

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter in der Beschwerdesache Bf., vormals A. AG, Adr.1, vertreten durch Schönherr Rechtsanwälte GmbH, Schottenring 19, 1010 Wien, diese vertreten durch Aigner Buzanich Rechtsanwälte OG, Mariahilfer Straße 47/3/5, 1060 Wien, unter Beitritt der B. Gesellschaft m.b.H., Adr.2, zur Beschwerde, vertreten durch Lansky, Ganzger & Partner Rechtsanwälte GmbH, Biberstraße 5, 1010 Wien, gegen den Bescheid des Finanzamtes für Gebühren und Verkehrsteuern Wien (nunmehr Finanzamt für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel) vom 6. Oktober 2010, ErfNr. 1/2010, betreffend Rechtsgebühr nach am 9. Dezember 2015 im Beisein der Schriftführerin durchgeföhrter mündlicher Verhandlung zu Recht erkannt:

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist nach Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) unzulässig.

## Entscheidungsgründe

### Verfahrensablauf

Mit Eingabe vom 6. März 2006 erfolgte gegenüber dem Finanzamt für Gebühren und Verkehrsteuern Wien (FAG), do. erfasst unter ErfNr. 1/2006 , durch die Beschwerdeföhrerin (Bf.) die Gebührenanzeige eines zwischen der Bf. als Kreditgeberin und der B. GmbH als Kreditnehmerin abgeschlossenen Kreditvertrages ("Facility Agreement dated 17. January 2006") über einen Einmalkredit von € 85.000.000,00. Lt. der vorgelegten Urkunde wurde dieser für die Bf. von c. D. und E. F. und für die B. von G. H. , managing director, unterfertigt.

Im Zuge der Überprüfung dieses Kreditvertrages erlangte das Finanzamt für Gebühren und Verkehrsteuern in Wien Kenntnis von einer zu diesem Kreditvertrag als Sicherungsgeschäft abgeschlossenen, bereits im Kreditvertrag ausbedungenen Hypothekarvereinbarung zwischen der Bf. als Hypothekargläubigerin und der Kreditnehmerin als Hypothekarschuldnerin.

Lt. der, für die Hypothekarschuldnerin am 18. Jänner 2006 von deren Geschäftsföhrer G. H. in Wien und entsprechend dem Beglaubigungsvermerk des Notars Dr. Engfer,

Frankfurt am Main vom 11. Jänner 2007 für die Bf. von deren Prokuristen I. J. und c. D. spätestens am Tag der Beglaubigung in Deutschland unterfertigten Urkunde über die Hypothekarvereinbarung, verpfändete die Hypothekarschuldnerin unter Hinweis in der Präambel 1.1. auf den zwischen der Bf. und der Hypothekargläubigerin abgeschlossenen Kreditvertrag vom 17. Jänner 2006 ihren Anteil an der Liegenschaft EZ 1 K. im Höchstbetrag von € 102.000.000,00 zur Sicherung der unter Pkt. 3.4 der Hypothekarvereinbarung wie folgt dargestellten "Besicherten Forderungen":

#### *"3.4 Besicherte Forderungen"*

*Auf Grund dieser Hypothekarvereinbarung werden alle bestehenden und zukünftigen, auch bedingten oder befristeten Forderungen und Ansprüche des Hypothekargläubigers aus Haupt- und Nebenverbindlichkeiten aller Art bis zu einem Höchstbetrag von EUR 102.000.000 (....) gegenüber dem Hypothekarschuldner aus oder im Zusammenhang mit dem Kreditvertrag in der jeweils geltenden Fassung, sowie aus allen bestehenden oder zukünftigen Kredit- und Darlehensverträgen zwischen dem Hypothekargläubiger und dem Hypothekarschuldner besichert, einschließlich insbesondere der Forderungen betreffend Kreditbetrag, Zinsen, Verzugszinsen, Zinseszinsen, Kosten, Provisionen, Gebühren und Steuern (die Besicherten Forderungen)."*

Unter Punkt 12.5 vereinbarten die Vertragsparteien die Anwendung österreichischen Rechts.

Weiters wurde vereinbart, dass alle Streitigkeiten, die sich aus der Hypothekarvereinbarung ergeben oder sich auf deren Zustandekommen, Verletzung, Auflösung oder Nichtigkeit beziehen, nach der Schied- und Schlichtungsordnung des Internationalen Schiedsgerichts der Wirtschaftskammer Österreich in Wien (Wiener Regeln) von nach diesen Regeln ernannten Schiedsrichtern endgültig entschieden würden.

Auf Grund eines Antrages der Hypothekarschuldnerin vom 19. Jänner 2006 wurde die Rangordnung für dieses Pfandrecht ins Grundbuch eingetragen.

Auf Grund eines Antrages der Bf. vom 16. Jänner 2007 wurde das Pfandrecht mit Verweis auf die Urkunde ins Grundbuch eingetragen.

Seitens des FAG wurden bereits im Jahr 2006 die Urkunden über die Sicherungsgeschäfte von der Bf. bzw. deren anwaltlichen Vertreter angefordert.

In der Folge wurde vom FAG im Jahr 2007 festgestellt, dass das Pfandrecht bereits eingetragen worden war.

Dem anwaltlichen Vertreter der Bf. wurde sodann im Zuge eines Telefonates am 25. Oktober 2007 vom FAG erklärt, dass nach Ansicht des FAG die Gebührenbefreiung gemäß § 20 Z 5 GebG zu Unrecht in Anspruch genommen worden sei, da damit auch künftige Kredit- und Darlehensverträge besichert worden seien.

Dagegen wurde vom anwaltlichen Vertreter der Bf., Dr. L. unter Hinweis auf die Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes vom 8.9.1983, 82/15/0030 und vom

10.6.1991, 90/15/0026 im Wesentlichen vorgebracht, dass der Gebührenschuldner beweisen könne, dass bei der Errichtung der Urkunde keine Einigung der Parteien über einen derartigen Umfang der Pfandbestellungsurkunde (Absicherung künftiger Kredite) bestanden habe.

Die Bestellung einer Hypothek für sonstige Forderungen oder künftige Kreditverträge sei im Kreditvertrag nicht vorgesehen gewesen. Bei weiteren Kreditverträgen mit anderen zur Gruppe der Kreditnehmern gehörigen Gesellschaften sei immer nur der konkret vergebührte Kreditvertrag besichert worden.

