

Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Beschwerde der Bf., gegen die Berufungsvorentscheidung des Zollamtes Wien, Zl. 100/45957/2/2004 vom 29. September 2005, betreffend Abweisung eines Aussetzungsantrages gemäß § 212a BAO betreffend Altlastenbeitrag und Säumniszuschlag entschieden:

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Entscheidungsgründe

Mit Bescheid des Hauptzollamtes Wien vom 13. April 2004 wurde gegenüber der Bf. (Bf.) für das Lagern von 29.116,23 Tonnen Abfällen auf dem Betriebsgelände in S der Altlastenbeitrag in der Höhe von € 425.950,02 gemäß § 201 Bundesabgabenordnung (BAO), in Verbindung mit § 7 Abs.1 Zif 3 Altlastensanierungsgesetz (AISaG) festgesetzt. Gleichzeitig wurde der bf. gegenüber gemäß §§217-221 BAO ein Säumniszuschlag bescheidmäßig in der Höhe von € 8.519,00 verhängt.

Dagegen er hob die Bf. durch ihren ausgewiesenen Rechtsvertreter fristgerecht Berufung und begründete diese wie folgt:

Vorab halten wir fest, dass wir mit Schriftsatz vom 20.08.1999 der Bezirkshauptmannschaft W. mitgeteilt haben, dass wir die von der A. angemieteten Freiflächen für die Lagerung der gegenständlichen Materialien der AG. im Wege der Untermiete zur Verfügung gestellt haben und wurden die bereits im Freien zwischengelagerten Materialien an diese übergeben. Ab diesem Zeitpunkt sind wir jedenfalls nicht Beitragsschuldner gemäß § 4 AISAG. Ermittlungen

zu dieser Frage wurden zwar vorgenommen, sind aber nicht in den angefochtenen Bescheid eingeflossen.

In der Begründung zu I. des angefochtenen Bescheides wird ausgeführt, dass die belangte Behörde bei der Bezirkshauptmannschaft W. einen Antrag auf Feststellung der Abfalleigenschaft und Beitragspflicht gemäß 10 Abs. 1 AISAG für die auf dem ehemaligen AGelände in S. gelagerten Materialien (Kunststoffabfälle und Spuckstoffe) der Ho.. gestellt habe.

Mit Bescheid der Bezirkshauptmannschaft W. GZ: yyy, vom 9.10.2003 seien die Feststellungen getroffen worden, dass die gelagerten Materialien (Kunststoffabfälle und Spuckstoffe) der Bf. Abfälle im Sinne des Altlastensanierungsgesetzes seien und diese Abfälle dem Altlastenbeitrag unterliegen.

Die Feststellungen im Spruch dieses obgenannten Bescheides der Bezirkshauptmannschaft W. dienten der Klärung der Vorfrage, ob die verfahrensgegenständlichen Materialien Abfälle iSd Bestimmungen des Altlastensanierungsgesetzes sind. Der Inhalt dieses Feststellungsbescheides wurde sowohl der Niederschrift des Hauptzollamtes Wien, Außen- und Betriebsprüfungsprotokoll vom 3.3.2004, GZ xxx als auch dem Spruch des angefochtenen Bescheides zugrunde gelegt.

Gegen diesen Bescheid wurde jedoch von uns rechtzeitig Berufung eingebracht und unter anderem auch die Gemeinschaftsrechtswidrigkeit des diesem Bescheid zugrunde liegenden nationalen Rechts geltend gemacht. Dieser Bescheid ist daher nicht in Rechtskraft erwachsen und kann daher auch nicht als festgestellter Sachverhalt dem angefochtenen Bescheid zugrunde gelegt werden. Das Berufungsverfahren ist derzeit beim Amt der Niederösterreichischen Landesregierung anhängig und wird zu klären haben, ob es sich bei den dort wie auch hier verfahrensgegenständlichen „Kunststoffabfällen und Spuckstoffen“ tatsächlich um Abfälle im Sinne des Altlastensanierungsgesetzes handelt. Wird die Abfalleigenschaft verneint, so besteht keine Pflicht zur Selbstberechnung und auch keine Befugnis der Behörde zur Festsetzung der Altlastenbeiträge durch Bescheid. Dadurch können auch keine Säumnisfolgen eintreten, sodass auch die Vorschreibung von Säumniszuschlägen rechtswidrig ist.

Die Entscheidung über diese Berufung des vorgenannten Verfahrens ist daher für den Ausgang gegenständlichen Verfahrens von wesentlicher Bedeutung. Ein eigenes Ermittlungsverfahren zur Klärung der Frage der Abfalleigenschaft hat die belangte Behörde nicht durchgeführt, sodass zum Zeitpunkt der Bescheiderlassung keinerlei Ermittlungsergebnisse zur Frage der Abfalleigenschaft der verfahrensgegenständlichen Stoffe existieren, die den Spruch des Bescheides tragen könnten. Sie hat lediglich und ausschließlich durch Einsicht unserer Aus-

gangsrechnungen in unserer Buchhaltung die Menge der angelieferten Stoffe und den Zeitraum der jeweiligen Anlieferung festgestellt, ohne jedoch tatsächlich die Mengen nachvollziehbar kontrolliert zu haben. Zudem fehlt es an einer tabellarischen Auflistung der einzelnen Massenveränderungen und Darstellung der nach Ansicht der belangten Behörde jeweils daraus resultierenden Altlastenbeiträge.

Auf Grund der Aufnahme der Niederschrift des Hauptzollamtes Wien, Außen- und Betriebsprüfungsprotokoll vom 3.3.2004, GZ xxx in die Feststellungen des angefochtenen Bescheides ist auch auf die in dieser Niederschrift enthaltenen Feststellungen des Bescheides der Bezirkshauptmannschaft W. GZ: yyy vom 9.10.2003 näher einzugehen und darzulegen, dass auch die zu diesem Bescheid führenden Ermittlungen fehlerhaft und daher nicht geeignet sind, die dort getätigten Feststellungen zu tragen. Umso weniger können diese Feststellungen dann aber den angefochtenen Bescheid tragen.

