordnung, Kommentar, Wien 1999, Tz 21 und 22 zu § 17 Zustellgesetz). Es ist daher Sache des Empfängers, Umstände vorzubringen, die geeignet sind, Gegenteiliges zu beweisen oder zumindest berechtigte Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Zustellvorganges aufkommen zu lassen (vgl. VwGH 13.11.1992, 91/17/0047).

Im gegenständlichen Fall hat die Bw. vorgebracht, dass im Haus neben den mit Namen gekennzeichneten Briefkästen für die einzelnen Abgabestellen auch ein für alle Wohnungen bestimmtes "Hausbrieffach" besteht. Sie hat somit Umstände aufgezeigt, wonach eine unrichtige Postzustellung nicht von vornherein auszuschließen ist.

Es wäre daher Sache des Finanzamtes gewesen, Ermittlungen dahingehend (u.a. durch Befragung des Briefträgers und des Hausmeisters) durchzuführen, ob die Bw. von der Hinterlegungsanzeige verständigt wurde oder nicht. Wurde die Hinterlegungsanzeige in das für alle Wohnungen bestimmte "Hausbrieffach" eingelegt und die Bw. dadurch von der Hinterlegung nicht verständigt, dann konnte die schriftliche Verständigung keine Rechtswirkungen für die Bw. entfalten.

Die gegen die Berufungsvoentscheidungen vom 7. Oktober 2003 eingebrachten Vorlageanträge wären diesfalls fristgerecht.

Nach § 289 Abs. 1 BAO liegt es im Ermessen der Abgabenbehörde zweiter Instanz, ob sie unterlassene Ermittlungen selbst durchführt oder die Berufung kassatorisch (durch Zurückverweisung der Sache an die Abgabenbehörde erster Instanz) erledigt.

Im gegenständlichen Fall spricht der Umstand, dass die fehlenden Ermittlungen (§ 115 Abs. 1 BAO) zweckmässigerweise von einem Außendienstorgan vorgenommen werden, für die Nachholung dieser Ermittlungen durch die Abgabenbehörde erster Instanz.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 9. Juni 2005