



## **Berufungsentscheidung**

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung von Herrn A.P., vertreten durch Dr. Viktor Igali-Igalffy, Rechtsanwalt, 2340 Mödling, Brühlerstraße 63, vom 21. Dezember 2005 gegen den Bescheid des Finanzamtes Baden Mödling vom 23. November 2005 über die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§ 308 BAO) entschieden:

Der Berufung wird stattgegeben, der angefochtene Bescheid aufgehoben und die beantragte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bewilligt

### **Entscheidungsgründe**

Mit Bescheid des Finanzamtes Baden Mödling vom 23. November 2005 wurde der Antrag des Berufungswerbers (in weiterer Folge Bw.) vom 6. Oktober 2005 auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand abgewiesen. Begründend wurde ausgeführt, dass der am 15. November 2004 ausgefertigte Haftungsbescheid mittels RSa versendet worden sei und nach Hinterlegung mit 22. November 2004 als zugestellt gelte.

Gemäß § 17 Abs. 1 Zustellgesetz sei, wenn eine Sendung an der Abgabestelle nicht zugestellt werden könne, das Schriftstück beim zuständigen Postamt zu hinterlegen. Der Empfänger sei schriftlich zu verständigen. Diese Verständigung sei in den für die Abgabestelle bestimmten Briefkasten einzulegen.

Im gegenständlichen Fall sei der erste Zustellversuch am 18. November 2004 vorgenommen worden und eine Ankündigung für den zweiten Zustellversuch am 19. November 2004 im Hausbrieffach zurückgelassen worden. Beim zweiten erfolglosen Zustellversuch am 19. November 2004 sei die Ankündigung der Hinterlegung beim Postamt wieder in das

Hausbrieffach eingelegt worden (Beginn der Abholfrist: 22. November 2004). Werde nun seitens des Bw. behauptet, dass keine Verständigung im Briefkasten gewesen sei, dann ändere dies nichts an der Wirksamkeit der Zustellung, weil eine im Weg der Hinterlegung vorgenommene Zustellung gemäß § 17 Abs. 4 ZustG auch dann gültig sei, wenn diese beschädigt oder entfernt worden sei.

Der Haftungsbescheid gelte somit mit 22. November 2004 als zugestellt. Der Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand sei daher abzuweisen gewesen.

In der dagegen fristgerecht eingebrachten Berufung vom 21. Dezember 2005 wird ausgeführt, dass die Meinung der belangten Behörde, dass gemäß § 17 Abs. 4 ZustG eine im Weg der Hinterlegung vorgenommene Zustellung auch dann gültig sei, wenn diese beschädigt oder entfernt worden sei, grundsätzlich zwar zutreffe, dabei jedoch übersehen werden, dass der Umstand, dass die Hinterlegungsanzeige offensichtlich aus dem Hausbrieffach des Bw. entfernt worden sei, einen Grund für die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand darstelle. Eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand sei dann möglich, wenn eine Partei eine Frist versäumt habe und die Partei durch diese Versäumung einen Rechtsnachteil erleide (§ 71 Abs. 1 AVG). Die versäumte Frist müsse eine verfahrensrechtliche sein (VwGH 15.3.1995, 95/01/0035), deren Ablauf die Möglichkeit, eine Verfahrenshandlung zu setzen (z.B. eine Berufung zu erheben, einen Antrag zu verbessern) beende.

Das AVG sehe folgende Wiedereinsetzungsgründe vor: die Partei sei durch ein unvorhergesehenes und unabwendbares Ereignis verhindert, die Frist einzuhalten und treffe sie daran kein Verschulden oder nur ein minderer Grad des Versehen (§ 71 Abs. 1 Z. 1 AVG).

Genau diese Umstände würden im konkreten Fall vorliegen, wie bereits im Schriftsatz des Bw. vom 6. Oktober 2005 ausführlich dargestellt worden sei.

Die belangte Behörde habe sich mit den angebotenen Beweismitteln in keiner Weise auseinandergesetzt und so insbesondere weder die Einvernahme des Bw. noch dessen Gattin angeordnet. Auch der mittels weiteren Schriftsatzes bekannt gegebene Postzusteller M.K. sei nicht als Zeuge einvernommen worden. Darüber hinaus habe es die belangte Behörde verabsäumt, gemäß § 45 Abs. 3 AVG dem Einschreiter Mitteilung vom Ergebnis des Beweisverfahrens zu machen und ihm dadurch die Möglichkeit zu einer Stellungnahme einzuräumen. Diese Vorgangsweise verletze das rechtliche Gehör des Bw.