In diesem Bescheid ist die Qualifizierung als Abfall aus nachfolgenden (in der Berufung gegen den Bescheid der Bezirkshauptmannschaft W. GZ: yyy vom 9.10.2003 näher ausgeführten und hier bloß wiederholten) Gründen unrichtig:

Gemäß § 2 Abs. 4 AISAG sind Abfälle im Sinne dieses Bundesgesetzes Abfälle gemäß § 2 Abs. 1 bis 4 des Abfallwirtschaftsgesetzes, BGBI Nr. 325/1990 idgF (AWG), soweit Abs. 5 nicht anderes bestimmt.

§ 2 Abs. 1 AWG definiert Abfälle als bewegliche Sachen, die unter die in Anhang 1 des AWG angeführten Gruppen fallen und

1. *deren sich der Besitzer entledigen will oder entledigt hat oder*
2. *deren Sammlung, Lagerung, Beförderung und Behandlung als Abfall nicht erforderlich ist, um die öffentlichen Interessen (§ 1 Abs. 3 AWG) nicht zu beeinträchtigen.*

Jede Qualifikation einer beweglichen Sache als Abfall ist gemäß § 2 Abs. 1 AWG somit davon abhängig, ob eine Einordnung des Materials in die im Anhang 1 des AWG aufgelisteten Abfallgruppen erfolgen kann. Mangels einer solchen Einordnung ist es irrelevant, ob sich der Besitzer dieses Materials entledigen will oder entledigt hat oder deren Sammlung, Lagerung, Beförderung und Behandlung als Abfall nicht erforderlich ist, um die öffentlichen Interessen nicht zu beeinträchtigen.

Die Regelungskompetenz zur Erlassung von Rechtsvorschriften betreffend Abfall ist spätestens durch Erlassung der Richtlinie 75/442/EWG des Rates vom 15.07.1975 über Abfälle vom 25.07.1975 ABI 1975 L 194/39 (idF Richtlinie 91/156/EWG des Rates vom 18.03.1991 ABI 1991 L 78/32) auf die EG übergegangen. Die österreichische Rechtslage ist daher richtlinienkonform auszulegen (VwGH Erk v 29.01.2004, 2000/07/0074).

Art. 1 lit. a dieser Richtlinie 75/442 in der genannten Fassung definiert Abfälle als „alle Stoffe oder Gegenstände, die unter die in Anhang I aufgeführten Gruppen fallen und deren sich ihr Besitzer entledigt, entledigen will oder entledigen muss.“

Die Kommission der EG hat mit der Entscheidung 94/3/EG, ABI 1994 L 5/15, die in Art. 1 lit. a dieser Richtlinie vorgesehene Liste, nämlich den Europäischen Abfallkatalog (EWC), und mit der Entscheidung 94/904/EG, ABI 1994 L 356/14, das Verzeichnis gefährlicher Abfälle (WGA), aufgestellt.

Beweggrund Nr. 5 der Einleitung des Anhangs 1 der Entscheidung 94/3/EG sieht vor, dass der EWC eine Bezugsnomenklatur darstellen soll, mit der eine gemeinsame Terminologie für die ganze Gemeinschaft festgelegt und der Nutzeffekt der Abfallentsorgung erhöht werden soll. Mit ihrer Entscheidung 2000/532/EG, ABI 2001 L 47/1 vom 16.01.2001 hat die Kommission den derzeit in Geltung befindlichen Katalog EWC und VGA per 1.1.2002 (Art. 2) aktualisiert und unter Aufhebung aller früheren Kataloge in Kraft gesetzt. Diese Entscheidung ist an alle Mitgliedstaaten der Europäischen Union, somit auch an die Republik Österreich gerichtet (Art. 3).

Der Beitritt Österreichs zur EU nach der Erlassung der Richtlinie 75/442/EWG schadet der Anwendbarkeit derselben auf österreichische Sachverhalte nicht, da Art. 2 der Akte über den Beitritt der Republik Österreich zur Europäischen Union (ABI 1994 C 241/21) bestimmt, dass ab dem Beitritt die ursprünglichen Verträge und die vor dem Beitritt erlassenen Rechtsakte der Organe für die neuen Mitgliedstaaten verbindlich sind und daher nach Maßgabe der genannten Verträge und Akte gelten (Bestandteil des Acquis communautaire). Keine Bestimmung der Beitrittsakte (möglich wäre als Grundlage Art. 10 der Beitrittsakte) ermächtigt die Republik Österreich, von den Verpflichtungen aus den genannten Abfall-Vorschriften der EG abzuweichen.

Die genannten Kataloge sind im Rahmen einer Entscheidung gemäß Art. 249 Abs. 4 EG ergangen. Im Unterschied zur Richtlinie, die nur hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich ist, ist die Entscheidung mit allen ihren Bestimmungen zu beachten. Sie verbietet damit jede unvollständige oder selektive Anwendung, so dass die Mitgliedstaaten, die ihre Adressaten sind, ihr vollständig nachkommen müssen. Den Mitgliedstaaten bleibt nur die Wahl der Rechtsform der Umsetzung der Entscheidung in das nationale Recht. Bei der Umsetzung des EWC und des VGA verfügt der einzelne Mitgliedstaat und damit auch die Republik Österreich über kein Ermessen. Zweck dieses Kataloges war die Schaffung einer gemeinsamen Abfall-Terminologie für die ganze Gemeinschaft (dritte Begründungserwägung zur Erlassung der RL 91/156/EWG).

