



## Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., vom 5. Februar 2010, gegen den Bescheid des Finanzamtes Graz-Stadt vom 8. Jänner 2010, betreffend die Abweisung des Antrages vom 2. April 2009 auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gem. § 308 BAO, entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

### Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber hat durch seinen bevollmächtigten Vertreter mit Schriftsatz vom 2. April 2009, gemeinsam mit der Berufung gegen den Bescheid vom 12. September 2007, „vorsichtshalber“ einen Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand eingebracht.

In diesem Schriftsatz ist ausgeführt:

*„Das Kind des Antragstellers, ..., wurde mit Bescheid des Bundesasylamtes (...) vom 25.10.2004 als Flüchtling anerkannt.*

*Mit Beschluss des Bezirksgerichtes ... vom 26.04.2006 wurde die Obsorge hinsichtlich ... der Kindesmutter ... entzogen und dem Antragsteller und Kindesvater ... die Obsorge und gesetzliche Vertretung übertragen.*

*Am 11.09.2007 wurde dem Antragsteller das Ersuchen um Ergänzung, datierend vom 04.09.2007, zugestellt, wobei erörtert wurde, dass neben der Unterschriftsleistung, welche anlässlich der Vorsprache erfolgt ist, ein gültiger Asylbescheid erforderlich sei, welcher noch nicht vorliege.*

*Mit Erkenntnis des Asylgerichtshofes der Republik Österreich, ... wurde der Beschwerde des Antragstellers vom 03.03.2008 Folge gegeben und ihm der Status eines Asylberechtigten zuerkannt (Erkenntnis vom 20.01.2009). Mit Mitteilung des Finanzamtes Graz – Stadt vom 09.03.2009 wurde nunmehr bestätigt, dass der Anspruch auf Gewährung der Familienbeihilfe zu Recht besteht, wobei jedoch die Familienbeihilfe erst ab Jänner 2009 (...) zugebilligt wird. Tatsächlich ist der Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe am 27.06.2007 gestellt worden und besteht daher zumindest ab Juli 2007 der Anspruch auf Gewährung der Familienbeihilfe, wie sich aus den oben zitierten Urkunden ohnehin ergibt.*

*Anlässlich seiner Vorsprache beim Finanzamt Graz – Stadt wurde dem Antragsteller ein Abweisungsbescheid, datiert mit 12.09.2007 übergeben, mit der Behauptung, dass ihm dieser Bescheid zugestellt worden sei und er dagegen keine Berufung erhoben habe.*

*Abgesehen davon, dass durch die oben zitierten Entscheidungen bzw. Urkunden der Anspruch auf Gewährung der Familienbeihilfe ab Antragstellung besteht, wurde dieser Abweisungsbescheid dem Antragsteller niemals zugestellt bzw. erstmals im März 2009 anlässlich seiner Vorsprache beim Finanzamt ausgedruckt und ausgefolgt.*

*Da dem Antragsteller dieser Abweisungsbescheid niemals zugestellt wurde, ihm auch ein Rückschein über den Empfang dieses Bescheides nicht vorgewiesen werden konnte, andererseits aber sämtliche andere Schriftstücke, auch jene des Finanzamtes, dem Antragsteller sehr wohl zugekommen sind, ist die Berufungsfrist noch nicht abgelaufen gewesen. Vorsichtshalber wird aber im Hinblick auf die obigen Ausführungen gleichzeitig der Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gestellt und zur Vermeidung von Wiederholungen sowohl hinsichtlich Wiedereinsetzung als auch Berufung wie folgt ausgeführt:*

*A) ...*

*B) ...*

*C) ...*

*D) Im Hinblick auf das Ersuchen um Ergänzung vom 04.09.2007 hat der Antragsteller einige Tage danach die erforderliche Unterschrift geleistet und wurde ihm vorgehalten, dass derzeit kein rechtskräftiger Asylbescheid vorliege und dieser abgewartet werden müsse. Eigenwillig erscheint es, dass dem Antragsteller daher angeblich bereits am 12.09.2007 ein Abweisungsbescheid zugegangen sein soll, obwohl er zu diesem Zeitpunkt erst aufgefordert wurde, gewisse Ergänzungspunkte zu erfüllen und damals die Entscheidung über die Gewährung der Familienbeihilfe ausgesetzt wurde bis zur Klärung der Asyleigenschaft.*

*E) ...“*

Mit Bescheid vom 30. Oktober 2009 hat das Finanzamt den Berufungswerber aufgefordert, die näher bezeichneten Mängel des Antrages bis 27. November 2009 zu beheben.