Der angefochtene Bescheid sei auch mangelhaft begründet, da er mit keinem Wort auf die Wiedereinsetzungsgründe eingegangen sei. So fehle jede Auseinandersetzung mit der Darstellung der Vorgänge um die Beschädigung des Hausbrieffaches und der faktischen Möglichkeit, von Hinterlegungsanzeigen überhaupt Kenntnis erlangen zu können.

Es werde daher beantragt, den Bescheid vom 23. November 2005 ersatzlos zu beheben, in eventu dem Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand stattzugeben.

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

*§ 308 Abs. 1 BAO: Gegen die Versäumung einer Frist (§§ 108 bis 110) ist 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.*  
*§ 308 Abs. 3 BAO: 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.*

*§ 17 Abs. 1 ZustG: 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.*

*§ 17 Abs. 2 ZustG: Von der Hinterlegung ist der Empfänger schriftlich zu verständigen. Die Verständigung ist in den für die Abgabestelle bestimmten Briefkasten (Brieffeinwurf, 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.*

*§ 17 Abs. 3 ZustG: 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.*

*§ 17 Abs. 4 ZustG: 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.*

Zunächst ist unter Hinweis auf § 17 Abs. 4 ZustG festzuhalten, dass auch das Entfernen der Verständigung über den Zustellversuch oder der Ankündigung über den zweiten Zustellversuch an der Gültigkeit der Zustellung nichts ändert. Der ordnungsgemäße Zustellnachweis ist eine öffentliche Urkunde. Er legt Beweis über die Zustellung; ein Gegenbeweis ist jedoch möglich. Behauptet jemand, es lägen Zustellungsmängel vor, so hat er laut Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes diese Behauptung entsprechend zu begründen und Beweise dafür anzuführen, die die vom Gesetz im Zusammenhang mit einem

vorhandenen Rückschein aufgestellte Vermutung der vorschriftsgemäßen Zustellung zu widerlegen geeignet erscheinen lassen (VwGH 27.1.2005, 2004/16/0197).

Die Abgabenbehörde erster Instanz hat sich im angefochtenen Bescheid allein zur Frage der Rechtmäßigkeit der Zustellung geäußert, sich jedoch – wie vom Bw. richtig festgestellt – mit keinem Wort mit den für die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand relevanten Gründen auseinander gesetzt und übersieht dabei, dass dem Bw. für den Fall, dass ihm trotz ordnungsgemäßer Zustellung eine Hinterlegung nicht zur Kenntnis gelangt sein sollte, das Rechtsinstitut der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zur Verfügung steht (VwGH 21.9.1999, 97/18/0418).

Die Rechtsmittelbehörde hat wiederholt versucht, den vom Bw. namentlich erwähnten Postzusteller M.K. als Zeugen zu vernehmen bzw. zumindest eine schriftliche Zeugenaussage zu erhalten, was erst mit Antwortschreiben vom 25. Mai 2007 von Erfolg gekrönt war. Für die dadurch entstandene Verfahrensverzögerung kann nur um Verständnis ersucht werden.

In seiner schriftlichen Zeugenaussage führte der Zeuge M.K. aus, dass „an der Adresse es ständig beschädigte HBFA-Türen gibt. Diese wurden bzw. werden in unregelmäßigen Abständen oder in speziellen Anlassfällen wie z.B. Verletzungsgefahr repariert. Im vorliegenden Fall kann er keine genauen Aussagen machen, da es zu lange her ist, um sich an einzelne beschädigte HBFA-Türen zu erinnern.“

Durch diese Aussage erscheinen die Ausführungen des Bw. über die beschädigten Hausbrieffächer und den Umstand, dass er deshalb vom Zustellvorgang keine Kenntnis erlangt hat und die Frist zur Einbringung einer Berufung nicht einhalten hat können, glaubhaft gemacht.

Ein Verschulden, das über den minderen Grad des Versehens hinausgeht und nach der Bestimmung des § 308 Abs. 1 letzter Satz BAO (als *lex specialis* zu der vom Bw. angeführten Bestimmung des § 71 AVG) als anzuwendende Verfahrensvorschrift einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand hinderlich wäre, wurde weder von der Abgabenbehörde erster Instanz behauptet noch sind entsprechende Hinweise aus dem Verwaltungsakt zu entnehmen. Da somit die Voraussetzungen für die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erfüllt sind, war spruchgemäß zu entscheiden.

Abschließend ist festzuhalten, dass – da die Abgabenbehörde erster Instanz noch die gesetzliche Möglichkeit hat, die Berufung im Wege einer Berufungsvorentscheidung zu erledigen – von einer Berufungsentscheidung über den Haftungsbescheid derzeit Abstand zu nehmen war.

Wien, am 18. Juni 2007