Weiters stellte Dr. L. den Verlauf der Verhandlungen aus seiner Sicht dar, wonach die Vertragsparteien nicht nur keinen Konsens über die Besicherung zukünftiger Kredite gehabt hätten, sondern generell keine Besicherung zukünftiger Kredite beabsichtigten. Im Zuge der Dokumentationserstellung für die Finanzierung der B. Gesellschaft m.b.H. habe großer Zeitdruck geherrscht. Am 16.01.2006 sei der Kreditvertrag endverhandelt worden. Bis dahin seien noch keine Sicherheitendokumente erstellt worden. Seitens des Kreditnehmers sei am Abend des 16.01.2006 überraschend der Wunsch geäußert worden, dass die gesamte Vertragsdokumentation am Nachmittag des 17.01.2006 unterschrieben werden solle. Die Vertragsersteller hätten daher in der Nacht auf den 17.01. 2006 und am Vormittag des 17. 01.2006 den Kreditvertrag fertig bearbeitet und die Sicherheitendokumente erstellt

Die Vertragsparteien hätten die Sicherheitendokumente nicht verhandelt. Im Hinblick darauf, dass die Vertragserrichter bestätigten, dass es sich um Standarddokumente handle, seien die Sicherheitendokumente von den Vertragsparteien, wenn überhaupt, so nur oberflächlich gelesen worden. Über die Frage, ob auch künftige Kredite durch die Hypothek besichert werden sollen, sei nie gesprochen worden. Dies wohl auch deshalb, da die Gewährung künftiger Kredite nicht angedacht gewesen sei. Die Besicherung zukünftiger Kredite sei auch von keiner Partei gegenüber den Vertragsverfasser jemals angesprochen worden.

Am 29. Februar 2008 erklärte Dr. M. N. im Beisein des anwaltlichen Vertreters der Bf. lt. darüber aufgenommener Niederschrift gegenüber dem FAG Folgendes:

*"Verhandelt wurde der Kreditvertrag bereits im Dezember 2005 mit Dr. P. , damaliger Repräsentant der A. AG in Wien, es gab letter of intent.,*

*A. hat Unterlagen an Dr. L. gesendet, der über Weihnachten den Entwurf für den Kreditvertrag gemacht hat.*

*Dieser Entwurf wurde bei einer Besprechung am 16.1.06 im B. mit Dr.- L. und Vertretern der A. und Vertretern der B. besprochen. Es wurde Einigkeit über verschiedene Änderungen des Entwurfes und letztendlich Einigkeit über den Text erzielt.*

*Es war großer Zeitdruck, weil der wirtschaftl. Eigentümer der B. das Geld bis Ende der Woche haben wollte. Über Nacht sollte der Kreditvertrag überarbeitet werden, die Endfassung hergestellt werden, damit Unterschriften am nächsten Tag erfolgen können. Dies ist dann auch so passiert, am 17.01.06 erfolgten Unterschriften.*

*Über Nacht mußten dann auch die Sicherungsdokumente erstellt werden, da diese Voraussetzung für die Auszahlung sind.*

*Sämtliche Sicherungsdokumente wurden bis zum nächsten Tag erstellt.*

*Am 18.1.06 erfolgte neuerliches Treffen zu einem Termin mit Notar, um die Sicherungsdokumente teils beglaubigt teils unbeglaubigt zu unterschreiben.*

*Diese Urkunden wurden nicht durchgelesen. Frage des Herrn Dr. N. war nur, ob diese den Vereinbarungen entsprechen, nämlich der Besicherung des vereinbarten Darlehens. Antwort von Dr. L. war, dass dies zutreffe und der Inhalt der Dokumente dem üblichen Standard entsprechen, daraufhin erfolgte die Unterfertigung. Bemerkt wird noch, dass an diesem Tag auch die sonstigen Auszahlungsvoraussetzungen herzustellen und nachzuweisen waren (Kontoeröffnungen, Gesellschafterbeschlüsse und dergleichen).*

*Dr. N. kennt Dr. L. von früheren Kontakten und hat daher Unterlagen nicht geprüft. Hätte er ihn nicht gekannt, hätte er sorgsamer die Unterlagen geprüft.*

*Weitere Kredite waren zu keinem Zeitpunkt im Gespräch oder auch nur angedacht. Dies, da A. in Österreich gar keine Konten führt, es gibt nicht einmal ein Girokonto der B. bei dieser Bank.*

*Eine hypothekarische Besicherung künftiger Vereinbarungen war daher nie angedacht, geschweige denn besprochen.*

*Der Termin mit dem Notar hat ungefähr 20 min. gedauert.*

*Von dieser Klausel hinsichtlich zukünftiger Vereinbarungen haben Dr. N. und seine Mandatschaft erst durch Hinweis des Dr. L. auf die gebührenrechtl. Probleme im Jänner 2008 erfahren.*

*Auf Nachfragen erklärte Dr. L. Herrn Dr. N., dass diese Floskel offenbar in der EDV gespeichert ist und irrtümlich Eingang in die Urkunde gefunden hat.*

*Der Mandatschaft wurde von Dr. N. empfohlen die Urkunde wegen Irrtums teilaufzufechten, da die Besicherung künftiger Vereinbarungen nie vereinbart wurde.*

*Dies wurde von Dr. N. auch an Dr. L. mitgeteilt und dieser wurde aufgefordert, eine Lösung anzubieten, da sonst auch eine gerichtliche Teilanfechtung der Hypothekarvereinbarung erwogen werden muss. Eine Rückäußerung ist noch offen."*

Am 6. März 2008 wurde vom FAG E. F., Kreditanalyst bei der Bf., im Beisein des anwaltlichen Vertreters der Bf. einvernommen, wozu in der darüber errichteten Niederschrift Folgendes ausgeführt ist:

*"Im Dezember 2005 wurde dieser Fall von Herrn F. übernommen, weil der bisherige Sachbearbeiter überlastet war. Dann wurde der Rohentwurf des Kreditvertrages mit Herrn Dr. L. abgestimmt und die finanziellen Eckpunkte festgelegt (Zahlen, Fakten, nicht betr. rechtl. Seite sondern betr. kommerzieller Seite).*

*Nach Abstimmung wurde Entwurf des Kreditvertrages an den Kunden gesandt und ein Termin für den 16.1.2006 vereinbart für die Verhandlung dieses Kreditvertrages.*

*Die Verhandlung fand am 16.1.06 in den Konferenzräumen des B. statt.*

*Zu diesem Zeitpunkt war noch nicht abzusehen, bis wann der Kreditvertrag unterschrieben werden soll bzw. die Auszahlung erfolgen soll.*

Teilnehmer waren Dr. L. als Rechtsberater der A., ich selbst sowie Herr D. und Herr Dr. P. für die A.. Für die B. waren Herr H. und Herr Dr. N. als anwaltl. Vertretung anwesend. Der Vertragsentwurf wurde verhandelt, gegen 16:00 erschien der wirtschaftl. Eigentümer der B., R. , der den Wunsch äußerte, am nächsten Tag den Kreditvertrag unterschreiben zu wollen, da an diesem Tag sein Geburtstag war. Dies kam für alle sehr überraschend. Er wollte bis Freitag sein Geld ausbezahlt haben, um die bestehende Kreditverbindlichkeit abzudecken. Es wurde dann weiterverhandelt, ich bin am Abend zurück nach Frankfurt und am nächsten Tag wieder nach Wien geflogen, da ich auf diese rasche Auszahlung nicht vorbereitet war.

