

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin **** in der Beschwerdesache Bf, Adresse, vertreten durch Notar Mag. Elmar Obermayr, Obermarkt 15, 5270 Mauerkirchen, über die Beschwerde vom 4. Februar 2014 gegen den Bescheid der belangten Behörde Finanzamt für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel vom 8. Jänner 2014, Erf.Nr. betreffend Rechtsgebühr zu Recht erkannt:

Der Beschwerde wird gemäß § 279 BAO Folge gegeben und der angefochtene Bescheid wird – ersatzlos – aufgehoben.

Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) zulässig.

Entscheidungsgründe

I. Verfahrensablauf und entscheidungsrelevanter Sachverhalt

Am 6. Mai 2013 wurde in der Form eines Notariatsaktes zwischen dem Beschwerdeführer (in der Folge Bf) Bf und seiner Gattin ... eine Trennungsfolgenvereinbarung beim Notar Mag. Elmar Obermayr abgeschlossen.

Der Inhalt derselben ist im Wesentlichen Folgendes:

...

Erstens:

Herr Bf ist aufgrund des Schenkungsvertrages vom 09.01.1999 Alleineigentümer der Liegenschaft mit dem darauf errichteten Wohnhaus, in welchem sich die gemeinsame Ehwohnung der Ehegatten befindet. Die Gattin des Bf hat in diese Liegenschaft Investitionen getätigt. Weiters wurde in aufrechter Ehe von beiden Parteien ein Darlehen aufgenommen, und für Investitionen in diese Liegenschaft verwendet.

Zweitens:

Gemäß § 82 Absatz 2 Ziffer 1 in Verbindung mit § 97 Ehegesetz vereinbaren die Vertragsparteien, dass die Liegenschaft mit dem darauf befindlichen Wohnhaus, in dem die Ehewohnung sich befindet, jedenfalls nicht in die gerichtliche Aufteilung im Zuge einer Scheidung, Aufhebung oder Nichtigkeitserklärung der Ehe der Vertragsparteien einzubeziehen ist, sodass eine Übertragung des Eigentumsrechtes oder Begründung dinglicher Rechte - soweit gesetzlich zulässig, jedenfalls nicht zulässig ist („opting—out“).

Herr Bf hat an seine Gattin diesfalls einen Ausgleichsbetrag in Höhe von einem Drittel des Zeitwertes der auf der gegenständlichen Liegenschaft errichteten Gebäude zu leisten. Dieser Ausgleichsbetrag ist mangels Einigung der Vertragsparteien von einem allgemein beeideten gerichtlichen Sachverständigen für das Immobilienwesen als Schiedsgutachter zu ermitteln, wobei der Sachverständige mangels Einigung der Parteien über auch nur einseitigen Auftrag vom Präsidenten der Notarkammer für Oberösterreich zu bestimmen ist. Die Kosten des Sachverständigen sind von beiden Vertragsparteien zu gleichen Teilen zu tragen.

Die Vertragsparteien halten fest, dass bei Festlegung der Ausgleichszahlung die von beiden Vertragsparteien geleisteten Beiträge angemessen berücksichtigt wurden.

Drittens:

Hinsichtlich des übrigen ehelichen Gebrauchsvermögens, der ehelichen Ersparnisse und hinsichtlich der nachehelichen Unterhaltspflicht treffen die Vertragsparteien ausdrücklich keine Vorwegvereinbarung.

Viertens:

Zwecks Erhaltung der Liegenschaft im Familienbesitz verpflichtet sich Herr Bf, diese Liegenschaft ohne ausdrückliche Zustimmung seiner Ehegattin weder zu belasten noch zu veräußern. Diese nimmt die Einräumung dieses Belastungs- und Veräußerungsverbot hiermit vertragsmäßig an; es ist grundbücherlich sicherzustellen.

Fünftens:

Die Vertragsparteien erteilen ihre ausdrückliche Einwilligung zur Vornahme der nachstehenden Grundbuchshandlung: Die Einverleibung des Belastungs- und Veräußerungsverbotes für die Ehegattin.

Sechstens:

Die Rechtswirksamkeit dieses Vertrages tritt mit Unterfertigung ein.

Siebtens:

Die Kosten für die Errichtung dieses Vertrages und die damit verbundenen Gebühren tragen die Vertragsparteien gemeinsam. Die Vertragsparteien wurden vom Vertragserrichter über allfällige Gebührenfolgen belehrt.

...

Am 8. Mai 2013 wurde die Trennungsfolgenvereinbarung vom Notar dem Finanzamt für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel (FAGVG) zur Kenntnisnahme übermittelt.

Das FAGVG ersuchte am 7. November 2013 um Ergänzung in Form von Bekanntgabe der Höhe des geschätzten Zeitwertes der Gebäude auf der gegenständlichen Liegenschaft zum Zeitpunkt der Trennungsfolgenvereinbarung.

Der Bf gab nach Angaben des FAGVG am 10. Dezember 2013 telefonisch den Zeitwert mit ca. 360.000 € bekannt.

Am 8. Jänner 2014 erfolgte die Festsetzung der Gebühr gemäß § 33 TP 20 Abs. 1 lit. b GebG mit Bescheid durch das FAGVG, basierend auf einem Wert von 130.000 €.