Der EWC und das VGA führen die verschiedenen Gruppen von Abfällen genau und detailliert auf und reihen die Abfälle nach einer bestimmten Ordnung und einer bestimmten Methode ein, die im Wesentlichen auf der Herkunft der Abfälle beruhen. Österreich verfügt daher über keinen Ermessensspielraum, einen anderen Katalog als jenen des EWC oder des VGA im AWG in Kraft zu setzen. Da der Normadressat dieser Entscheidung die Republik Österreich ist, sind alle nationalen Behörden und Gerichte daran gebunden (Schuster, EG-Recht, Normenlehre und Grundfreiheiten [1997] Rz 139; Schlussantrag GA Léger, EuGH Rs C-194/01 Kommission/Republik Österreich vom 25.09.2003).

Die Vorschriften der Kataloge sind zudem auf Grund ihres Detaillierungsgrades unmittelbar anwendbar und begründen das subjektive Recht des einzelnen Mitbürgers und somit auch unser Recht, die auf dem ehemaligen Almetabetriebsgelände befindlichen Materialien nicht als Abfall gemäß AWG zu qualifizieren und damit auch nicht dem Altlastenbeitrag gemäß AISAG zu unterfallen.

Eine Koexistenz eines eigenen innerstaatlich erstellten Katalogs (wie der Anhang zum AWG) und des EWC bzw. des VGA ist nach der Entscheidung des EuGH vom 15.01.2002 Rs C-196/01 Kommission/Luxemburg, EuGHSlg 2002, 1-569, unzulässig.

Auf Grund dessen dass die durch durchgeführten Ermittlungen und die nachfolgende Erlassung des angefochtenen Bescheides auf einer falsch angewendeten oder nicht anwendbaren Rechtsgrundlage erfolgt sind ist der Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Wiener Neustadt mit Rechtswidrigkeit des Inhaltes belastet und schon aus diesem Grunde dieser Bescheid dahingehend abzuändern, dass die verfahrensgegenständlichen Materialien keine Abfälle im Sinne des AISAG sind und nicht denn Altlastenbeitrag unterliegen.

Aber selbst wenn nach dem AISAG iVm dem Abfallwirtschaftsgesetz vorzugehen gewesen wäre, ist aus dem Bescheid der Bezirkshauptmannschaft W. nicht ersichtlich, dass eine Einordnung in den Anhang 1 des AWG erfolgt wäre, welche jedoch unabdingbare Voraussetzung für die Qualifizierung als Abfall darstellt.

Aber auch das Ermittlungsverfahren der Bezirkshauptmannschaft Wiener Neustadt zur Erlassung des dem angefochtenen Bescheid zugrunde liegenden Bescheides GZ: 9-U-25/27-01 vom 9.10.2003 ist mangelhaft: Es ist keinesfalls durch die Gutachten des chemisch-technischen und abfalltechnischen Amtssachverständigen in der Verhandlung vom 28. August 2000 und in der Verhandlung vom 10. April 2003 klargestellt, dass es sich bei dem verfahrensgegenständlichen Material um Abfall iSd § 2 Abs. 4 AISAG handelt. Dieser Sachverständige hat weder durch chemische noch durch physikalische Analysen einen Befund darüber erstellt, welche Stoffe tatsächlich verfahrensgegenständlich sind und auch nicht durch Gutachten nachfolgend festgestellt, ob die ermittelten Substanzen mit jenen Substanzen

identisch sind, die im Anhang des AWG bzw. des EWC oder des VGA aufgelistet sind. Die Klärung der Rechtsfrage, ob diese Stoffe nun Abfall sind, hat ausschließlich durch die Behörde zu erfolgen und nicht durch den Sachverständigen.

Die von der Behörde angeforderten Unterlagen, Gutachten etc bezogen sich ausschließlich auf Endprodukte einer Verwertung. Die genannten Sachverständigen haben selbst ausgeführt und ist dies im Bescheid festgestellt, dass die Untersuchungen noch gar nicht abgeschlossen sind (z.B. Beurteilung der ausreichenden Hygienisierung), sodass das Ermittlungsverfahren noch gar nicht abgeschlossen sein kann. Darüber hinaus lautete der Auftrag an die Sachverständigen nicht auf Erstattung von Befund und Gutachten, ob gegenständliche Materialien jenen entsprechen, die im Anhang zum AWG bzw. des EWC oder VGA aufgelistet sind, sondern darauf, ob diese, ohne weiteres Ermittlungsverfahren und somit willkürlich, als Abfall qualifizierten Materialien verwertet werden können und damit eine Anwendbarkeit der Ausnahmebestimmung des § 2 Abs. 5 A1SAG gegeben ist.

Die Behörde hat nach den §§ 37 ff AVG den entscheidungsrelevanten Sachverhalt von Amts wegen festzustellen, was auch bedeutet, dass sie unter Berücksichtigung der "Mitwirkungspflicht" der Partei die Beweislast zu tragen hat. In der Offizialmaxime ist mithin der Grundsatz der materiellen Wahrheit eingeschlossen: die Behörde hat den objektiven Sachverhalt festzustellen, entscheidungsrelevante Tatsachen können von der Behörde nicht allein deswegen als erwiesen angenommen werden, weil sie von der Partei zugestanden bzw. außer Streit gestellt wurden. Hier ist diese Möglichkeit überhaupt ausgeschlossen, da wir stets ausdrücklich festgehalten haben, dass keine Abfalleigenschaft vorliegt. Dabei ist es irrelevant, ob unsere rechtliche Einschätzung im Ergebnis auf Grund der Anwendbarkeit einer Ausnahmebestimmung oder schon auf Grund des Nichtvorliegens der Abfalleigenschaft selbst basiert. Tatsache ist, dass wir zu keinem Zeitpunkt behauptet haben, dass es sich bei diesen Materialien um Abfall iSd AWG und des AISAG handelt. Aber selbst wenn wir diese Stoffe als Abfall bezeichnet haben sollten, wäre dies irrelevant, weil es nur auf die Einordnung in den genannten Katalogen ankommt. Diese Frage wäre von den Sachverständigen zu klären gewesen.