Diesem Auftrag ist der Berufungswerber mit Schriftsatz vom 6. November 2009 wie folgt nachgekommen:

*„Der Berufungswerber hat das Ersuchen um Ergänzung, datiert mit 04.09.2007 erhalten und hat sich daraufhin am 11.09.2007 zur zuständigen Referentin des Finanzamtes Graz-Stadt begeben, da er als Ausländer natürlich Sorge hatte, Aufträge des Finanzamtes nicht richtig zu erledigen. Im Beisein seines Bekannten, des Herrn J. A., welcher der deutschen Sprache zu diesem Zeitpunkt besser mächtig war, begab sich der Berufungswerber zur zuständigen Referentin und wurde die entsprechende Ergänzung vorgenommen. Er wurde von der Referentin, welche durchaus bemüht erschienen ist, aufgeklärt, daß noch der Asylbescheid abgewartet werden muß und dann, sozusagen wenn er einen Paß bekommt, vom Amt automatisch die Erledigung erfolgen wird. Damit war für den Berufungswerber die Angelegenheit erledigt. Tatsächlich dauerte die Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft relativ lange, sodaß er schließlich im März 2009 die mit 09.03.2009 datierte Mitteilung über den Bezug der Familienbeihilfe erhielt. Da diese jedoch nur den Zeitraum ab Jänner 2009 umfaßte, begab er sich wiederum zur zuständigen Referentin, diesmal in Begleitung des Herrn W. A., welcher die Dolmetschfunktion übernahm, um nachzufragen, was nun mit der Familienbeihilfeantragstellung bis Ende 2008 sei. Damals erklärte ihm die Referentin, er hätte einen Abweisungsbescheid erhalten, was von ihm verneint wurde und woraufhin sie einen Ausdruck im Beisein des Zeugen A. vornahm und dem Berufungswerber aushändigte. Dieser angeblich im September 2007 ausgefertigte Abweisungsbescheid ist dem Berufungswerber nie zugekommen. Er bewohnt seine Wohnung mit insgesamt sieben Personen, sodaß schon eine Hinterlegung eher fragwürdig erscheint, da normalerweise immer irgendein Bewohner in der Wohnung anwesend ist und daher der Bescheid an einen Familienangehörigen ausgefolgt hätte werden können. Interessant und eigenwillig erscheint in diesem Zusammenhang auch, dass der Berufungswerber am 11.09.2007 bei der Referentin war, mit ihr die ganze Vorgangsweise im Beisein des Zeugen A. besprochen hatte und diese ihm auch bei Erfüllung der Voraussetzungen die Zuerkennung der Familienbeihilfe in Aussicht stellte. Daß ausgerechnet am Tag nach dieser Vorsprache ein Abweisungsbescheid ergangen ist, erscheint als solches bereits eigenartig, weil wohl zu erwarten gewesen wäre, daß, wenn ein solcher Bescheid vorgesehen war, welcher am Tage nach der Vorsprache angeblich ausgefertigt wurde, die Referentin wohl auf diesen zu erwartenden Bescheid hingewiesen hätte und nicht das genaue Gegenteil erklärt hätte. Das unvorhergesehene bzw. unabwendbare Ereignis liegt also darin, daß dieser Abweisungsbescheid dem Berufungswerber im Jahre 2007 nicht zugekommen ist und auch nicht der angebliche Verständigungszettel über die Hinterlegung dieses Bescheides; es wird nochmals darauf hingewiesen, daß eine Hinterlegung auch insoferne unverständlich erscheint, weil normalerweise immer zumindest ein Familienangehöriger in der Wohnung anwesend ist.*

*Der Berufungswerber hat ohne Verschulden keine Kenntnis von der Hinterlegung erlangt.*

*Der ausgewiesene Vertreter legt vor eine Kopie des Ersuchens um Ergänzung vom 04.09.2007 mit dem handschriftlichen Vermerk der Referentin und dem Datumstempel 11.09.2007, woraus jedenfalls bescheinigt ist, daß er am 11.09.2007 beim Finanzamt Graz-Stadt vorgesprochen hat und dort auch Haken angebracht sind zum Zeichen, daß die Ergänzungen von der Referentin als erfolgt angesehen wurden. Auch die Handschrift müsste überprüfbar sein, nämlich daß es sich um jene der Referentin handelt und ebenso die Unterschriftsparaph.*