Der Vertrag mußte dringend ausverhandelt werden und die Sicherheiten mußten bis Mittwoch, den 18.01.06 unterschrieben werden, damit die Auszahlung bis Ende der Woche erfolgen kann. In der Nacht vom 16.01. auf den 17.01.06 wurde von Herrn Dr. L. der Kreditvertrag überarbeitet. Am 17.01.06 wurde der Kreditvertrag zu Ende verhandelt und am frühen Nachmittag unterschrieben.

Ich bin dann am 17.01.06 zurückgeflogen nach Frankfurt, es wurde mit Dr. L. vereinbart, dass die entsprechenden Standardsicherheitendokumente, die für diesen Fall gebraucht werden, vorbereitet werden.

Während des Mittwoch, 18.01.06 mußten 2 große Pakete erfüllt werden:

- 1) Auszahlungsunterlagen des Kunden mußten eingefordert und geprüft werden (Bilanzen, Erklärungen des Kunden, Mietverträge des Objektes)
- 2) Unterfertigung der Sicherheitendokumente.

Da das alles unter Zeitdruck erfolgte, wurde keine Prüfung im Detail durchgeführt, sondern nur die groben Parameter geprüft, weil sich die Bank darauf verlassen hat, dass das dem Standard entspricht.

Die Erfüllung dieser beiden Pakete mußten dann dem Risikomanagement der Bank vorgelegt werden, nach deren Prüfung konnte die Auszahlung erfolgen.

Von der Klausel betr. Besicherung zukünftiger Kredite habe ich erst jetzt (Jänner 2008) Kenntnis erlangt, zum damaligen Zeitpunkt war nicht daran gedacht mit diesem Kreditnehmer weitere Kreditverträge abzuschließen, es wurden auch keine abgeschlossen und stehen derzeit auch nicht zur Diskussion.

Es ist üblich bei der A. AG, dass der Kreditnehmer einen Kreditvertrag erhält für ein bestimmtes Projekt und es ist nicht vorgesehen über eine weitere Immobilienfinanzierung Kredit zur Verfügung zu stellen. Die Kreditnehmer sind Einzweckgesellschaften, es gibt über das konkrete Projekt hinaus keinen weiteren Finanzierungsbedarf, es gibt auch keine laufenden Konten bei der A. AG."

Mit an den anwaltlichen Vertreter der Bf. gerichteter Erklärung vom 13. März 2008 gab der anwaltliche Vertreter der Hypothekarschuldnerin unter Bezugnahme auf obige Einvernahmen eine auf § 871 Abs. 1 ABGB gestützte Anfechtungserklärung ab, mit welcher der anwaltliche Vertreter der Bf. aufgefordert wurde, anzuerkennen und zu bestätigen, dass die zwischen ihren Mandanten abgeschlossene Hypothekarvereinbarung vom 18. Jänner 2005 [gemeint wohl: 2006] insoweit nichtig und rechtsunwirksam sei, als diese auf die Besicherung von Forderungen aus zukünftigen Kredit- und

Darlehensverträge abziele, sohin von Ansprüchen, die nicht auf dem am 17. Jänner 2005 [gemeint wohl: 2006] zwischen den Mandanten abgeschlossenen Darlehensvertrag beruhten.

Seine Mandantschaft habe sich - ebenso wie er selbst – auf die Zusage verlassen, dass der Inhalt der Sicherheitsdokumente (einschließlich der Hypothekarvereinbarung) "der Besprochene" sei – somit ausschließlich Forderungen aus dem Darlehensvertrag vom 17. Jänner 2006 besichert würden.

Am 26. März 2008 gab Dr. T. P. als ehemaliger Angestellter der Bf. im Beisein des anwaltlichen Vertreters der Bf. gegenüber dem FAG Folgendes niederschriftlich an:

*"Nach Verhandlungen, die ich geführt habe, war nie daran gedacht, zukünftige Kredite zu besichern. Im Gegenteil, es war die Überlegung, ob die geplante Finanzierung über € 85 Mio möglicherweise schon zu hoch ist. Mit der Finanzierung sollten bestehende Kredite österr. Banken abgedeckt werden, das Hotel wurde erst Mitte der 90er Jahre errichtet, daher war keine Ausweitung des Kreditvolumens geplant.*

*Die ersten Gespräche wurden Ende November 2005 geführt, dann erfolgte um Weihnachten die hausinterne Genehmigung in den Gremien der Bank.*

*Danach wurde ein Kreditvertragsentwurf in Auftrag gegeben, der in der 2. Jännerwoche 2006 vorgelegt ist.*

*Dann ist der wirtschaftliche Eigentümer der B., Herr R. nach Wien gekommen (Mitte Jänner 2006), der sofort die Verträge unterfertigen wollte.*

*Es wurden dann unter sehr hohem Zeitdruck die Verträge vorbereitet und unterfertigt.*

*Wenige Tage nach der Unterfertigung erfolgte die Auszahlung des Kreditbetrages.*

*Die Unterfertigung sollte am Geburtstag des Scheichs (17.1.) erfolgen, daher der hohe Zeitdruck.*

*Die Sicherheitendokumente wurden nicht im Detail verhandelt, sie wurden zwischen Dr. N. und Dr. L. abgestimmt."*

In der Folge erklärte der anwaltliche Vertreter der Bf. gegenüber dem FAG, dass die Vertragsparteien auf die Formulierung der Hypothekarvereinbarung, wonach auch zukünftige Darlehens- und Kreditverträge besichert wären, durch die Kontaktaufnahme des FAG mit seiner Kanzlei und die entsprechende Weitergabe aufmerksam geworden seien. Weiters teilte er mit, dass die Bf. zwecks Vermeidung eines Gerichtsverfahrens die Geltendmachung des Irrtums anerkannt habe und gemeinsam mit dem Kreditnehmer eine entsprechende Erklärung unterfertigt habe, welche auch zum Grundbuch eingebracht werde.

Lt. der dem Grundbuch vorgelegten, von beiden Vertragsparteien unterzeichneten Teillösungserklärung vom 8./22. April 2008 erfolgte eine Teillösung hinsichtlich eines Betrages von € 4.000.000 und es erklärten die Vertragsparteien in dieser Teillösungserklärung weiters Folgendes:

*"Aufgrund des hohen Zeitdrucks, unter dem die Transaktion abgewickelt wurde, haben die Vertragsparteien die dem Pfandrecht zugrunde liegende Urkunde weder verhandelt*

*noch im Detail geprüft. Die in dieser Urkunde enthaltene Formulierung, wonach auch Forderungen aus zukünftigen Verträgen besichert seien, war von den Vertragsparteien nicht gewollt, es war ihnen auch nicht bewusst, dass diese Formulierung in der Urkunde enthalten war. Die bei Unterfertigung der Urkunde vorliegende Willensübereinstimmung umfasste diesen Teilbereich nicht.*