Die Genehmigung einer Versuchsanlage ist für die Erlassung gegenständlichen Bescheides weder Vorfrage, noch war die entsprechende Antragstellung Gegenstand dieses Verfahrens. Es ist daher nicht maßgeblich, ob möglicherweise eine unzuständige Behörde den Versuchsbetrieb genehmigt hat, noch welche Stoffe tatsächlich im dortigen Genehmigungsverfahren als für den Versuchsbetrieb vorgesehene bezeichnet wurden. Es ist auch im gegenständlichen Verfahren nicht ermittelt worden, ob überhaupt die hier verfahrensgegenständlichen Stoffe für den Versuchsbetrieb vorgesehen wurden. Gegenstand dort war ausschließlich die Frage, ob ein Versuchsbetrieb genehmigt wird.

Daraus den Schluss zu ziehen, dass wir infolge der Befassung des Landeshauptmannes selbst nicht davon ausgegangen sein sollen, dass hier eine stoffliche Verwertung vorliegt, entbehrt jeder Grundlage. Im Übrigen ist auch bei der Gewerbebehörde diesbezüglich ein Betriebsanlagenverfahren anhängig, wie die bescheiderlassende Behörde selbst festgestellt hat. Entsprechend § 37 Abs. 2 Ziffer 1 AWG ist die Bezirkshauptmannschaft für die Genehmigung der stofflichen Verwertung zuständig, andernfalls die Zuständigkeit des Landeshauptmanns gegeben ist.

Im Übrigen gilt auch im AWG das Prinzip „One-Stop-Shop“ gemäß § 38 AWG, sodass auch bei Zuständigkeit des Landeshauptmannes dieser die Unterbehörden zur Klärung von Sach- und Rechtsfragen gemäß § 38 Abs. 4 AWG beziehen kann. Hierzu gehört auch die Genehmigung einer Versuchsanlage nach § 44 AWG.

Betreffend Befund und Gutachten des Sachverständigen für Verfahrenstechnik halten wir fest, dass dieser nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit die Aussage treffen konnte, dass aus Kunststoffabfällen und Spuckstoffen weiterführende Produkte wie z.B. Einblasdämmstoffe hergestellt werden. Er hat nicht einmal erhoben, welche Kunststoffmaterialien überhaupt verfahrensgegenständlich waren und stellt lediglich fest, dass es Verfahren gibt, bei denen aus Kunststoffabfällen Isoliermaterialien oder Verpackungshilfsstoffe hergestellt werden, er aber keine Verfahren kenne, bei denen solche oder ähnliche Materialien aus Kunststoffen (somit nicht Abfällen!) und Spuckstoffen hergestellt werden. Zur Frage einer Konkurrenzfähigkeit dieser Produkte konnte er keine Aussagen machen und wäre für einen solchen Befund und Gutachten auch ein Sachverständiger aus dem Bereich Betriebswirtschaft (Wirtschafts- und Marktwissenschaftler) zu befassen gewesen.

Diese Ausführungen sind daher unpräzise, unvollständig und erlauben nicht, ein aussagefähiges Gutachten zu erstellen. Daher können diese Aussagen auch nicht den Feststellungen des Bescheides der Bezirkshauptmannschaft W. und somit auch des angefochtenen Bescheides zugrunde gelegt werden.

Im übrigen wurde entsprechend der bestehenden gewerberechtlichen Bewilligungen festgestellt, dass wir über genügend Kapazität unserer Maschinen verfügen und auch festgelegt, welche Mengen an Rohprodukten etc auf dem Gelände gelagert werden dürfen, um diese der Verwertung zuzuführen. Produkte sind stets keine Abfälle.

Zur Ermittlung der tatsächlich in der Halle gelagerten Mengen an verfahrensgegenständlichen Stoffen wurde lediglich eine Schätzung vorgenommen, jedoch keine repräsentative Messung der Stoffdichte, des spezifischen Gewichts und der tatsächlichen Raummenge, sodass eine Schätzung, die einerseits ein Ergebnis zulässt, dass die bewilligte Menge nicht überschritten ist, andererseits aber auch ein solches, dass mehr als das Doppelte gelagert wird, keinesfalls

der vom Gesetzgeber verlangten Genauigkeit bei der Sachverhaltsermittlung genügt. Eine solche Schätzung entspricht einer willkürlichen Annahme eines Gewichtes, die dann aber als Grundlage für die Bemessung der Altlastenbeiträge dienen soll. Dieses Verfahrensergebnis ist daher nicht nachvollziehbar und kann nicht als Grundlage für die Erlassung des Bescheides der Bezirkshauptmannschaft W. dienen.

Das gleiche gilt auch für die Ermittlung der genauen Menge des gelagerten Materials im Freien hinsichtlich Befund und Gutachten der Sachverständigen für Bautechnik und Brandschutz, Deponietechnik und Gewässerschutz, Abfallchemie, da die Brandgefahr bzw. Umweltgefahr unter anderem auch von der Menge und der Art der Lagerung der Stoffe abhängig ist. Diese Menge wurde aber nicht erhoben. Zudem erfolgte auch hier keine Einordnung nach den obgenannten Abfallkatalogen.

Wir haben demgegenüber dargelegt, dass wir einen Abnehmer für die Spuckstoffe haben. Der Einwand der Bezirkshauptmannschaft W., dieses Unternehmen sei auf Grund der Abweisung des Konkursantrages mangels kostendeckenden Vermögens nicht handlungsfähig und es sei nie beabsichtigt gewesen, die Stoffe tatsächlich abzunehmen, entbehrt jeder Grundlage. Es wurde weder erhoben noch festgestellt, dass unsere Abnehmer keinen Geschäftsbetrieb mehr führen, noch dass die dafür erforderliche Gewerbeberechtigung entzogen gewesen oder der Firmenwortlaut im Firmenbuch gelöscht worden wäre.