*Neben der eigenen Einvernahme des Berufungswerbers wird als weiteres*

*Bescheinigungsmittel auch noch die Einvernahme des Herrn W. A., ..., beantragt, nämlich zum Beweis dafür, daß die Referentin in seinem Beisein, also einige Tage nach dem 09.03.2009 über Vorhalt, daß ein Abweisungsbescheid bisher nie zugestellt wurde, diesen in seinem Beisein ausdrückte und dem Berufungswerber übergab. Die Berufung ist daher, da sie am 09.04.2009 beim Finanzamt überreicht wurde, rechtzeitig erhoben worden.*

*Es wäre auch ziemlich unlogisch, daß die Referentin bestätigt, daß die benötigten Ergänzungen erfolgt sind und daß noch der Asylbescheid abgewartet werden muß, dann aber, ohne dies anzukündigen, angeblich am nächsten Tag bereits ein Abweisungsbescheid ausgefertigt wurde.*

*Die Vorgänge sind auch deshalb unverständlich, weil der Berufungswerber nach genau der Erfüllung jener Voraussetzungen, welche am 11.09.2007 besprochen wurden, sodann mit Benachrichtigung vom 09.03.2009 die Familienbeihilfe zuerkannt erhielt, eben nachdem die Entscheidung des Asylgerichtshofes vorlag.“*

Mit dem nunmehr angefochtenen Bescheid vom 8. Jänner 2010 hat das Finanzamt diesen Antrag abgewiesen.

In der dagegen fristgerecht eingebrachten Berufung führt der Berufungswerber durch seinen Vertreter auszugsweise aus:

*„Mit dem bekämpften Bescheid wird der Antrag auf Bewilligung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand abgewiesen mit der Begründung, dass der ursprüngliche Bescheid, bezüglich dessen Wiedereinsetzung beantragt wurde, hinterlegt worden sei und somit eine ordnungsgemäße Zustellung vorliege.*

*Der Berufungswerber hat in seinem Wiedereinsetzungsantrag darauf hingewiesen, dass in seiner Wohnung stets eine Person anwesend war und daher der nunmehr im abweisenden Bescheid behauptete Zustellversuch jedenfalls nicht gegeben war. Der Berufungswerber hat auch keine Hinterlegungsverständigung vorgefunden, während er alle anderen Schriftstücke stets erhalten hat.*

*Es wurde ihm auch nicht, als er mit seinem Vertrauensmann, Herr W. A. bei der Referentin vorsprach, vorgehalten, dass der mit dem Wiedereinsetzungsantrag bekämpfte Bescheid hinterlegt worden sei; bei Nichtabholung hätte dieser Bescheid sohin an die Behörde zurücklangen müssen; vielmehr wurde dem Berufungswerber der Abweisungsbescheid neu ausgedruckt.*

*Vor Erlassung des nunmehr bekämpften Bescheides wurde keinerlei der beantragten Beweise aufgenommen; insbesondere wurden weder der Berufungswerber noch der Zeuge W. A. vernommen, obwohl gerade die Einvernahme dieser Personen für die Frage der Wiedereinsetzung von wesentlicher Bedeutung gewesen wäre. Die Frage des ordnungsgemäßen Zustellversuches und der ordnungsgemäßen Verständigung sowie Hinterlegung ist Voraussetzung, dass eine Zustellung als bewirkt angesehen wird. Diesbezüglich beruft sich der Bescheid offensichtlich auf einen Vermerk auf dem Briefkuvert, ohne auch nur im Entferntesten die tatsächlichen Vorgänge um den angeblichen Zustellversuch, die angebliche Verständigung und die angeblich ordnungsgemäße Hinterlegung zu hinterfragen. Die Begründung, dass auf die Einvernahme des Antragssteller verzichtet wurde, weil keine neuen Erkenntnisse zu erwarten gewesen wären, widerspricht jeder Forderung nach Parteiengehör und wird auch großzügig übergangen, dass sich der Berufungswerber auf einen Zeugen (A.) berufen hat, welcher ebenfalls nicht einvernommen wurde.*

*Schließlich kann auch der Rechtseinschätzung nicht gefolgt werden, dass dem Berufungswerber kein Rechtsnachteil entstanden ist, weil ihm die Flüchtlingseigenschaft erst am 20.01.2009 zuerkannt wurde.*