*Zu keinem Zeitpunkt bestand zwischen den Vertragsparteien ein nicht schriftlich im Inland errichteter Kredit- oder Darlehensvertrag, und es bestand zu keinem Zeitpunkt die Absicht einer der Vertragsparteien, nach Bestellung des Pfandrechts einen Kredit- oder Darlehensvertrag zu errichten.*

*Zur Klarstellung des Umfanges der mit dem Pfandrecht besicherten Verbindlichkeiten halten die Vertragsparteien einvernehmlich folgendes fest:*

*Damals waren und auch heute ist nach dem übereinstimmenden Parteiwillen das bestellte Pfandrecht ausschließlich zur Sicherstellung der Forderungen der A. Aktiengesellschaft aus dem zum Zeitpunkt der Bestellung des Pfandrechts beurkundeten Kreditvertrag gewidmet, und es bestanden und bestehen keine anderslautenden bzw. darüber hinausgehenden Pfandabreden und auch keine anderen Kredit- und Darlehensverträge zwischen den Vertragsparteien. Weder am Tage der Bestellung des Pfandrechts noch danach bestand jemals eine Willensübereinstimmung über die Besicherung von Forderungen von zukünftigen Kredit- und Darlehensverträgen zwischen den Vertragsparteien."*

Ungeachtet dessen setzte das FAG nach weiteren sich wiederholenden Erklärungen der Bf. und Besprechungen zwischen den Vertretern der Bf. und dem FAG gegenüber der Bf. mit Bescheid vom 6. Oktober 2010 für die Hypothekarvereinbarung vom 18. Jänner 2006/11. Jänner 2007 ausgehend von einem Wert der Verbindlichkeiten von € 102.000.000,00 eine Hypothekargebühr gemäß 33 TP 18 Abs. 1 GebG in Höhe von € 1.020.000,00 ua. unter Hinweis auf den Bericht über das Ergebnis der Außenprüfung vom 24. September 2010 fest.

Begründet wurde dies vom FAG damit, dass die Bf. keinen wesentlichen Irrtum aufzeigen hätte können. Aus der Abfolge der Vorbringen während der Betriebsprüfung sei zu erkennen, dass die Einwendungen des steuerlichen Vertreters (es bestehe keine Willenseinigung, es liege Erklärungsirrtum vor) bloß dazu dienten um letztlich die Gebührenpflicht zu vermeiden.

Weiters meinte das FAG, dass hier eine rechtserzeugende Urkunde vorliege, die Parteien hätten die Schriftform gewählt, und es komme das Rechtsgeschäft demnach erst mit der Unterfertigung zustande.

Die Unterfertigung indiziere grundsätzlich die Zustimmung zum Urkundeninhalt. Dem komme hier besondere Bedeutung zu.

Da ein undeutlicher Urkundeninhalt nicht vorliege, sei ein Gegenbeweis nicht möglich.

Dagegen brachte die Bf. eine Berufung ein und beantragte die Durchführung einer mündlichen Verhandlung und die ersatzlose Aufhebung des angefochtenen Bescheides.

In der Berufung erklärte die Bf. sinngemäß, dass nach dem Wortlaut der Hypothekarvereinbarung die Voraussetzungen, die das BMF an die Anwendbarkeit der Gebührenbefreiung im Falle der Mitbesicherung zukünftiger Kredit- und Darlehensverträge stelle, im gegebenen Fall nicht erfüllt wären und dass dem anwaltlichen Vertreter der Bf. im Zuge der Urkundenerrichtung ein Schreibfehler dahingehend unterlaufen sei, dass dieser entgegen der Vereinbarung der Vertragsparteien die Besicherung von Forderungen aus künftigen Kreditverträgen in den Urkundeninhalt aufgenommen habe und der rechtliche Vertreter der Hypothekarschuldnerin die Urkunde aus zeitlichen Gründen vor Unterrichtung nicht durchlesen habe können.

Darauf aufbauend meint die Bf., dass zwischen den Vertragsparteien keine übereinstimmende Willenserklärung darüber, dass mit der Hypothekarvereinbarung auch Forderungen aus zukünftigen Kreditverträgen besichert sein sollten, bestanden habe. Selbst wenn man die Hypothekarvereinbarung mit einer Definition der "Besicherten Forderung", die auch Forderungen aus zukünftigen Krediten umfasste, (zunächst) als zustande gekommen erachte, läge nach Ansicht der Bf. ein Erklärungsirrtum der Hypothekarschuldnerin vor. Dieser sei von der Hypothekarschuldnerin geltend gemacht und von der Bf. anerkannt worden.

Die Berufung wurde vom FAG ohne Erlassung einer Berufungsvorentscheidung dem unabhängigen Finanzsenat mit folgenden Fragen vorgelegt:

*"Ist § 20 Abs. 5 GebG anwendbar, wenn mit dem Sicherungsgeschäft auch zukünftige Darlehens- und Kreditverträge besichert werden, in der Hypothekarvereinbarung jedoch nicht vereinbart wird, dass die zukünftigen Darlehens- und Kreditverträge sowohl inhaltlich als auch hinsichtlich der Beurkundungsform den Voraussetzungen des § 20 Abs. 5 GebG entsprechen?*

*Inwieweit ist ein Gegenbeweis zulässig, wenn die von beiden Vertragsparteien unterfertigte Urkunde eindeutig regelt, dass auch zukünftige Darlehens- und Kreditverträge besichert werden?*

*Liegt Erklärungsirrtum vor?"*

Da die gegenständliche Berufung am 31. Dezember 2013 beim Unabhängigen Finanzsenat anhängig war, ist die Zuständigkeit zur Entscheidung gemäß § 323 Abs. 38 BAO auf das Bundesfinanzgericht (BFG) übergegangen und ist die Rechtssache als Beschwerde im Sinne des Art. 130 Abs. 1 B-VG zu erledigen.

Anlässlich der Ladung zur mündlichen Verhandlung wurde den geladenen Parteien vorbehaltlich des Ergebnisses der mündlichen Verhandlung im Rahmen der Darstellung der Sach- und Verfahrenslage seitens des Bundesfinanzgerichtes Folgendes auszugsweise vorgehalten:

".....