Die Annahme, dass keine stoffliche Verwertung vorliegt, ist daher unbegründet. Darüber hinaus hat die Behörde den beigezogenen Sachverständigen die für die Erstellung von Befund und Gutachten erforderliche Fragestellung hinsichtlich einer genauen Definition, was unter dem Begriff der stofflichen Verwertung zu verstehen ist, unterlassen. Mangels gezielter Fragestellung konnten daher auch keine schlüssigen und für die Sachverhaltsfeststellungen der dortigen Behörde dienlichen Gutachten erstellt werden.

Abschließend kann daher festgehalten werden, dass der dem angefochtenen Bescheid zugrunde gelegte Bescheid der Bezirkshauptmannschaft W. mangelhaft ist, weil die dortige Behörde ihrer Verpflichtung zur Ermittlung des Sachverhaltes nicht ordnungsgemäß nachgekommen ist und bei ordnungsgemäßer Ermittlung des Sachverhaltes zum Ergebnis gekommen wäre, dass die verfahrensgegenständlichen Materialien nicht als Abfälle iSd § 2 Abs. 4 AISAG iVm § 2 AWG und daher diese Materialien nicht dem Altlastenbeitrag unterliegen.

Auf Grund fehlender Rechtskraft des von der belangten Behörde dem angefochtenen Bescheid zugrunde gelegten Feststellungsbescheides der Bezirkshauptmannschaft W. hat die belangte Behörde dem angefochtenen Bescheid einen Sachverhalt zugrunde gelegt, der tatsächlich und

rechtlich noch nicht existent ist, sodass der angefochtene Bescheid ohne jegliche Begründung ist und daher rechtswidrig.

Gleichzeitig mit dieser Berufung stellte die Bf. den Antrag die Einhebung des vorgeschriebenen Altlastenbeitrages und des vorgeschriebenen Säumniszuschlages gemäß § 212a BAO auszusetzen.

Dieser Antrag wurde mit Bescheid des Zollamtes Wien vom 21. April 2005 abgewiesen mit der Begründung, dass mit Bescheid der Bezirkshauptmannschaft W. vom 9. Oktober 2003 die Abfallseigenschaft im Sinne des Altlastensanierungsgesetzes der streitverfangenen Materialien bejaht worden ist. Wenn auch dieser Bescheid nicht in Rechtskraft erwachsen ist, so wäre es der Abgabenbehörde erster Instanz nicht verwehrt gewesen, bei der eigenständigen Beurteilung der Vorfrage, ob die gelagerten Materialien, beitragspflichtig im Sinne des AlSaG sind, die durch die Bezirkshauptmannschaft W. getroffenen Feststellungen in der Begründung des nunmehr bekämpften Abgabenbescheides einfließen zu lassen. Die Berechtigung zur eigenständigen Beurteilung der Abfalleigenschaft im Sinne des AlSaG würde sich aus der Bestimmung des § 116 BAO ergeben.

Dagegen erhob die Bf. fristgerecht Berufung, mit der Begründung, dass die Abgabenbehörde erster Instanz den Antrag auf Aussetzung der Einhebung hätte stattgeben müssen, wenn sie den Inhalt der Berufung gegen die Abgabenvorschreibung im Rahmen des gebotenen Ermittlungsverfahrens überprüft hätte. In dieser Berufung wäre unter anderem aufgezeigt worden, dass dem angefochtenen Bescheid die rechtskräftige Entscheidung der Bezirkshauptmannschaft fehlen würde und dieser daher mit Rechtswidrigkeit behaftet wäre. Aufgrund des vorliegenden Antrages des Hauptzollamtes Wien auf Feststellung der Abfalleigenschaft wäre gemäß der abgabenrechtlichen Bestimmung des § 10 AlSaG die alleinige Zuständigkeit für diese Feststellung auf die Bezirkshauptmannschaft übergegangen. Die Beurteilung der Abfalleigenschaft gemäß § 116 BAO wäre der Abgabenbehörde daher verwehrt gewesen.

Mit der im Spruch dieses Bescheides angeführten Berufungsvorentscheidung wurde diese Berufung als unbegründet abgewiesen und dazu im Wesentlichen ausgeführt, dass gemäß § 7 Abs.2 AlSaG ein Antrag auf einen Feststellungsbescheid gemäß § 10 AlSaG keine aufschiebende Wirkung für das Entstehen einer Beitragsschuld nach sich ziehen würde. Folglich könne auch ein Rechtsmittel gegen einen Feststellungsbescheid gemäß § 10 AlSaG der bereits entstandenen Beitragsschuld nicht die rechtliche Grundlage zu entziehen. Erst wenn in einem rechtskräftig abgeschlossenen Feststellungsverfahren die Abfalleigenschaft verneint

worden ist, wäre dieser Umstand in der Entscheidung über die Berufung gegen den Abgabenbescheid entsprechend zu würdigen.

Dagegen erhab die Bf. fristgerecht - unter sinngemäßer Wiederholung der Darstellungen des Berufungsbegehrens im Aussetzungsverfahren - Beschwerde an den Unabhängigen Finanzsenat (UFS), und führte in Replik zu den Ausführungen der Berufungsvorentscheidung aus, dass das Hauptzollamt Wien nur dann einen Antrag auf Feststellung der Abfalleigenschaft an die Bezirkshauptmannschaft stellen hatte können, weil begründete Zweifel an dieser Eigenschaft vorlagen. Daraus würde folgen, dass diese Zweifel ex lege bestehen würden, solange der Abgabenbehörde kein rechtskräftiger Feststellungsbescheid vorliegen würde.

Über die Beschwerde wurde erwogen:

Gemäß § 212a Bundesabgabenordnung (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 einem Bescheid, dem kein Anbringen zugrunde liegt, zurückzuführen ist, höchstens jedoch im Ausmaß der sich bei einer dem Begehr des Abgabepflichtigen Rechnung tragenden Berufungserledigung ergebenden Herabsetzung der Abgabenschuld. Dies gilt sinngemäß, wenn mit einer Berufung die Inanspruchnahme für die Abgabe angefochten wird.