Gegen diesen Gebührenbescheid richtet sich die fristgerecht eingebrachte Beschwerde des Bf durch seinen ausgewiesenen Rechtsvertreter vom 4. Februar 2014 wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung. Die Beschwerde begründet dahingehend, dass kein strittiges Rechtsverhältnis bereinigt worden sei, sondern nur eine gemäß § 97 EheG ausdrücklich gesetzlich normierte Art von Vertrag geschlossen worden wäre und somit überhaupt kein Vergleich vorliege. Würde man der Auffassung des Finanzamtes folgen, wäre sonst jede andere vertragliche Vereinbarung wie zB Kaufvertrag oder Mietvertrag ein gebührenpflichtiger außergerichtlicher Vergleich. Desweiteren hätten zum Zeitpunkt der Unterfertigung der Trennungsfolgenvereinbarung keine gegenseitigen Ansprüche vorgelegen, die bereinigt werden hätten können bzw. wären diese Ansprüche nur präzisiert worden. Außerdem wird auf eine fehlende absolut verbindliche Wirkung der Vereinbarung nach § 97 EheG verwiesen, die unabdingbare Voraussetzung für die Annahme eines Vergleiches sei. Auch sei der Zeitwert nicht nachvollziehbar und der Bescheid fehlerhaft, weil er unrichtig berechnet worden sei. Eine Aussetzung der Einhebung gem § 212a BAO wurde ebenfalls beantragt.

In der Folge erging eine Beschwerdevorentscheidung des FAGVG vom 21. Februar 2014, in der die Bemessungsgrundlage auf ein Drittel des Zeitwertes in Höhe von 120.000 € korrigiert und die Gebühr auf 2.400 € reduziert wurde. Ansonsten jedoch wurde die Beschwerde unter Hinweis auf die ständige Rechtsprechung des VwGH, die Vereinbarungen, die allfällige Scheidungsfolgen regeln als Vergleiche bewerten würde, als unbegründet abgewiesen.

Am 24. März 2014 wurde vom Bf durch seinen ausgewiesenen Rechtsvertreter der Antrag auf Vorlage und Entscheidung durch das Bundesfinanzgericht gestellt. Der Bf argumentiert im Wesentlichen wie in der Beschwerde, insbesondere damit, dass kein strittiges Rechtsverhältnis vorläge, das bereinigt worden wäre, also kein Vergleich vorläge. Ebenfalls betont wird, dass eine bloße Klarstellungs- und Streitvorbeugungsfunktion wie in der gegenständlichen Vereinbarung gem § 97 EheG nicht als Vergleich anzusehen sei und in diesem Zusammenhang auf die VwGH Judikatur zu Mietverträgen und deren Auflösung verwiesen (VwGH, 21.03.2012, 2011/16/0122).

Zusätzlich wird auch auf verfassungsrechtliche Bedenken gegen das GebG hingewiesen, insbesondere gegen die Vergleichsgebühr und ihre Höhe, davon ausgehend, dass Gebühren letztlich für die Inanspruchnahme von Gerichten und Behörden zu entrichten seien. Dass die Gebühr für außergerichtliche Vergleiche mit 2 % erheblich höher ausfalle als für gerichtliche, würde diese Bedenken noch verstärken.

II. Beweiswürdigung

Der Sachverhalt ist auf Grund des eindeutigen Urkundeninhalts in Form des Notariatsaktes als erwiesen anzusehen. Der Verfahrensgang vor dem Finanzamt für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel sowie dem Bundesfinanzgericht ist durch den Gebührenbescheid, Bescheidbeschwerde, Vorlageantrag und schließlich Vorlage vor dem Bundesfinanzgericht evident.

III. Rechtsgrundlagen

§ 33 GebG 1957

Tarifpost 11

Ehepakte

(1) Ehepakte, das sind Verträge, die in Absicht auf die eheliche Verbindung geschlossen werden und diesen gleichzuhaltende Verträge eingetragener Partner, nach dem Wert...1 v.H.

(2) Als Wert ist das der Gütergemeinschaft bei Lebzeiten (§ 1233 ABGB.) unterzogene Vermögen anzunehmen. Wird durch einen solchen Vertrag das Eigentum (Miteigentum) einer unbeweglichen Sache übertragen, so finden die Bestimmungen des Grunderwerbsteuergesetzes Anwendung.

Tarifpost 20

Vergleiche (außergerichtliche)

(1) Vergleiche (außergerichtliche),

- a) wenn der Vergleich über anhängige Rechtsstreitigkeiten getroffen wird 1 vH,
 - b) sonst 2 vH
- vom Gesamtwert der von jeder Partei übernommenen Leistungen.

(2) Gebührenfrei sind

1. Vergleiche über Unterhaltsansprüche Minderjähriger;
2. Vergleiche mit Versicherungsunternehmungen über Ansprüche aus Kranken- oder Schadensversicherungsverträgen;
3. Vergleiche, die mit einem Sozialhilfeträger über Ersatzansprüche abgeschlossen werden;
4. Vergleiche mit dem Bundesminister für Finanzen namens des Bundes über Ansprüche aus Haftungen nach dem Ausfuhrförderungsgesetz 1981.

§ 1380 ABGB Vergleich

Ein Neuerungsvertrag, durch welchen streitige, oder zweifelhafte Rechte dergestalt bestimmt werden, daß jede Partey sich wechselseitig etwas zu geben, zu thun, oder zu unterlassen verbindet, heißt Vergleich. Der Vergleich gehört zu den zweiseitig verbindlichen Verträgen, und wird nach eben denselben Grundsätzen beurtheilet.

