



## **Berufungsentscheidung**

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw, vertreten durch K-GmbH, gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 9/18/19 Klosterneuburg vom 3. Februar 2009 betreffend Abweisung eines Antrages auf Aufhebung gemäß § 299 BAO entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### **Entscheidungsgründe**

Mit Eingabe vom 29. September 2008 beantragte die Berufungswerberin (Bw) gemäß § 299 BAO die Aufhebung des Bescheides vom 2. September 2008 über den Ablauf der Aussetzung der Einhebung.

Dieser Bescheid sei mangels faktisch effizienten Rechtsschutzes inhaltlich rechtswidrig. Dass er sich auf BMF, Verwaltungsgerichtshof und Schrifttum berufen könne, nütze wenig, wenn er der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes nicht Rechnung trage und die Bw sich, wenn es hart auf hart gehe, dorthin wenden würde.

Der Antrag nach § 299 eröffne der Bw die Möglichkeit, einen Bescheid binnen Jahresfrist auf seine Rechtmäßigkeit hin überprüfen zu lassen und die Behörde zu einer neuerlichen Befassung mit dieser Angelegenheit zu zwingen.

§ 299 Abs. 1 BAO setzt Gewissheit über das Vorliegen einer Rechtswidrigkeit voraus; die bloße Möglichkeit genüge dafür nicht. Die Bw denke, dass ihr bisheriges Vorbringen konkret genug

sei, die Verfassungswidrigkeit zu erkennen und es dafür nicht erst eines Ganges zum Verfassungsgerichtshof bedarf, um den sich schon jetzt abzeichnenden Befund schwarz auf weiß in Form eines Richterspruchs in Händen zu haben. Zumal es kein Verbot zu einem verfassungskonformen Vorgehen gebe und das Gesetz nicht dazu zwinge, § 212a Abs. 5 BAO so zu lesen, dass der Zahlungsaufschub ohne Berücksichtigung der weiteren Entwicklung automatisch mit dem Ende des ersten Durchgang ende. Diese Norm ermögliche auch eine Lesart, die Entstehungsgeschichte, Zweck der Aussetzung der Einhebung und vor allein das weitere Geschehen angemessen mitberücksichtige. Auf dieser Basis sei zu differenzieren. Finde das Berufungsverfahren bereits mit der dem ersten Durchgang sein abschließendes, definitives Ende, so sei auch der Ablauf der Aussetzung der Einhebung zu verfügen. Werde die Sache hingegen bei den Höchstgerichten fortgesetzt, so sei auch der Zahlungsaufschub entsprechend zu verlängern.

Stehe die Rechtswidrigkeit - wie hier - fest, so sei damit auch die Ermessensentscheidung vorgegeben.

Das Finanzamt wies den Antrag mit Bescheid vom 3. Februar 2009 ab.

In der dagegen eingebrochenen Berufung beantragte die Bw, den bekämpften Bescheid ersatzlos aufzuheben.

In diesem einhebungstechnischen Bereich herrsche gewachsene Unübersichtlichkeit. Mitentscheidend dafür sei der Zurückweisungsbeschluss des Verwaltungsgerichtshofes vom 14. April 2009, Zl. AW 2009/13/0006, über den Antrag auf Zuerkennung aufschiebender Wirkung. Versuche, über einen neuerlichen Antrag ein günstigeres Ergebnis zu erreichen, seien bisher noch nicht unternommen worden.

Das Finanzamt wies die Berufung mit Berufungsvorentscheidung vom 8. Februar 2010 als unbegründet ab.

In dem dagegen eingebrochenen Antrag auf Entscheidung über die Berufung durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz brachte die Bw ergänzend im Wesentlichen vor, dass das Argument, eine Aussetzung der Einhebung sei in Verfahren vor den Höchstgerichten nicht vorgesehen, die Judikatur des Verfassungsgerichtshofes (VfGH 27.6.1996, B 131/95) negiere, der die damals wie hier vertretene Auffassung als grundlegend verfehlt beurteilt habe. Daher wären die Erfolgsaussichten in dieser Frage beim Verfassungsgerichtshof ungeachtet der in eine andere Richtung weisenden Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes samt Verwaltungspraxis in der Gegend von einhundert Prozent.

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

*Gemäß § 299 Abs. 1 BAO kann die Abgabenbehörde erster Instanz auf Antrag der Partei oder von Amts wegen einen Bescheid der Abgabenbehörde erster Instanz aufheben, wenn der Spruch des Bescheides sich als nicht richtig erweist.*

*Gemäß § 212a Abs. 5 BAO besteht die Wirkung einer Aussetzung der Einhebung in einem Zahlungsaufschub. Dieser endet mit Ablauf der Aussetzung oder ihrem Widerruf (§ 294). Der Ablauf der Aussetzung ist anlässlich einer über die Berufung (Abs. 1) ergehenden*

*a) Berufungsvorentscheidung oder*

*b) Berufungsentscheidung oder*

*c) anderen das Berufungsverfahren abschließenden Erledigung zu verfügen. Die Verfügung des Ablaufes anlässlich des Ergehens einer Berufungsvorentscheidung schließt eine neuerliche Antragstellung im Fall der Einbringung eines Vorlageantrages (§ 276 Abs. 2) nicht aus.*

Nach der – unwidersprochen gebliebenen - Begründung der Berufungsvorentscheidung vom 8. Februar 2010, auf deren Ausführungen verwiesen wird, hat der Unabhängige Finanzsenat mit Berufungsentscheidungen vom 20. August 2008, GZ. RV/3458-W/07 und RV/3457-W/07 über die Berufung vom 29. Mai 2007 betreffend Umsatzsteuer für die Jahre 2002 bis 2005 und Einkommensteuer 2005 entschieden. Gegen diese Berufungsentscheidungen wurde Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof erhoben.

Da der Spruch des Ablaufbescheides vom 2. September 2008 somit dem Gesetz entspricht, ist eine Anwendbarkeit der Bestimmung des § 299 Abs. 1 BAO nicht gegeben.

Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 25.11.2002, 2002/14/0126) besteht keine gesetzliche Grundlage, die Aussetzung der Einhebung von Abgaben wegen einer bei den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts anhängigen Beschwerde über den Zeitpunkt der Erlassung der jeweiligen, das Berufungsverfahren abschließenden Erledigung hinaus auszudehnen.

Nach diesem Erkenntnis wird mit dem bloßen Hinweis auf das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 27. Juni 1996, B 131/95, eine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides nicht aufgezeigt. Das zitierte Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes betraf ausdrücklich eine Aussetzung im Zusammenhang mit einem (offenen) Berufungsverfahren. Der von der Bw geforderten Anwendung auf offene Beschwerdeverfahren steht der klare Wortlaut des § 212a BAO entgegen.

Zudem ist die Abgabenbehörde zum Vollzug von ordnungsgemäß kundgemachten Gesetzen verpflichtet. Die bloße Möglichkeit der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes ändert daran nichts. Selbst wenn sich die verfassungsrechtlichen Bedenken gegen ein Gesetz als zutreffend

erweisen, scheidet das Gesetz erst nach seiner Aufhebung durch den Verfassungsgerichtshof (gegebenenfalls unter Setzung einer Frist nach Art 140 Abs. 7 B-VG) aus dem Rechtsbestand aus, daher hat die Abgabenbehörde das ordnungsgemäß kundgemachte Gesetz bis zu seiner Aufhebung ungeachtet der Möglichkeit seiner Verfassungswidrigkeit anzuwenden (vgl. VwGH 16.12.2003, 2003/15/0110).

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 3. Oktober 2012