Gemäß Abs.2 leg.cit. ist die Aussetzung der Einhebung nicht zu bewilligen

- a) soweit die Berufung nach Lage des Falles wenig erfolgversprechend erscheint
- b) insoweit mit der Berufung ein Bescheid in Punkten angefochten wird, in denen er nicht von einem Anbringen des Abgabepflichtigen abweicht, oder
- c) wenn das Verhalten des Abgabepflichtigen auf eine Gefährdung der Einbringlichkeit der Abgabe gerichtet ist

Gemäß § 212a Abs.2 lit.a ist eine Aussetzung nicht zu bewilligen, soweit eine Berufung nach Lage des Falles wenig erfolgversprechend erscheint. Dies ist nicht mit offenkundiger Erfolglosigkeit oder offensichtlicher Mutwilligkeit der Berufung gleichzusetzen. Es ist nicht die Aufgabe des Aussetzungsverfahrens die Berufungsentscheidung vorwegzunehmen; es sind lediglich die Erfolgsaussichten der Berufung anhand des Berufungsvorbringens zu beurteilen. (VwGH 24.9.2003, 2001/13/0129)

Nach ständiger Rechtssprechung des VwGH (VwGH 27.9.1999, 98/17/0227) handelt es sich bei der Aussetzung der Einhebung nach § 212a BAO um eine begünstigende Bestimmung. Der Abgabepflichtige hat daher aus eigenem Überzeugend darzulegen und glaubhaft zu machen,

dass die Voraussetzungen dafür vorliegen. Er hat daher selbst unter Ausschluss jedes Zweifels das Vorliegen all jener Umstände darzulegen, auf die die angestrebte abgabenrechtliche Begünstigung gestützt werden kann.

Wenn die Voraussetzungen für die Aussetzung der Einhebung nach den Verhältnissen im Zeitpunkt der Entscheidung über den Aussetzungsantrag geprüft werden, so sind darunter die Verhältnisse im Zeitpunkt der Entscheidung über den Aussetzungsantrag durch die Behörde erster Instanz zu verstehen, wobei die Aussichten der Berufung an Hand des Berufungsvorbringens zu prüfen sind.

Der Umstand ,dass die Erlassung des Feststellungsbescheides gemäß § 10 AlSaG von der Abgabenbehörde- vor Erlassung des nunmehr bekämpften Abgabenbescheides- beantragt worden war, führt nicht dazu, dass im Aussetzungsverfahren der Berufung gegen den Abgabenbescheid Erfolgsaussichten automatisch zugestanden werden müssen.

Als Vorfrage im Sinne des § 116 BAO, ist eine Frage zu verstehen ist, deren Beantwortung ein unentbehrliches Tatbestandselement für die Entscheidung der Hauptfrage im konkreten Rechtsfall bildet (VwGH 20.3.1998, 98/16/0097). Eine Vorfrage ist somit eine Rechtsfrage, für deren Entscheidung die Behörde nicht zuständig ist, aber für ihre Entscheidung eine notwendige Grundlage bildet. Liegt eine Vorfrage vor, über die von der zuständigen Verwaltungsbehörde (vom zuständigen Gericht) noch nicht entschieden ist, so ist die Abgabenbehörde nach § 116 Abs. 1 BAO berechtigt, diese Rechtsfrage nach eigener Anschauung zu beurteilen.

Liegt die Entscheidung über die präjudizielle Rechtsfrage durch die zuständige Behörde bereits vor, so ist die Abgabenbehörde - von der Ausnahme des § 116 Abs. 2 BAO abgesehen - daran gebunden. Diese Bindung wirkt innerhalb der Grenzen der Rechtskraft und erstreckt sich nur auf den Inhalt des Spruches.

Zu einer Vorfragebeurteilung ist die Abgabenbehörde berechtigt, nicht verpflichtet. Es liegt an ihr, die Entscheidung der dafür zuständigen Behörde abzuwarten. Die im Ermessen der Abgabenbehörde gelegene Maßnahme des Abwartens hat sachgerecht billig und zweckmäßig zu sein. Ansonsten setzt sich die Behörde der schuldhafoten Verzögerung des Verfahrens aus.

Bezogen auf den vorliegenden Fall bedeuten diese rechtlichen Ausführungen, dass die Abgabenbehörde erster Instanz zur eigenständigen Beurteilung der Frage ob es sich bei den von der Bf. gelagerten Materialien um Abfall im Sinne des AlSaG handelt gemäß § 116 BAO berechtigt war, weil die dafür zuständige Behörde über diese für die Festsetzung des Altlastenbeitrages unentbehrliche Rechtsfrage noch nicht rechtskräftig entschieden hat. Wenn nun die Abgabenbehörde erster Instanz bei dieser Beurteilung zur Ansicht gelangt, dass die Ausführungen im (noch nicht rechtskräftigen) Bescheid der Bezirkshauptmannschaft

betreffend die Abfalleigenschaft der verfahrensgegenständlichen Materialien zutreffend sind, so ist es ihr nicht verwehrt, den Inhalt dieses Feststellungsbescheides in den Inhalt des Abgabenbescheides einfließen zu lassen.

Dass in den Abgabenvorschriften der §§ 10, 21 AlSaG die Zuständigkeit der Bezirkshauptmannschaften zur Feststellung der Abfallseigenschaft festgemacht wird, schließt nicht aus, dass das Zollamt Wien (vormals Hauptzollamt Wien), als Abgabenbehörde erster Instanz, nur an den Spruch rechtskräftiger Feststellungsbescheide dieser Verwaltungsbehörden gebunden ist.