§ 1217 ABGB Ehepakte

(1) Ehepakte heißen diejenigen Verträge, welche in der Absicht auf die eheliche Verbindung über das Vermögen geschlossen werden. Sie haben vorzüglich die Gütergemeinschaft und den Erbvertrag zum Gegenstand.

(2) Die Bestimmungen dieses Hauptstücks sind auf eingetragene Partner sinngemäß anzuwenden.

§ 82 EheG idF nach dem FamRÄG 2009 (6.5.2013)

(1) Der Aufteilung unterliegen nicht Sachen (§ 81), die

1. ein Ehegatte in die Ehe eingebracht, von Todes wegen erworben oder ihm ein Dritter geschenkt hat,
2. dem persönlichen Gebrauch eines Ehegatten allein oder der Ausübung seines Berufes dienen,
3. zu einem Unternehmen gehören oder
4. Anteile an einem Unternehmen sind, außer es handelt sich um bloße Wertanlagen.

(2) Die Ehewohnung, die ein Ehegatte in die Ehe eingebracht oder von Todes wegen erworben oder die ihm ein Dritter geschenkt hat, ist in die Aufteilung dann einzubeziehen, wenn dies vereinbart wurde, wenn der andere Ehegatte auf ihre Weiterbenützung zur Sicherung seiner Lebensbedürfnisse angewiesen ist oder wenn ein gemeinsames Kind an ihrer Weiterbenützung einen berücksichtigungswürdigen Bedarf hat. Gleiches gilt für den Hausrat, wenn der andere Ehegatte auf seine Weiterbenützung zur Sicherung seiner Lebensbedürfnisse angewiesen ist.

§ 87 EheG idF nach dem FamRÄG 2009 (6.5.2013)

(1) Für die Ehewohnung kann das Gericht, wenn sie kraft Eigentums oder eines anderen dinglichen Rechtes eines oder beider Ehegatten benützt wird, die Übertragung des Eigentums oder des dinglichen Rechtes von einem auf den anderen Ehegatten oder die Begründung eines schuldrechtlichen Rechtsverhältnisses zugunsten eines Ehegatten anordnen. Die Übertragung des Eigentums oder eines dinglichen Rechts an einer Ehewohnung nach § 82 Abs. 2 können die Ehegatten durch Vereinbarung ausschließen.

(2) Sonst kann das Gericht ohne Rücksicht auf eine Regelung durch Vertrag oder Satzung anordnen, daß ein Ehegatte an Stelle des anderen in das der Benützung der Ehewohnung zugrunde liegende Rechtsverhältnis eintritt oder das bisher gemeinsame Rechtsverhältnis allein fortsetzt.

§ 97 EheG idF nach dem FamRÄG 2009 (6.5.2013)

(1) Vereinbarungen, die im Voraus die Aufteilung ehelicher Ersparnisse oder die Aufteilung der Ehewohnung regeln, bedürfen zu ihrer Rechtswirksamkeit der Form eines Notariatsaktes. Vereinbarungen, die im Voraus die Aufteilung des übrigen ehelichen Gebrauchsvermögens regeln, bedürfen der Schriftform.

(2) Von einer im Voraus geschlossenen Vereinbarung über die Aufteilung der ehelichen Ersparnisse und des ehelichen Gebrauchsvermögens mit Ausnahme der Ehewohnung kann das Gericht bei der Aufteilung nur abweichen, soweit die Vereinbarung in einer

Gesamtbetrachtung des in die Aufteilung einzubeziehenden Vermögens im Zeitpunkt der Aufteilungsentscheidung einen Teil unbillig benachteiligt, sodass ihm die Zuhaltung unzumutbar ist.

(3) Von einer im Voraus geschlossenen Vereinbarung über die Nutzung der Ehewohnung durch einen Ehegatten kann das Gericht bei der Aufteilung nur abweichen, soweit der andere Ehegatte oder ein gemeinsames Kind seine Lebensbedürfnisse nicht hinreichend decken kann oder eine deutliche Verschlechterung seiner Lebensverhältnisse hinnehmen müsste.

(4) Weicht das Gericht von einer im Voraus geschlossenen Vereinbarung ab, ist insbesondere auf die Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse, die Dauer der Ehe sowie darauf Bedacht zu nehmen, inwieweit der Vereinbarung eine rechtliche Beratung vorangegangen ist und in welcher Form sie geschlossen wurde.

(5) Die Abs. 1 bis 4 gelten nicht für solche Vereinbarungen, die die Ehegatten im Zusammenhang mit dem Verfahren auf Scheidung, Aufhebung oder Nichtigerklärung der Ehe geschlossen haben.

IV. Rechtliche Erwägungen

Bei der Beurteilung, ob ein Vergleich im Sinne des § 33 TP 20 GebG vorliegt, ist die Legaldefinition des Vergleiches in § 1380 ABGB heranzuziehen, weil das Gebührengesetz keine Begriffsbestimmung des Vergleiches enthält. Gemäß § 1380 ABGB stellt ein Neuerungsvertrag, durch welchen streitige oder zweifelhafte Rechte dergestalt bestimmt werden, dass jede Partei sich wechselseitig etwas zu geben, zu tun, oder zu unterlassen verbindet, einen Vergleich dar (siehe *Fellner*, Band I, Stempel und Rechtsgebühren, Rz 2 zu § 33 TP 20 GebG mit zahlreichen Judikaturhinweisen).