*Dem ist entgegenzuhalten, dass der mj. ... bereits mit Bescheid vom 25.10.2004 Flüchtlingseigenschaft zuerkannt und der Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe am 27.06.2007 gestellt wurde. Es wäre auch nicht verständlich, warum die damals zuständige Referentin die handschriftlichen Vermerke mit dem Ersuchen um Ergänzung angebracht hat, wenn all dies ohne Bedeutung gewesen wäre (Vermerk vom 11.09.2007).*

*Das diesbezügliche Verfahren hinsichtlich der Asylfrage des Berufungswerbers war bereits anhängig und hat daher mit Bestätigung des zu Recht bestehenden Antrages Rechtswirkung ex tunc erzeugt, sodaß der Wiedereinsetzungsantrag natürlich essentielle, auch rechtliche, Bedeutung zukommt.*

*Es wird daher der Antrag gestellt, den Bescheid vom 08.01.2010 zu beheben, die beantragten Beweise aufzunehmen und dem Berufungswerber sodann die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu bewilligen.“*

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

Vorab ist darauf hinzuweisen, dass der Unabhängige Finanzsenat die Berufung des Berufungswerbers vom 6. November 2009, gerichtet gegen den Bescheid des Finanzamtes Graz – Stadt vom 30. Oktober 2009, betreffend die Zurückweisung seiner verspätet eingebrachten Berufung mit Bescheid vom 8. Juni 2010, GZ RV/0121-G/10, abgewiesen hat.

Es ist daher für das hier gegenständliche Verfahren davon auszugehen, dass der Berufungswerber tatsächlich eine Frist, nämlich jene zur Einbringung einer Berufung gegen den Bescheid des Finanzamtes Graz – Stadt vom 12. September 2007, betreffend Familienbeihilfe, versäumt hat.

Der vorliegende Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erweist sich damit als zulässig.

Gemäß § 308 Abs. 1 BAO ist gegen die Versäumung einer Frist (§§ 108 bis 110) 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.

Abs. 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.

Nach § 309a Abs. 1 hat der Wiedereinsetzungsantrag zu enthalten:

- a) die Bezeichnung der versäumten Frist;
- b) die Bezeichnung des unvorhergesehenen oder unabwendbaren Ereignisses (§ 308 Abs. 1);
- c) die Angaben, die zur Beurteilung des fehlenden groben Verschuldens an der Fristversäumung notwendig sind;
- d) die Angaben, die zur Beurteilung der Rechtzeitigkeit des Antrags notwendig sind.

Abs. 2: Entspricht der Wiedereinsetzungsantrag nicht den im Abs. 1 umschriebenen Erfordernissen, so hat die Abgabenbehörde dem Antragsteller die Behebung dieser inhaltlichen Mängel mit dem Hinweis aufzutragen, dass der Antrag nach fruchtlosem Ablauf einer gleichzeitig zu bestimmenden angemessenen Frist als zurückgenommen gilt.“

Der Berufungswerber hat im Wesentlichen als einzigen Grund seiner Versäumung der Berufungsfrist angegeben, die in seinen Hausbriefkasten eingelegte Verständigung von der Hinterlegung des zuzustellenden Bescheides nicht erhalten zu haben. Er führt dazu auch aus, weshalb sie seines Erachtens „fragwürdig erscheint, da normalerweise immer irgendein Bewohner in der Wohnung anwesend ist“. Es wird jedoch mit keinem Wort geschildert, wer befugt war, den Hausbriefkasten zu entleeren: Da der Berufungswerber offensichtlich alle sieben Mitbewohner ermächtigt hatte, an ihn gerichtete Sendungen in Empfang zu nehmen, waren wohl auch alle sieben Mitbewohner ermächtigt, seinen Hausbriefkasten zu entleeren. Angesichts dieses Umstandes verwundert es nicht, wenn Schriftstücke wie im konkreten Fall „ein Zettel“, nämlich die Verständigung von der Hinterlegung, verschwinden können.

Durch § 17 Abs.4 des Zustellgesetzes ist klar gestellt, dass die im Wege der Hinterlegung vorgenommene Zustellung selbst dann gültig ist, wenn die darüber erfolgte Verständigung beschädigt oder entfernt wurde. Diese Bestimmung würde bedeutungslos, wenn, wie im vorliegenden Fall, die bloße und unbegründete Behauptung, die Verständigung sei dem Berufungswerber nicht zugekommen, schon einen Grund für die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ermögliche. Gründe, die ausnahmsweise eine andere Beurteilung erforderlich machten, hat der Berufungswerber nicht genannt.