Das Zollamt Wien (vormals Hauptzollamt Wien) wäre ohne den vorliegenden Antrag auf Feststellung der Abfalleigenschaft im Abgabenverfahren auch für die Feststellung der Abfalleigenschaft zuständig gewesen. Von einer Vorfrage spricht man auch dann und § 116 BAO ist somit auch dann anzuwenden, wenn im Ermittlungsverfahren eine Vorfrage auftaucht, über die die Behörde als Hauptfrage zwar selbst, aber in einem anderen Verfahren zu entscheiden hätte. (Stoll, BAO, Kommentar Band II, S 1323)

Im vorliegendem Fall war im Zeitpunkt der Erlassung des streitverfangenen Abgabenbescheides vollkommen offen, wann mit einem rechtskräftig abgeführten Feststellungsverfahren gemäß § 10 AlSaG durch die zuständige Verwaltungsbehörde zu rechnen iwar. Somit konnte nicht ausgeschlossen werden, dass die Bindungswirkung an den Feststellungsbescheid der Bezirkshauptmannschaft W. erst nach Ablauf der Festsetzungsverjährung gemäß § 207 BAO eintritt, sodass im Fall, dass durch die zuständige Behörde eine dem AlSaG unterliegende Abfalleigenschaft erst nach Ablauf dieser Verjährungsfrist festgestellt wird, die Festsetzung des Altlastenbeitrages rechtlich nicht mehr möglich ist. Dagegen bedeutet die rechtskräftige Entscheidung der zuständige Behörde, dass keine Abfalleigenschaft im Sinne des AlSaG vorliegt, für eine davor ergangene gegenteilige Entscheidung der Abgabenbehörde einen Wiederaufnahmegrund zugunsten der belasteten Bf.

Im vorliegenden Fall wäre das Zuwarten auf die Rechtskraft des Feststellungsverfahrens gemäß § 10 AlSaG der Verpflichtung der Behörde, Abgaben ohne unnötigen Aufschub festzusetzen zuwider gelaufen, und hätte der Abgabenbehörde erster Instanz den Vorwurf der schuldhaften Verfahrensverschleppung eingebracht.

Im Rahmen der im Aussetzungsverfahren gebotenen überschlagsmäßigen Beurteilung der Erfolgsschancen der Berufung im Abgabenverfahren ist weiters festzustellen:

Die in der Berufung gegen den Abgabenbescheid ins Treffen geführten gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen führen nicht zum Verlust der nationalen Regelungskompetenz von Abfall, sondern führen lediglich dazu, dass der nationale Gesetzgeber sich innerhalb des Regelungsbereiches des Gemeinschaftsrechtes bewegen

muss. Der Behauptung des Bf. auf Grund der angeführten Richtlinien wären die Bestimmungen das AlSaG in Verbindung mit den Bestimmungen des AWG nicht mehr als geltendes Recht anzusehen, wird entgegen gehalten, dass in § 89 AWG ausdrücklich die Umsetzung der angeführten Rechtsvorschriften auf nationaler Ebene festgehalten wird.

Zum Einwand der Bf, dass im Verfahren vor der Bezirkshauptmannschaft ,vor Erlassung des Feststellungsbescheides gemäß § 10 AlSaG, „*der Auftrag an die Sachverständigen nicht auf Erstattung von Befund und Gutachten, ob gegenständliche Materialien jenen entsprechen, die im Anhang zum AWG bzw. des EWC oder VGA aufgelistet sind, sondern darauf, ob diese, ohne weiteres Ermittlungsverfahren und somit willkürlich, als Abfall qualifizierten Materialien verwertet werden können und damit eine Anwendbarkeit der Ausnahmebestimmung des § 2 Abs. 5 AlSaG gegeben ist*“ ist festzustellen, dass gemäß des Punktes Q16 des Anhanges I zum AWG auch Stoffe und Produkte aller Art, die nicht den Punkten Q1 bis Q 15 des vorgenannten Anhanges angehören unter den Abfallbegriff des § 2 Abs.1AWG fallen.

Die Bf. führt an, dass die gelagerten Materialien stofflich verwertet wurden und daher die Befreiungsbestimmung des § 2 Abs.5 AlSaG in der entscheidungsmaßgeblichen Fassung Anwendung finden hätte müssen.

Gemäß dem Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 27. Februar 2002, Rs C-6/00, liegt eine stoffliche Verwertung dann vor, wenn die Abfälle eine sinnvolle Aufgabe dahingehend erfüllen, indem sie andere Materialien ersetzen, die für diese Aufgabe verwendet hätten müssen, wodurch natürliche Rohstoffquellen erhalten werden können.

Im Gegensatz zu den Behauptungen der Bf. wurde im Rahmen des, dem Feststellungsbescheid der Bezirkshauptmannschaft W. vorangegangenen, amtswegigen Ermittlungsverfahrens - unter Wahrung des Parteiengehörs - vom chemisch- und abfalltechnischen Sachverständigen, am 26. August 1999 hinsichtlich des verfahrensgegenständlichen Materials, ein Gutachten mit nachstehendem wesentlichen Inhalt erstellt:

Die derzeit lagernden Kunststoffabfälle und Spuckstoffe stammen einerseits aus getrennten Sammlungen von Kunststoffabfällen, sowie Produktionsrückständen aus; der Aufarbeitung von Altpapier. In der vorliegenden Form können diese Materialien nur bedingt (im Falle der sortenreinen Kunststoffabfälle) einer Verwertung zugeführt werden.

Für den Großteil der lagernden Abfälle (dies stellen die Spuckstoffe dar) ist jedenfalls vor der Verwertung eine Behandlung erforderlich. Für die Herstellung von Dämmstoffen sieht diese Behandlung eine Zerkleinerung, Trocknung und Hygienisierung vor. Diese Bearbeitungsschritte können mit relativ einfachen Anlagen, die in der vorhandenen Halle am Standort durchgeführt werden können, vorgenommen werden. Seitens der Firma Ho. wurden

für die Herstellung von Dämmstoffen als Produkt umfangreiche Untersuchungen über die chemische Zusammensetzung und physikalische Eigenschaften der Endprodukte vorgelegt, des weiterem wurden auch Angaben über die Art der Hygienisierung des Produktes vorgelegt. Diese Angaben stammten aus Produkten, die im Laboratoriumsmaßstab aus gelagerten Spuckstoffabfällen, hergestellt wurden. In diesem Zusammenhang muss festgehalten werden, dass die genannten Untersuchungen, die aus chemisch technischer Sicht das Ende einer abgeschlossenen Verwertung bestätigen, in Abstimmung mit einem ASV des Bundesministeriums für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft, erfolgten, der in Rahmen des beantragten Feststellungsverfahrens Ende 1999 an Ort und Stelle anwesend war und über die Art der Abfallmaterialien Bescheid wusste.