Ein Vergleich ist somit die unter beiderseitigem Nachgeben einverständliche neue Festlegung streitiger oder zweifelhafter Rechte (VwGH 21.3.2012, 2011/16/0122). Das bedeutet, dass bei einem Vergleich die Parteien streitige oder zweifelhafte Rechte durch gegenseitiges Nachgeben beseitigen, indem sie eine neue, eindeutige Verbindlichkeit festsetzen. Es handelt sich also bei einem Vergleich um einen Feststellungsvertrag, der nicht nur der Beilegung sondern auch der Vermeidung von Rechtsstreitigkeiten dient (*Heidinger* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴, Band 6, Rz 1 zu § 1380).

Strittig ist ein Recht, wenn die Parteien uneins sind, ob oder in welchem Umfang ein Recht entstanden ist oder noch besteht, wobei die Differenzen gegenwärtige wie zukünftige Rechts- oder Tatfragen betreffen können. Dies ist rein subjektiv aus der Sicht der Parteien zu beurteilen, selbst wenn deren Standpunkte möglicherweise objektiv unzutreffend sind (vgl. VwGH 21.3.2012, 2011/16/0122; VwGH 28.2.2007, 2006/16/0136; *Koziol/Bydlinsky/Bollenberger*, Kurzkommentar zum ABGB, Rz 3 zu § 1380).

Es können nicht nur bereits bestehende strittige vertragliche Rechtsverhältnisse mit Vergleich geregelt werden, sondern auch solche Rechte, die dem Grunde oder der Höhe nach zweifelhaft sind. Bei einer Regelung nicht strittiger Rechte liegt indes kein Vergleich vor (vgl. VwGH 19.9.1956, 1769/54).

Zweifelhaft ist das Recht, wenn die Parteien sich über Bestand, Inhalt und Umfang oder auch über das Erlöschen nicht im Klaren sind. Rechte sind auch dann zweifelhaft, wenn ihre Verwirklichung unsicher geworden ist (siehe dazu VwGH 29.7.2004, 2003/16/0117).

Ein essentielles Merkmal, vielmehr noch, das Wesen eines Vergleiches iSd § 1380 ABGB ist das beiderseitige Nachgeben der Parteien (vgl. VwGH 11.9.1987, 86/15/0121 unter Hinweis auf OGH 29.3.1977, 3 Ob 504/77). Ohne das Tatbestandsmerkmal des beiderseitigen Nachgebens handelt es sich daher nicht um einen Vergleich. Auch der Erlass einer unstrittigen und unzweifelhaften Schuld oder die (nur) einseitige Anerkennung einer Forderung des anderen ohne beiderseitiges Nachgeben ist nicht als Vergleich zu qualifizieren (vgl. VwGH 28.2.2007, 2006/16/0136).

Diesbezüglich ist festzuhalten, dass der VwGH bisher in Bezug auf Regelungen der Vermögens- und Unterhaltsverhältnisse in ständiger Rechtsprechung vertreten hat, dass auf Grund der Nichtfestlegung der Folgen der Scheidung im Einzelnen im Gesetz bzw. der der Disposition der Ehegatten unterliegenden Unterhaltsvereinbarungen, es sich bei Scheidungsfolgenvereinbarungen grundsätzlich um die Regelung zweifelhafter Rechte handle, zumal nicht nur bereits bestehende strittige Rechtsverhältnisse vergleichsweise geregelt werden könnten, sondern auch künftige auf Gesetz beruhende Ansprüche, wenn noch zweifelhaft ist, ob und inwieweit die gesetzlich normierten Voraussetzungen gegeben sein würden. Derartige Vereinbarungen seien insbesondere wegen ihrer Klarstellungs- und Streitvorbeugungsfunktion für die Zeit nach Auflösung der Ehe hinsichtlich einer für die Vertragsparteien offenbar nicht ganz klaren Situation in Anbetracht der gesetzlichen Bestimmungen als Vergleich zu qualifizieren (vgl. VwGH 1.9.1999, 99/16/0051; VwGH 25.11.1999, 99/16/0021; VwGH 28.9.2000, 2000/16/0332). Bei der Frage der strittigen oder zweifelhaften Rechte legte der VwGH diesen Begriff soweit aus, dass er eine Vereinbarung zur bloßen Klarstellung, wer im Falle einer Scheidung der Ehe in der Ehewohnung verbleiben wird und dem anderen einen Abfindungsbetrag leisten muss, als Vergleich iSd § 33 TP 20 GebG wertete (VwGH 01.09.1999, 99/16/0051).

Diese Rechtsprechung war bezogen auf die alte Rechtslage, bevor das Ehegesetz durch FamRÄG 2009 zeitgemäßer modernisiert wurde.

Bemerkenswert ist in Hinblick darauf allerdings, dass der VwGH 2012 aber in der vom Bf im Vorlageantrag zitierten Entscheidung (VwGH 21.03.2012, 2011/16/0122) im Zusammenhang mit einem Bestandvertrag die Zweifelhaftigkeit der Rechte und damit das Vorliegen eines Vergleiches verneint hat, weil im Bestandvertrag klare Regelungen über die Interessen von Bestandgeber und Bestandnehmer getroffen wurden, die durch einen Ausgleich in einer abweichenden Regelung in der Auflösungs- und Räumungsvereinbarung genauso wenig das Vorliegen eines Vergleiches bewirkten, wie die Neugestaltung wechselseitiger unzweifelhafter Rechte und Pflichten für die Zukunft.