*Die Vertragsparteien haben der Kreditvertrag auf Grundlage eines am 16. Jänner 2006 vorliegenden Entwurfes in Folge eines Wunsches des wirtschaftlichen Eigentümers der*

*Kreditnehmerin und Hypothekarschuldnerin unter großem Zeitdruck bis zum 17. Jänner 2006 endverhandelt und die Sicherheitendokumente erstellt.*

*Bei der Verhandlung anwesend waren E. F., c. D. und Dr. T. P. für die Bf., für die Kreditnehmerin und Hypothekarschuldnerin deren Geschäftsführer G. H., sowie die anwaltlichen Vertreter und Rechtsberater Rechtsanwalt Dr. U. L. von der Kanzlei L. für die Bf. und Rechtsanwalt Dr. M. N. für die Kreditnehmerin und Hypothekarschuldnerin.*

*Die Urkunde über den Kreditvertrag wurde unbestritten wie vereinbart errichtet und für die Kreditnehmerin von deren Geschäftsführer G. H. und für die Bf. von E. F. und c. D. am 17. Jänner 2006 firmenmäßig unterfertigt.*

*Herr E. F. hat danach die Verhandlungen verlassen.*

*Die anlässlich der Kreditvereinbarung ausbedungene Hypothekarvereinbarung war Voraussetzung für die Auszahlung des Kreditbetrages und war nicht im Detail verhandelt worden sondern es ist lediglich die von Dr. L. verfasste Urkunde mit Dr. N. abgestimmt worden.*

*Dabei wurde der Passus über die Besicherung künftiger Kredit- und Darlehensverträge in den Urkundeninhalt aufgenommen, ohne dass dies im Hinblick auf die bestehende Geschäftsbeziehung, welche sich in der gegenständlichen Kreditvergabe erschöpfte, notwendig gewesen wäre oder im Zuge der Verhandlungen angedacht gewesen wäre. Es bestand kein Giroverhältnis zwischen den Vertragsparteien und die gegenständliche Kreditfinanzierung war als mehr als ausreichend angesehen worden.*

*Auf Grund der Erklärung des Herrn Dr. L., dass es zutreffe, dass die Hypothekurkunde der Vereinbarung, nämlich der Besicherung des vereinbarten Darlehens, und dem üblichen Standard entspreche und sich die anwaltlichen Vertreter aus früheren Kontakten bereits kannten, erfolgte keine weitere Überprüfung des Urkundeninhaltes durch Dr. N. und auch nicht von den übrigen Vertragsverhandlern und Vertretern der Vertragsparteien.*

*Am 18. Jänner 2006 trafen sich die Vertreter der Vertragsparteien beim Notar und es wurde die Urkunde über die Hypothekarvereinbarung jedenfalls vom Geschäftsführer der Hypothekarschuldnerin, G. H., für diese unterfertigt und die firmenmäßige Fertigung der Hypothekarschuldnerin durch Notar Dr. Stefan, Wien-Simmering, beglaubigt.*

*Die Beglaubigung der Unterschriften der für die Bf. zeichnungsberechtigten Prokuristen I. J. und c. D. erfolgte am 11. Jänner 2007, sodass ungeachtet der Frage, ob c. D. die Hypothekarkunde bereits am 18. Jänner 2006 unbeglaubigt unterfertigt hat, davon auszugehen ist, dass die firmenmäßige Fertigung durch die Bf. erst am 11. Jänner 2007 in Deutschland erfolgte.*

*Im Hinblick darauf, dass der bereits mit rechtswirksamen Abschluss des Kreditvertrages ausbedungene Pfandbestellungsvertrag samt dinglicher Einigung vor Unterfertigung der darüber errichteten Hypothekarkunde ausverhandelt war und dem vom anwaltlichen Vertreter der Bf. ausgearbeiteten, wenn auch hinsichtlich des Passus über die*

*Besicherung zukünftiger Kredite wohl unbedacht vorgegebenen Urkundeninhalt, von den Vertragsverhandlern und Vertretern der Vertragsparteien - im Detail ungeprüft bzw. ohne die Urkunde zu lesen - zugestimmt worden war, ist von einer rechtsbezeugenden Urkunde und, ungeachtet der Frage, ob die Befreiungsvoraussetzungen nach § 20 Z 5 GebG gegeben sind, von einem Zeitpunkt des Entstehens der Steuerschuld mit Aushändigung der von der Hypothekarschuldnerin beglaubigt unterfertigten Urkunde an die Vertreter der Bf. auszugehen (vgl. VwGH 10.6.1991, 90/15/0026).*

*Da die Errichtung der Hypothekarurkunde Voraussetzung für die Auszahlung der Kreditvaluta war, ist weiters davon auszugehen, dass die von der Hypothekarschuldnerin unterfertigte Hypothekarurkunde noch vor Auszahlung der Kreditvaluta, die wenige Tage nach dem 18. Jänner 2006 erfolgte, den Vertretern der Bf. ausgehändigt worden ist.*

*Auf Grund eines Antrages der Hypothekarschuldnerin vom 19. Jänner 2006 wurde die Rangordnung für dieses Pfandrecht unter Tz. 3/2006 BG K. ins Grundbuch eingetragen.*

*Auf Grund eines Antrages der Bf. vom 16. Jänner 2007 wurde das Pfandrecht zur Tz. 2/2006 BG K. mit Verweis auf die Urkunde unter der EZ 1 K ins Grundbuch eingetragen.*

*Die Vertragsparteien sind auf die Formulierung in der Hypothekarvereinbarung, wonach auch zukünftige Darlehens- und Kreditverträge besichert wurden, in Folge einer Kontaktaufnahme des FAG mit Dr. L. aufmerksam geworden.*

*Nach Ansicht des FAG war die Gebührenbefreiung gemäß § 20 Z 5 GebG nicht zu gewähren, da damit auch künftige Kredit- und Darlehensverträge besichert worden seien.*

*Dagegen wurde von Dr. L. unter Hinweis auf die Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes vom 8.9.1983, 82/15/0030 und vom 10.6.1991, 90/15/0026 im Wesentlichen vorgebracht, dass der Gebührenschuldner beweisen könne, dass der Errichtung der Urkunde keine Einigung der Parteien über einen derartigen Umfang der Pfandbestellungsurkunde (Absicherung künftiger Kredite) bestanden habe, wozu in der Folge gegenüber dem FAG entsprechende Erklärungen von der Bf. bzw. Dr. L. und weiteren Vertragsverhandlern abgegeben wurden.*

*Mit an Dr. L. gerichtetem Schreiben vom 13. März 2008 gab Dr. N. als Rechtsvertreter der Hypothekarschuldnerin sodann eine auf § 871 Abs. 1 ABGB gestützte Anfechtungserklärung ab, mit welcher Dr. L. aufgefordert wurde - ausdrücklich und schriftlich - anzuerkennen und zu bestätigen, dass die zwischen ihren Mandanten abgeschlossene Hypothekarvereinbarung vom 18. Jänner 2005 insoweit richtig und rechtsunwirksam sei, als diese auf die Besicherung von Forderungen aus zukünftigen Kredit- und Darlehensverträgen abziele - sohin von Ansprüchen, die nicht auf dem am 17. Jänner 2005 zwischen den Mandanten abgeschlossenen Darlehensvertrag beruhten.*

*In Folge der Anerkennung des von der Hypothekarschuldnerin geltend gemachten Irrtums beantragte die Bf. am 4. Juni 2008 eine Teillösung des Pfandrechts, welche ins Grundbuch unter der Tz. 1/2008, K., am 19. Juni 2008 eingetragen wurde.*

....."