Eine Beurteilung der ausreichenden Hygienisierung der hergestellten Dämmstoffe, durch die ein Schimmelbefall des Produktes wirksam vermieden werden soll, ist wie bereits erwähnt noch ausständig.

Somit stellen die derzeit lagernden Spuckstoffe und Kunststoffmaterialien Abfall dar.

In dem im gegenständlichen Aussetzungsverfahren zu beurteilenden Berufungsbegehren konnte von der Bf. nicht überzeugend dargelegt werden, dass- im Gegensatz zu dem Inhalt dieses Sachverständigungsgutachtens- eine stoffliche Verwertung der in Rede stehenden Materialien real umgesetzt wurde. Ihren Ausführungen nach, war die Weiterverwertung der gelagerten Materialien im Anschluss eines aufwendigen Aufbereitungsverfahrens geplant. Die gelagerten Materialien sollten, in aufbereiteter Form, der Erzeugung weiterer Produkte dienen.

Gemäß dem Urteil des EuGH vom 19. Juni 2003, Rs C-444/00 stellt die Erzeugung eines Rohstoffes für die Erzeugung weiterer Produkte noch keine stoffliche Verwertung dar. Somit kann in einer Aufbereitung von Sekundärrohstoffen keine stoffliche Verwertung gesehen werden.

Zur Behauptung der Bf, das Hauptzollamt Wien hätte als Abgabenbehörde erster Instanz, fehlerhafte Ermittlungen durchgeführt, wird festgestellt:

Die Abgabenbehörde erster Instanz hat aufgrund des Prüfungsauftrages zu Zahl:xyz Ermittlungen hinsichtlich des Lagerns von altlastenbeitragspflichtigem Material durch die Bf. durchgeführt, aufgrund derer sie zu nachstehendem Ergebnis gekommen ist:

Bei den von der Bf. auf dem Gelände in S gelagerten Materialien handelt es sich um Kunststoffabfälle und Spukstoffe. Dieses Gelände wurde von der Bf. von der A. über einen Untermietvertrag im Jahre 1997 angemietet. Dieser Untermietvertrag endete mit Wirkung von 31 .März 2002.Die Anlieferungen erfolgten im Zeitraum drittes Quartal 1996 bis IV. Quartal 1999 in einer Menge von 29.116,23 Tonnen. Die angefallenen Mengen von 29.116,23 Tonnen

wurden anlässlich der in den Buchhaltungsunterlagen der Bf. vorgefundenen Ausgangsrechnungen festgestellt.

Dieses Ergebnis wurde von der Abgabenbehörde erster Instanz in einer Niederschrift, zur Zahl:xxx, unter Punkt I bis VI festgehalten. Der Inhalt dieser Niederschrift wurde der Bf. vorgehalten und von dieser mit dem Zusatz „*Das Unternehmen bestätigt, dass es den Sachverhalt lückenlos und wahrheitsgetreu dargelegt und die Bezug habenden Unterlagen vorgelegt hat und dass der Sachverhalt vollständig und lückenlos in der Niederschrift Punkte eins bis sechs dargestellt ist*“, am 3. März 2004 unterfertigt.

Die Bf. erklärt nunmehr die im Spruch des Abgabenbescheides angeführte Menge von 29.116,23 Tonnen als zu hoch angesetzt bzw. dass sie für einen Teil der gelagerten Materialien als Abgabenschuldner nicht in Frage kommt. Sie hat es aber sowohl vor Erlassung des Abgabenbescheides als auch im Berufungsverfahren unterlassen, genau darzulegen bzw. glaubhaft zu machen, aus welchem Grunde der, ihr von der Abgabenbehörde vor Erlassung des Abgabenbescheides vorgehaltene und von dieser als erwiesen angesehene, Sachverhalt sich nunmehr als unrichtig erweist. Sie hat weder die von ihr aufgestellten Behauptungen ausführlich begründet, noch hat sie die ihrer Ansicht nach- tatsächlich von ihr gelagerten Mengen, unter Beibringung allfälliger Beweismittel, möglichst genau angeführt.

Die Bf. übersieht dabei, dass zwar die Abgabenbehörde die Feststellungslast für alle Tatsachen, die vorliegen müssen, um einen Abgabenanspruch geltend machen zu können, trägt, dies jedoch doch die Partei nicht von ihrer Offenlegungs- und Mitwirkungspflicht befreit.(VwGH 7.6.2005,2001/14/0187) Beide Pflichten bestehen grundsätzlich nebeneinander und schließen einander nicht aus. In dem Ausmaß in dem die Partei eine Mitwirkung an der Wahrheitsfindung unterlässt, tritt die Verpflichtung der Behörde, den Sachverhalt nach allen Richtungen über das von ihr als erwiesen anerkannte Maß hinaus zu prüfen, zurück.

Aus den aufgezeigten Gründen erscheint daher, im Rahmen der im Aussetzungsverfahren gebotenen überschlagsmäßigen Beurteilung, der Berufung gegen die Festsetzung des Altlastenbeitrages wenig erfolgversprechend. In diesem Lichte erscheint die Festsetzung des Säumniszuschlages gemäß §§217-212 BAO, als Folge der nicht zeitgerechten Entrichtung des Altlastenbeitrages als gerechtfertigt.

Somit kann dem Antrag auf Aussetzung der Einhebung des vorgeschriebenen Altlastenbeitrages sowie des vorgeschriebenen Säumniszuschlages nicht Folge geleistet werden.

Der Beschwerde war daher der Erfolg zu versagen und es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 3. Juli 2008