Bei der rechtlichen Beurteilung, ob die gegenständliche Trennungsfolgenvereinbarung als Vergleich im Sinne des GebG zu qualifizieren ist, ist schon auf Grund des im GebG geltenden Urkundenprinzips gemäß § 17 GebG auf den Inhalt der Trennungsfolgenvereinbarung des Bf und seiner Gattin abzustellen, wobei die Trennungsfolgenvereinbarung für den Fall der Scheidung, Aufhebung oder Nichtigkeitserklärung der Ehe eingegangen wurde und damit zweifelsfrei auf einen naheheulichen Zeitpunkt abstellt. Durch diese in Form eines Notariatsakts abgeschlossene Trennungsfolgenvereinbarung wurden hauptsächlich Vereinbarungen getroffen, die die gemeinsame Ehewohnung, betreffen. Insbesondere wurde das durch das FamRÄG 2009, BGBl I 2009/75 im EheG eingeführte sogenannte "opting-out" der Ehewohnung vereinbart: Laut Trennungsfolgenvereinbarung ist gemäß § 82 Abs 2 Ziffer 1 iVm § 97 EheG die im Alleineigentum des Bf stehende Liegenschaft mit dem Haus, in dem sich die Ehewohnung befindet, nicht in die gerichtliche Aufteilung im Zuge einer Scheidung, Aufhebung oder Nichtigkeitserklärung der Ehe einzubeziehen. (Die in der Trennungsfolgenvereinbarung genannten Paragraphen § 82 Abs 2 Ziffer 1 EheG iVm § 97 EheG in Punkt Zweitens der Trennungsfolgenvereinbarung waren offensichtlich Tippfehler, da § 82 EheG nicht in Abs 2 sondern in Abs 1 über Ziffern verfügt und in Abs 1 Z 1 genau das mit der Trennungsfolgenvereinbarung Bezweckte normiert wird, nämlich dass von einem Ehegatten eingebrachte Sachen nicht einer Aufteilung unterliegen; auch "opting-out" ist nicht in § 97 EheG sondern in § 87 Abs 1 zweiter Satz EheG geregelt. Da der Parteienvertreter aber wörtlich "opting-out" nennt, ist unzweifelhaft erkennbar, dass § 82 Abs 1 Ziffer 1 iVm § 87 Abs 1 zweiter Satz EheG gemeint war.)

Die gegenständliche Trennungsfolgenvereinbarung ist also insbesondere vor dem Hintergrund der legislatischen Änderungen im FamRÄG 2009, BGBl I 2009/75 rechtlich zu beurteilen. Das Ehegüterrecht sollte modernisiert werden und die Eheschließung sollte im Interesse des Schutzes des Eigentums an der Ehewohnung dadurch erleichtert werden, dass vermögenswerte Voraussetzungen, insbesondere über die Ehewohnung,

zugelassen werden. Diese Modernisierung des Eherechts hatte eine Verstärkung der privatautonomen verbindlichen Regelbarkeit von Eheleuten zum Ziel, was insbesondere durch die im Rahmen der Vorweg- oder Vorausvereinbarungen eingeführte "opting-out" oder "opt-out" Regelung des § 87 Abs 1 zweiter Satz EheG in Verbindung mit § 97 EheG deutlich wird. Dadurch wurde Ehegatten die Möglichkeit eröffnet, die Übertragung des Eigentums oder eines anderen dinglichen Rechts an der Ehewohnung von einem auf den anderen Ehegatten für eine in der Zukunft liegende Aufteilung auszuschließen (siehe *Hopf/Kathrein*, Kommentar zum Eherecht zu § 87 EheG Rz 2/1). Diese vor dem FamRÄG 2009 fehlende verbindliche Möglichkeit konnte eine äußerst einschneidende Folge einer Scheidung darstellen und wurde in der Lebensrealität als ehefeindlich angesehen, weil Ehegatten, die zB nach einer Scheidung eine neue Ehe eingehen wollten, nicht riskieren wollten, dass im Fall der Scheidung ihr in die Ehe eingebrachtes Haus an den anderen Ehegatten übertragen wird. Dieses unkalkulierbare Risiko war auch geeignet, nahe Angehörige junger Ehegatten davon abzuhalten, diese mit einer im Eigentum befindlichen Wohnmöglichkeit auszustatten. Daher sollte der Gestaltungsspielraum der Ehegatten hinsichtlich der Ehewohnung erweitert werden und die Ehegatten vereinbaren können, dass bei einer in die Ehe eingebrachten, ererbten oder geschenkten Wohnung diese im Eigentum des ursprünglichen Eigentümers verbleibe und daher die Übertragung des Eigentums oder eines anderen dinglichen Rechtes an der Ehewohnung für die nacheheliche Aufteilung ausgeschlossen wird.

Bezüglich der Ehewohnung sollte es daher auf Grund des FamRÄG 2009 möglich sein, in Form des Notariatsaktes verbindlich vereinbaren zu können, eine in die Ehe eingebrachte, ererbte oder von einem Dritten geschenkte Wohnung eines Ehegatten von der Übertragung des Eigentums oder des dinglichen Rechts an der Ehewohnung auf den anderen Ehegatten im Interesse des Schutzes des Eigentums an der Ehewohnung auszunehmen („Opt-out“ — § 87 Abs. 1 letzter Satz EheG).