Zu Beginn der am 9. Dezember 2015 stattgefundenen mündlichen Verhandlung legten die Vertreter des Finanzamtes eine dort eingebrachte Beitrittserklärung der B. GesmbH vom 3. Dezember 2015 mit der Erklärung vor, dass keine Zurückweisung erfolgte bzw. erfolgen werde, da die Beitrete zur Beschwerde als in Betracht kommende Haftende nach Ansicht der belannten Behörde beitrittsberechtigt sei.

Im Rahmen der mündlichen Verhandlung, an welcher neben Vertretern der Bf. und des Finanzamtes auch Vertreter der zur Beschwerde Beigetretenen teilnahmen, erklärten die Parteien nach der Darstellung der Sach- und Verfahrenslage durch den Richter unter Hinweis auf den mit der Ladung ergangenen Vorhalt Folgendes:

"VertreterBf.:

*Festzuhalten ist, dass sich die Parteien bereits über den Inhalt der Hypothekarvereinbarung geeinigt hatten, wie sich dies aus dem zugrundliegenden Kreditvertrag ergibt, somit ausschließlich Forderungen aus dem zugrundeliegenden Kreditvertrag gesichert werden. Dies ist auch durch sämtliche andere zum Kreditvertrag bestellte Sicherheiten und deren Sicherungszweck belegt. Auch der Sicherungszweck dieser Sicherheiten bezieht sich ausschließlich auf den gegenständlichen Kreditvertrag und nicht auf zukünftige Kreditverträge. Wenn in der Folge mit der Hypothekarvereinbarung eine Urkunde über die vereinbarte Hypothek errichtet wird und der Wortlaut der errichteten Urkunde über jenen der von den Parteien vereinbarten Inhalt hinausgeht, besteht insoweit keine Willensübereinstimmung zwischen den Parteien. Da die Parteien eine entsprechende Vereinbarung bereits getroffen hatten. Auf Grund des gegebenen Zeitdruckes erschien es den Parteien weder erforderlich noch war es zeitlich möglich die errichtete Hypothekarvereinbarung im Wortlaut genau nachzuvollziehen.*

*Die von der Kreditnehmerin vorgenommene Irrtumsanfechtung erfolgte mit Wirkung ex tunc. Der Auffassung des Finanzamtes, die Irrtumsanfechtung erfolge mit Wirkung ex nunc ist entgegen zu halten, dass auch bei Dauerschuldverhältnissen einer Irrtumsanfechtung nach herrschender Rechtsprechung und Lehre die Wirkung ex tunc zukommt. Die Irrtumsanfechtung erfolgt somit mit Rückwirkung, sodass der angefochtene Inhalt der Hypothekarvereinbarung auch für gebührenrechtliche Zwecke keine Bedeutung zukommt. Bei der gebührenrechtlichen Würdigung der Hypothekarvereinbarung ist somit ausschließlich von einem Sicherungszweck auszugehen, der sich auf Forderungen aus dem zugrundeliegenden Kreditvertrag bezieht.*

VertreterBeitr.:

*Auf die Irrtumsanfechtung wird verwiesen, sowie auf § 295a BAO, wozu es eine Erledigung des BMF gibt: Zahl BMF-010103/0083—VI/2006 vom 29. November 2006 auf Seite 13 Punkt 3.6.2 Überschrift Anfechtung von Rechtsgeschäften.*

*Die Bestimmung über die künftigen Kredite war nicht gewollt und ist nur in die Urkunde hineingerutscht und war nie Vertragsinhalt.*

Vertreter FA:

*Das Finanzamt bleibt bei seiner Ansicht. Im Zuge der Außenprüfung wurde der Sachverhalt ausreichend diskutiert. Die Irrtumsanfechtung zeigt, dass hier einmal ein Rechtsgeschäft abgeschlossen worden ist. § 295a BAO ist die verfahrensrechtliche Seite.*

*VertreterBf.:*

*Die Teillöschung des Pfandrechtes von € 4 Millionen ist unabhängig von der Erklärung zum Irrtum in der Teillöschungserklärung. Beides steht nebeneinander. Die Teillöschung erfolgt auf Grund erfolgter Tilgungsleistungen und steht nicht im Zusammenhang mit der geltend gemachten Irrtumsanfechtung.*

*Abschließend erklären die Parteien:*

*VertreterFA:*

*Das Finanzamt ersucht abschließend die Beschwerde als unbegründet abzuweisen.*

*VertreterBeitr:*

*§ 17 Abs. 5 GebG schließt eine Anwendung des § 295a BAO nicht aus, wozu auf die zitierte Richtlinie des BMF verwiesen wird.*

*Die Beitretende beantragt der Beschwerde stattzugeben.*

*VertreterBf:*

*Die Bf. beantragt der Beschwerde stattzugeben und den Gebührenbescheid aufzuheben."*

Die Entscheidung blieb der schriftlichen Ausfertigung vorbehalten.

## **Sachverhalt und Beweiswürdigung**

Am 17. Jänner 2006 schlossen die Bf. als Kreditgeberin und die B. GmbH als Kreditnehmerin den oben dargestellten Kreditvertrag über einen Einmalkredit von € 85.000.000,00 ab.

Die am Tag des Abschlusses errichteten und von beiden Vertragsparteien unterfertigten Krediturkunden wurden dem FAG zwecks Gebührenanzeige übermittelt.

Die Vertragsparteien haben den Kreditvertrag auf Grundlage eines am 16. Jänner 2006 vorliegenden Entwurfes in Folge eines Wunsches des wirtschaftlichen Eigentümers der Kreditnehmerin und Hypothekarschuldnerin unter großem Zeitdruck bis zum 17. Jänner 2006 endverhandelt und die Sicherheitendokumente erstellt.

Bei der Verhandlung anwesend waren E. F., c. D. und Dr. T. P. für die Bf. und für die Kreditnehmerin und Hypothekarschuldnerin deren Geschäftsführer G. H., sowie die anwaltlichen Vertreter und Rechtsberater Rechtsanwalt Dr. U. L. von der Kanzlei L. für die Bf. und Rechtsanwalt Dr. M. N. für die Kreditnehmerin und Hypothekarschuldnerin.

Die Urkunde über den Kreditvertrag wurde unbestritten wie vereinbart errichtet und für die Kreditnehmerin von deren Geschäftsführer G. H. und für die Bf. von E. F. und c. D. am 17. Jänner 2006 firmenmäßig unterfertigt.

E. F. hat danach die Verhandlungen verlassen.

Über die mit Abschluss des Kreditvertrages zur Besicherung des Kreditvertrages vom 17. Jänner 2006 vereinbarte Verpfändung eines Anteiles an der Liegenschaft EZ 1 K. im

Höchstbetrag von € 102.000.000,00 durch die Kreditnehmerin als Hypothekarschuldnerin wurde eine Urkunde errichtet.