Der vom Vertreter des Berufungswerbers gerügten vermeintlich unverständlichen Vorgangsweise muss im Übrigen entgegnet werden, dass sie in sich schlüssig und verständlich erscheint:

Nachdem der Berufungswerber am 11. September 2007 das an ihn mit Schreiben vom 4. September 2007 gerichtete Ersuchen, einen Nachweis über den rechtmäßigen Aufenthalt „bzw. Flüchtlingsausweis / Bescheid über Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft“ vorzulegen damit beantwortet hatte, dass er noch nicht über einen gültigen Asylbescheid verfüge, konnte ihn das Organ des Finanzamtes über die geltende Rechtslage informieren, dass die tatsächliche Gewährung von Asyl Voraussetzung für die Gewährung der Familienbeihilfe ist, und musste oder konnte daher seinen gestellten Antrag am folgenden Tag mit Bescheid abweisen.

Auch die Ausfolgung eines Ausdruckes einer Zweitschrift des durch Hinterlegung zugestellten Bescheides an den Berufungswerber ist verständlich, kann doch der Ausdruck unmittelbar erfolgen, während die Aushändigung des vom Berufungswerber nicht behobenen (Original-) Bescheides dessen wesentlich zeitaufwendigere Aushebung aus der Aktenablage bedingt hätte.

Der Unabhängige Finanzsenat kann schließlich nicht finden, dass das Finanzamt den Berufungswerber und den von seinem Vertreter angebotenen „Zeugen“ nicht einvernommen hat, irgendwelche Rechte des Berufungswerbers verletzt hätte:

Der Berufungswerber hatte hinreichend Gelegenheit, Alles seiner Sache (vermeintlich) Dienende vorzubringen, und er hat von dieser Möglichkeit, was die wieder gegebenen Schriftsätze beweisen, auch Gebrauch gemacht. Welche der Sache dienenden Fragen an den, im Übrigen nur namentlich genannten, „Zeugen“ gerichtet hätten werden sollen oder könnten, hat selbst der Berufungswerber nicht ausgeführt und bleibt im Zusammenhang mit der Tatsache, dass dieser „Zeuge“ dem Berufungswerber lediglich bei seiner Vorsprache im März 2009, „um nachzufragen, was nun mit der Familienbeihilfeantragstellung bis Ende 2008 sei“ beigestanden ist, unerfindlich.

Zusammenfassend vertritt der Unabhängige Finanzsenat die Auffassung, dass der angefochtene Bescheid des Finanzamtes der bestehenden Rechtslage entspricht, weshalb die dagegen gerichtete Berufung, wie im Spruch geschehen, als unbegründet abgewiesen werden musste.

Hinweis:

Gemäß § 3 Abs. 1 des Familienlastenausgleichsgesetzes (FLAG) 1967 haben Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG), BGBl. I Nr. 100/2005, rechtmäßig in Österreich aufhalten.

Abs. 2: Anspruch auf Familienbeihilfe besteht für Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger sind, sofern sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes rechtmäßig in Österreich aufhalten.

Abs. 3: Abweichend von Abs. 1 haben Personen, denen Asyl nach dem Asylgesetz 2005 (AsylG 2005), BGBl. I Nr. 100, gewährt wurde, Anspruch auf Familienbeihilfe. Anspruch besteht auch für Kinder, denen nach dem Asylgesetz 2005 Asyl gewährt wurde.

Abs. 4: Abweichend von Abs. 1 haben Personen, denen der Status des subsidiär Schutzberechtigten nach dem Asylgesetz 2005 zuerkannt wurde, Anspruch auf Familienbeihilfe, sofern sie keine Leistungen aus der Grundversorgung erhalten und unselbständig oder selbständig erwerbstätig sind. Anspruch besteht auch für Kinder, denen der Status des subsidiär Schutzberechtigten nach dem Asylgesetz 2005 zuerkannt wurde

Aus diesem § 3 Abs. 3 FLAG 1967 folgt, dass der Berufungswerber tatsächlich nur ab dem Kalendermonat Anspruch auf Familienbeihilfe hatte, ab dem ihm Asyl tatsächlich gewährt wurde (vgl. dazu z. B. VwGH 4.2.2009, 2008/15/0309).

Graz, am 9. Juni 2010