Es war unmissverständlich Intention des Gesetzgebers, dass diese Vereinbarung, mit der die Ehegatten die Übertragung des Eigentums oder des dinglichen Rechts ausschließen, auch für das Gericht in jedem Fall bindend sein sollte: *"Eine Vereinbarung, mit der die Ehegatten die Übertragung des Eigentums oder des dinglichen Rechts ausschließen, soll für das Gericht in jedem Fall bindend sein"* (Initiativantrag zum FamRÄG 2009 zu Art. 5 Änderung des EheG, Punkt 2., 673/A XXIV. GP, S 36).

Unverbindlich würde eine "opting-out" Regelung auch keinen Sinn machen, denn dann wäre die Intention des Gesetzgebers im Sinne der Stärkung der Privatautonomie und Modernisierung des EheG bezüglich Ehewohnung nicht erfüllt worden.

Auch in der Literatur wird die Verbindlichkeit dieser Regelung für das Gericht bestätigt und verhindert eine gerichtliche Übertragung des Eigentums an der gegenständlichen Wohnung auf den anderen Ehegatten (siehe *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB Kurzkommentar zu § 87 EheG Rz 1; *Deixler/Hübner*, Scheidung, Ehe und

Lebensgemeinschaft, 149 und 151; *Lang/Leb*, Vergebührung von Vorwegvereinbarungen/ Eheverträgen, *ecolex* 2013, 1022ff. insb. Punkte C und E). Die "opting-out" Regelung ist so verbindlich, dass das Gericht selbst im Falle einer nicht hinreichenden Deckungsmöglichkeit der Lebensbedürfnisse des anderen Ehegatten oder eines gemeinsamen Kindes im Sinne des § 82 Abs 2 EheG – genau diese Fälle können explizit gem § 87 Abs 1 letzter Satz EheG ausgeschlossen werden – grundsätzlich auch kein dingliches Recht übertragen darf (siehe *Koziol/Welser/Kletecka*, Bürgerliches Recht I, Rz 1660 f. sowie *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB Kurzkommentar zu § 97 EheG Rz 4). Die einzige Möglichkeit einer gerichtlichen Abweichung bestünde eingeschränkt in Hinblick auf die Nutzung in § 97 Abs 3 EheG . Von schuldrechtlichen Vereinbarungen könnte das Gericht zwar abweichen, aber auch nur, wenn Lebensverhältnisse des anderen Ehegatten spürbar verschlechtert würden oder ein gemeinsames Kind gravierende andere Veränderungen hinnehmen müsse. In diesem Zusammenhang wäre aber vom Gericht neben den bisherigen Gesamtumständen der Ehegatten und deren autonomer Gestaltung der Lebensgemeinschaft auch die Dauer der Ehe sowie das Zustandekommen der Vereinbarung zu berücksichtigen, gleichwohl wie die rechtliche Willensbildung zu Stande kam bzw. ob die Ehegatten davor rechtlich beraten waren.

Schuldrechtliche Vereinbarungen oder ein Hinweis auf sich durch den Verlust der Wohnung massiv verschlechternde Lebensverhältnisse der Gattin des Bf oder auf ein Kind sind weder dem Sachverhalt noch der Trennungsfolgenvereinbarung zu entnehmen und daher auf Grund des Urkundenprinzipes gem § 17 GebG nicht vom Bundesfinanzgericht zu beurteilen. Gemäß § 17 Abs. 1 GebG ist für die Festsetzung der Gebühren nur der Inhalt der über das Rechtsgeschäft errichteten Schrift (Urkunde) maßgebend. Daraus ist sogar zweifelsfrei zu entnehmen, dass die Trennungsfolgenvereinbarung rechtlich korrekt mittels Notariatsaktes abgeschlossen wurde: Dieses Formerfordernis gewährleistet die für solche Vereinbarungen unumgängliche und verantwortungsvolle Beratung durch einen fachkundigen Juristen (in diesem Sinn auch Initiativantrag zum FamRÄG 2009 zu Art. 5 Änderung des EheG, 673/A XXIV. GP, S 36).

Da die gegenständliche Trennungsvereinbarung am 6. Mai 2013 abgeschlossen wurde, ist das FamRÄG 2009, das auf nach dem 31. 12. 2009 abgeschlossene Vereinbarungen anwendbar ist, einschlägig heranzuziehen und kann eine neue Situation hinsichtlich der Qualifikation von Trennungsfolgenvereinbarungen bzw. "Eheverträgen" aus gebührenrechtlicher Sicht bewirken. Aufgrund der umfassenden Dispositionsmöglichkeiten der Braut- bzw Eheleute über das Ehevermögen durch das FamRÄG 2009 insbesondere durch die auch für Gerichte verbindliche "opting-out" Regelung im Falle der Scheidung, Aufhebung oder Nichtigerklärung der Ehe entfällt die Zweifelhafteigkeit der Rechtslage hinsichtlich der Ehewohnung. Im Vergleich zur Rechtslage davor, die oft unklare zwingende Regelungen des EheG in alter Fassung konkretisierten, ist es daher zutreffend, dass Vorausvereinbarungen nach dem FamRÄG 2009 insbesondere in Bezug auf die