Dem Urkundeninhalt nach dient die Hypothek nicht nur der Besicherung des in einer für das Entstehen der Gebührenschuld maßgeblichen Weise beurkundeten Kreditvertrag vom 17. Jänner 2006, sondern auch der Besicherung aller Forderungen und Ansprüche des Hypothekargläubigers aus Haupt- und Nebenverbindlichkeiten aller Art bis zu einem Höchstbetrag von EUR 102.000.000 (....) gegenüber dem Hypothekarschuldner aus allen bestehenden oder zukünftigen Kredit- und Darlehensverträgen zwischen dem Hypothekargläubiger und dem Hypothekarschuldner.

Die anlässlich der Kreditvereinbarung vereinbarte Hypothekarvereinbarung war Voraussetzung für die Auszahlung des Kreditbetrages und war nicht im Detail verhandelt worden, sondern es ist lediglich die von Dr. L. verfasste Urkunde mit Dr. N. abgestimmt worden.

Dabei wurde der Passus über die Besicherung künftiger Kredit- und Darlehensverträge unbedacht in den Urkundeninhalt aufgenommen, ohne dass dies im Hinblick auf die bestehende Geschäftsbeziehung, welche sich in der gegenständlichen Kreditvergabe erschöpfte, notwendig gewesen wäre oder im Zuge der Verhandlungen angedacht gewesen wäre. Es bestand kein Giroverhältnis zwischen den Vertragsparteien und die gegenständliche Kreditfinanzierung war als mehr als ausreichend angesehen worden.

Auf Grund der Erklärung des Herrn Dr. L., dass es zutreffe, dass die Hypothekarurkunde der Vereinbarung, nämlich der Besicherung des vereinbarten Darlehens, und dem üblichen Standard entspreche und sich die anwaltlichen Vertreter aus früheren Kontakten bereits kannten, erfolgte keine weitere Überprüfung des Urkundeninhaltes durch Dr. N. und auch nicht von den übrigen Vertragsverhandlern und Vertretern der Vertragsparteien.

Am 18. Jänner 2006 trafen sich die Vertreter der Vertragsparteien beim Notar und es wurde die Urkunde über die Hypothekarvereinbarung jedenfalls vom Geschäftsführer der Hypothekarschuldnerin, G. H., für diese unterfertigt und die firmenmäßige Fertigung der Hypothekarschuldnerin durch Notar Dr. Stefan, Wien-Simmering, beglaubigt.

Die Hypothekarurkunde, deren Errichtung Voraussetzung für die Auszahlung der Kreditvaluta war, wurde noch vor Auszahlung, die wenige Tage nach dem 18. Jänner 2006 erfolgte, den Vertretern der Bf. ausgehändigt.

Die firmenmäßige Fertigung durch die Bf. erfolgte erst am 11. Jänner 2007 in Deutschland.

Auf Grund eines Antrages der Hypothekarschuldnerin vom 19. Jänner 2006 wurde die Rangordnung für dieses Pfandrecht unter Tz. 3/2006 BG K. ins Grundbuch eingetragen.

Auf Grund eines Antrages der Bf. vom 16. Jänner 2007 wurde das Pfandrecht zur Tz. 2/2006 BG K. mit Verweis auf die Urkunde unter der EZ 1 K. ins Grundbuch eingetragen.

Die Vertragsparteien sind auf die Formulierung in der Hypothekarvereinbarung, wonach auch zukünftige Darlehens- und Kreditverträge besichert wurden, in Folge einer Kontaktaufnahme des FAG mit Dr. L. aufmerksam geworden.

Mit an Dr. L. gerichtetem Schreiben vom 13. März 2008 gab Dr. N. als Rechtsvertreter der Hypothekarschuldnerin sodann eine auf § 871 Abs. 1 ABGB gestützte Anfechtungserklärung ab, mit welcher Dr. L. aufgefordert wurde - ausdrücklich und schriftlich - anzuerkennen und zu bestätigen, dass die zwischen ihren Mandanten abgeschlossene Hypothekarvereinbarung vom 18. Jänner 2005 [*gemeint wohl: 2006*] insoweit richtig und rechtsunwirksam sei, als diese auf die Besicherung von Forderungen aus zukünftigen Kredit- und Darlehensverträgen abziele - sohin von Ansprüchen, die nicht auf dem am 17. Jänner 2005 [*gemeint wohl: 2006*] zwischen den Mandanten abgeschlossenen Darlehensvertrag beruhten.

Nach Anerkennung des von der Hypothekarschuldnerin geltend gemachten Irrtums beantragte die Bf. am 4. Juni 2008 eine Teillösung des Pfandrechts, welche ins Grundbuch unter der Tz. 1/2008 , K., am 19. Juni 2008 eingetragen wurde.

Lt. der dem Grundbuch vorgelegten, von beiden Vertragsparteien unterzeichneten Teillösungserklärung vom 8./22. April 2008 erfolgte eine Teillösung hinsichtlich eines Betrages von € 4.000.000,00 samt Erklärung der Vertragsparteien wie oben dargestellt.

Bei der Bf. handelt es sich um ein Kreditinstitut mit dem Sitz in Deutschland.

Der Sachverhalt ergibt sich aus den oben dargestellten, von der Bf. im Rahmen des Abgabenverfahrens zur ErfNr. 1/2010 und ErfNr. 1/2006 einschließlich der Außenprüfung zur AufragsbuchNr. 12/008/07 und im Rahmen des Beschwerdeverfahrens erfolgten Erklärungen und vorgelegten Urkunden und Schriften, bzw. Kopien davon, einschließlich den Erklärungen der bei den Vertragsverhandlungen anwesenden Herren, Dr. L., Dr. N., E. F. und Dr. T. P., sowie aus dem Grundbuch.

Dass im Zuge des Abschlusses des Kreditvertrages ausschließlich über den Hauptpunkt der Hypothekarvereinbarung, nämlich die Besicherung des ausverhandelten Kreditvertrages vom 17. Jänner 2006 abgesprochen worden ist, und es den anwaltlichen Vertretern überlassen war den Inhalt der Hypothekarvereinbarung im Detail zu bestimmen, ergibt sich aus den oa. Darstellungen der Vertragsverhandlungen gegenüber dem FAG durch die bei der Verhandlung anwesenden Personen.

Dass von den Vertragsparteien gewollt gewesen wäre, dass ausschließlich nur der Kreditvertrag vom 17. Jänner 2006 besichert werden solle und keinesfalls künftige Kreditverträge mitbesichert werden sollten, lässt sich mit den Darstellungen der Vertragsverhandlungen nicht in Einklang bringen.

Im Übrigen muss es den an den Vertragsverhandlungen beteiligten Personen klar gewesen sein, dass die vom Vertragserichter im Detail ausgearbeitete Hypothekarvereinbarung über den abgesprochenen Hauptpunkt hinaus Rechte und Pflichten beinhaltet.

## **Rechtslage**

Hypothekarverträge unterliegen gemäß § 33 TP 18 Abs. 1 GebG in der hier maßgeblichen Fassung des Gebührengesetzes 1957 BGBI. I Nr. 180/2004 (in der Folge: GebG) nach

Maßgabe der Bestimmungen im III. Abschnitt des Gebührengesetzes 1957 einer Gebühr von 1 v.H. nach Werte der Verbindlichkeit, für welche die Hypothek eingeräumt wird.