"opting-out" Regelung betreffend der Ehewohnung kaum noch Bereinigungs- oder Vergleichswirkung, sondern nur mehr Dokumentationsfunktion zukommt. In diesem Sinn auch das Erkenntnis des BFG vom 5.10.2015, RV/5101419/2012, das auch eine Vereinbarung betreffend der Räumung der Ehewohnung gegen eine entsprechende Ausgleichszahlung zum Gegenstand hat. Auch hier wurde auf Grund der geänderten Rechtslage durch das FamRÄG 2009 die Zweifelhaftigkeit des Rechts betreffend der Ehewohnung verneint. Das Rechtsmittel gegen den Bescheid des Finanzamtes war allerdings in der Gesamtbetrachtung abzuweisen, weil in diesem Fall nicht nur die Ehewohnung Gegenstand der Vereinbarung war, sondern auch verschiedene andere Punkte, wie Unterhaltsverpflichtungen, Aufteilung der ehelichen Ersparnisse etc., die nach den Bestimmungen des EheG selbst nach dem FamRÄG 2009 nicht so verbindlich regelbar sind wie der Ausschluss der Übertragung des Eigentumsrechtes und anderer dinglicher Rechte an der Ehewohnung, sondern Entscheidungsspielraum der Gerichte offen lassen und daher als zweifelhafte Rechte qualifiziert wurden.

Dies unterscheidet den Fall deutlich vom gegenständlichen Fall, in dessen Trennungsfolgenvereinbarung der Bf und seine Gattin fast ausschließlich die genannte grundsätzlich verbindliche "opting-out" Regelung, die den Ausschluss der Übertragung des Eigentumsrechtes sowie anderer dinglicher Rechte an der Ehewohnung zum Inhalt hat, vereinbaren und explizit hinsichtlich des übrigen Gebrauchsvermögens, der ehelichen Ersparnisse sowie der nachehelichen Unterhaltspflicht keine Vorwegvereinbarung getroffen haben.

In diesem Zusammenhang ist auch festzuhalten, dass auch bei anderen vergleichbaren verbindlichen Vereinbarungen, die rein dispositive Rechte regeln von der hM die Ansicht vertreten wird, dass diese keineswegs als Vergleich zu werten sind, da sich derartige Verträge in anderen typisierten Rechtsgeschäften (zB Kauf, Tausch etc) niederschlagen (siehe auch *Lang/Leb*, Vergebührung von Vorwegvereinbarungen/Eheverträgen, *ecolex* 2013, 1022).

Zusammengefasst ist daher festzuhalten, dass die Änderung der Rechtslage durch das FamRÄG 2009 in Form der verbindlichen Vorwegvereinbarung betreffend der Ehewohnung bedeutet, dass im gegenständlichen Fall kein zweifelhaftes Recht betreffend Übertragung von Eigentum oder anderer dinglicher Rechte und damit kein Vergleich mehr vorliegt.

In Hinblick auf das zweite essentielle Tatbestandsmerkmal eines Vergleiches, das "gegenseitige Nachgeben" ist festzuhalten, dass auf Grund der gegenständlichen Trennungsfolgenvereinbarung abgesehen von der Beteiligung an den Kosten für den Vergleich bzw. für einen allfällig notwendigen Sachverständigen kein Nachgeben in Form einer Verpflichtung, eines Tuns oder Unterlassens der Gattin des Bf erkannt werden

kann. Die gegenständliche Vereinbarung zwischen dem Bf und seiner Gattin betrifft fast ausschließlich die im Alleineigentum des Bf befindliche Liegenschaft mit dem Grundstück, in dem sich die gemeinsame Ehewohnung befindet, und stellt klar, dass diese bei einer allfälligen Auflösung der Ehe im Zuge einer Scheidung, Aufhebung oder Nichtigerklärung nicht in die gerichtliche Aufteilung einzubeziehen wäre. Daher seien die Übertragung des Eigentumsrechtes oder Begründung dinglicher Rechte unzulässig und es wurde ein Belastungs- und Veräußerungsverbot vereinbart sowie die Abgeltung der Investitionen der Gattin des Bf in die gemeinsame Ehewohnung für den Fall der Auflösung der Ehe in Form eines Ausgleichsbetrags in Höhe von einem Drittel des Gebäudezeitwertes. Zu dieser Leistung verpflichtet sich der Bf. Da die Liegenschaft nie im Eigentum der Gattin des Bf gestanden hat, sie daher auch kein Eigentumsrecht im Falle der Trennung zu Gunsten ihres Gatten "aufgegeben" hätte, sondern ihr lediglich in Anerkennung ihrer Investitionen und der Beteiligung am Darlehen eine Ausgleichszahlung zugestanden werden soll, ist das Tatbestandsmerkmal des "gegenseitigen Nachgebens" im gegenständlichen Fall ebenfalls nicht erfüllt.

In einem vergleichbaren Fall, in dem die Ehegatten sogar beide Hälfteigentümer der Ehewohnung waren, wurde seitens des BFG das Tatbestandsmerkmal des gegenseitigen Nachgebens verneint und der Beschwerde stattgegeben, weil in der Vereinbarung festgelegt ist, dass der Ehegatte, der die Hälfte des Eigentumsanteils an der Ehewohnung vom anderen Ehegatten übertragen bekommen sollte, wenn dies aus welchen Gründen auch immer nicht erfolgen kann, stattdessen nur eine Ausgleichszahlung erhalten soll (siehe Erkenntnis des BFG vom 8.10.2014, RV/7102348/2010).

Conclusio:

Verpflichtet sich der Ehegatte, dessen Wohnung durch Notariatsakt gemäß der "opting-out" Regelung des § 87 EheG idF des FamRÄG 2009, BGBl. I Nr. 75/2009, aus der nachehelichen Aufteilung ausgeschlossen wurde, im Fall der Scheidung, Nichtigerklärung oder Aufhebung der Ehe eine Ausgleichszahlung an die Ehegattin für deren Investitionen zu zahlen, liegt kein Vergleich vor.

Da die Liegenschaft nie im Eigentum der Gattin des Bf gestanden hat, sie daher auch kein Eigentumsrecht im Falle der Trennung zu Gunsten ihres Gatten "aufgegeben" hätte, sondern ihr lediglich in Anerkennung ihrer Investitionen und der Beteiligung am Darlehen eine Ausgleichszahlung zugestanden werden soll, ist das Tatbestandsmerkmal des "gegenseitigen Nachgebens" im gegenständlichen Fall ebenfalls nicht erfüllt.

Aus den genannten rechtlichen Gründen und Erwägungen ist die gegenständliche Trennungsfolgenvereinbarung nicht als Vergleich anzusehen und unterliegt daher nicht der Gebührenpflicht des § 33 TP 20 GebG.

Die Festsetzung der Gebühr gemäß § 33 TP 20 Abs 1 lit.b GebG 1957 erfolgte somit zu Unrecht.

Betreffend der im Vorlageantrag vom Bf thematisierten verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die Vergleichsgebühr und ihre Höhe ist Folgendes festzuhalten:

Im Gegensatz zu Gebühren im engeren Sinn handelt es sich bei den Gebühren nach dem GebG 1957 um öffentliche Abgaben, das heißt Steuern. Dabei ist die Verhältnismäßigkeit nicht von Belang, weil sie nicht als Entgelt für eine entsprechende Gegenleistung einer allenfalls gegenüberstehenden Verwaltungstätigkeit eingehoben werden (so auch *Fellner*, Kommentar zum GebG 10, zu § 1 GebG, Rz 10). Daher ist auch eine Verhältnismäßigkeit nicht zu prüfen. Gebühren iSd GebG sind Steuern ohne Gegenleistung der Gebietskörperschaft, auch wenn manche Stempelgebühren mit einer Inanspruchnahme der Verwaltung im Zusammenhang stehen (siehe VwGH 30.04.2003, 2000/16/0086).

Dies geht auch aus § 8 Finanzausgleichsgesetz 2017 hervor:

§ 8. Ausschließliche Bundesabgaben sind

- 1. die Abgabe von Zuwendungen, der Beitrag von land- und forstwirtschaftlichen Betrieben und der Dienstgeberbeitrag zum Ausgleichsfonds für Familienbeihilfen, die Abgabe von land- und forstwirtschaftlichen Betrieben, die Vermögensteuer und das Erbschaftssteueräquivalent;*
- 2. die Stempel- und Rechtsgebühren, die Glücksspielabgabe mit Ausnahme der Bundesautomaten- und VLT-Abgabe, die Konsulargebühren, die Punzierungsgebühren, Eingabengebühren gemäß dem Verfassungsgerichtshofgesetz 1953 und dem Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985, der Verwaltungskostenbeitrag gemäß § 118 der Bundesabgabenordnung, die Gerichts- und Justizverwaltungsgebühren sowie alle sonstigen Gebühren und gebührenartigen Einnahmen der einzelnen Zweige der unmittelbaren Bundesverwaltung, die Straßenbenützungsabgabe, der Altlastenbeitrag, die Sicherheitsabgabe, die Verkehrssicherheitsabgabe (§ 48a Abs. 3 des Kraftfahrzeuggesetzes 1967, BGBl. Nr. 267/1967), der Straßenverkehrsbeitrag, die Sonderabgabe von Erdöl;*
- 3. die EU-Quellensteuer, die Ein- und Ausfuhrzölle samt den zollgesetzlich vorgesehenen Ersatzforderungen und den im Zollverfahren auflaufenden Kosten.*

Vergleichbar sind Gebühren iSd GebG 1957 daher mit direkten Steuern wie der Einkommensteuer, für die es auch keine Gegenleistung der Gebietskörperschaft gibt - daran ist die Qualifikation beider Abgabenarten als Steuern zweifelsfrei erkennbar. Rechtsgeschäfte – wie auch der außergerichtliche Vergleich – unterliegen nach Maßgabe der Bestimmungen des III. Abschnittes des Gebührengesetzes 1957 in § 33 GebG einer Hundertsatzgebühr, unabhängig von einer allfälligen damit in Zusammenhang stehenden Verwaltungstätigkeit.

Die vom Bf. aufgezeigte Verfassungswidrigkeit der Rechtsgebühren, bei denen es sich um Steuern handelt, liegt daher mangels Äquivalenz zwischen der Höhe der gemäß GebG zu erhebenden Steuer und der Leistung der für die Erhebung zuständigen Behörde nicht vor.

V. Zulässigkeit der Revision

Gegen ein Erkenntnis des Bundesfinanzgerichtes ist die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

In Hinblick darauf, dass seit dem FamRÄG 2009 hinsichtlich der Vergleichsgebühr für Voraus-/Vorwegvereinbarungen über eine eingebrachte Ehewohnung noch keine einschlägige Judikatur vorliegt, ist im Beschwerdefall eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung aufgeworfen, sodass die Revision zuzulassen war.

Wien, am 18. Mai 2018