Rechtsgeschäfte sind gemäß § 15 Abs. 1 GebG nur dann gebührenpflichtig, wenn über sie eine Urkunde errichtet wird, es sei denn, dass in diesem Bundesgesetz etwas Abweichendes bestimmt ist.

Für die Festsetzung der Gebühren ist gemäß § 17 Abs. 1 GebG der Inhalt der über das Rechtsgeschäft errichteten Schrift (Urkunde) maßgebend. Zum Urkundeninhalt zählt auch der Inhalt von Schriften, der durch Bezugnahme zum rechtsgeschäftlichen Inhalt gemacht wird. Wenn aus der Urkunde die Art oder Beschaffenheit eines Rechtsgeschäftes oder andere für die Festsetzung der Gebühren bedeutsame Umstände nicht deutlich zu entnehmen sind, so wird auf Grund des Abs. 2 leg.cit. bis zum Gegenbeweis der Tatbestand vermutet, der die Gebührenschuld begründet oder die höhere Gebühr zur Folge hat.

Auf die Entstehung der Gebührenschuld ist es auf Grund des Abs. 4 leg.cit ohne Einfluss, ob die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäftes von einer Bedingung oder von der Genehmigung eines der Beteiligten abhängt.

Nach Abs. 5 leg.cit. heben die Vernichtung der Urkunde, die Aufhebung des Rechtsgeschäftes oder das Unterbleiben seiner Ausführung die entstandene Gebührenschuld nicht auf.

Sicherungs- und Erfüllungsgeschäfte - ausgenommen Wechsel - zu Darlehensverträgen (§ 33 TP 8), Kreditverträgen (§ 33 TP 19) und Haftungs- und Garantiekreditverträgen mit Kreditinstituten, der Oesterreichischen Nationalbank, den Versicherungsunternehmen, den Pensionskassen im Sinne des Pensionskassengesetzes und den Bausparkassen, sofern über die genannten Verträge spätestens gleichzeitig mit der Beurkundung des Nebengeschäftes eine Urkunde in einer für das Entstehen der Gebührenschuld maßgeblichen Weise errichtet worden ist, unterliegen auf Grund des § 20 Z 5 GebG nicht der Gebührenpflicht.

## **Erwägungen**

Bei der gegenständlichen Hypothekarvereinbarung handelt es sich um ein Sicherungsgeschäft zu dem bereits in einer für das Entstehen der Gebührenschuld maßgeblichen Weise beurkundeten Kreditvertrag vom 17. Jänner 2006 über einen Einmalkredit von € 85.000.000,00.

Dass für die Hypothekarvereinbarung vorbehaltlich der strittigen Befreiung nach § 20 Z 5 GebG die Gebührenschuld entstanden ist, ist unbestritten.

Da lt. Urkundeninhalt die Hypothekarvereinbarung aber auch zur Besicherung von Forderungen aus künftigen Kreditverträgen dient, sind dem Urkundeninhalt nach die Befreiungsvoraussetzungen nach § 20 Z 5 GebG nicht gegeben.

Die Bf. bzw. die der Beschwerde beigetretene Hypothekarschuldnerin machen jedoch einerseits geltend, dass die Besicherung künftiger Kreditverträge von beiden

Vertragsparteien nicht gewollt gewesen wäre, somit nicht vereinbart worden sei, und andererseits, gestützt auf § 871 Abs. 1 ABGB, dass seitens der B. ein Erklärungssirrturn vorgelegen habe, der auch geltend gemacht und anerkannt worden sei, weshalb, da die Irrtumsanfechtung mit Wirkung ex tunc erfolgt sei, eine Rückwirkung vorläge, die (nach Maßgabe des § 295a BAO) gebührenrechtlich beachtlich sei.

Da es von der Bf. nach Einigung über den Hauptpunkt, nämlich der Besicherung des bestehenden Kreditvertrages vom 17. Jänner 2006, dem von ihr beauftragten Vertragserrichter überlassen worden war, die Vertragspunkte im Detail zu bestimmen und mit dem anwaltlichen Vertreter der Hypothekarschuldnerin abzustimmen und in der Folge die darüber errichtete Urkunde der Hypothekarschuldnerin zur Unterrichtung übergeben worden ist, war der vom Vertragserrichter bestimmte Vertragsinhalt seitens der Bf. so gewollt.

Dass bei Höchstbetragshypotheken die Mitbesicherung künftiger Kreditverträge bei einer Einmalkreditvergabe unüblich oder außergewöhnlich wäre, wurde nicht behauptet. Sollte eine solche Mitbesicherung bei Kreditvergaben durch die Bf. im Allgemeinen tatsächlich nicht vorgesehen sein, ändert dies nichts daran.

Gerade bei Einmalkrediten in Verbindung mit Höchstbetragshypotheken ist eine solche Mitbesicherung, jedenfalls hinsichtlich künftiger im Inland beurkundeter Kreditverträge, angezeigt (vgl. OGH 20. 4. 1988, 3 Ob 159/87) bzw. wenn keine Befreiung nach § 20 Z 5 GebG angestrebt wird, auch hinsichtlich künftiger, nicht in einer für das Entstehen der Gebührenschuld maßgeblichen Weise beurkundeter Kreditverträge.

Dass eine Mitbesicherung künftiger Kredite üblich ist, zeigt sich auch daran, dass dieser Fall in die Gebührenrichtlinien des Bundesministeriums für Finanzen (GZ. BMF-010206/0201-VI/5/2006 vom 22.02.2007, Rz 529 zu § 20 Z 5 GebG in der hier noch anzuwendenden Fassung), wenn auch nicht der Ansicht des Verwaltungsgerichtshofes entsprechend, aufgenommen worden ist.

Dass eine der Vertragsparteien von vornherein auf eine Befreiung nach § 20 Z 5 GebG Bedacht nehmen wollte, und deshalb keine Mitbesicherung hätte erfolgen sollen, wurde weder behauptet, noch kann dies aus der Urkunde geschlossen werden.

Im Übrigen vertritt die Bf. dazu die Ansicht, dass dafür die Einschränkung auf beurkundete Kredite genügen würde, wie aus der Berufung zu schließen ist.

Bei der Mitbesicherung künftiger Kreditverträge handelt es sich lediglich um einen Nebenpunkt. Diese Mitbesicherung wurde im Zuge der Besprechungen zwar nicht ausbedungen aber auch nicht ausdrücklich ausgeschlossen.

Die Aussage, dass der Vertragsinhalt der Vereinbarung, nämlich der Besicherung des vereinbarten Darlehens und dem üblichen Standard entspreche, war daher korrekt.

Da seitens der Hypothekarschuldnerin lediglich vom beauftragten anwaltlichen Vertreter rückgefragt wurde, ob die Vereinbarung dem Standard entspreche und die Urkunde seitens der Hypothekarschuldnerin unbesehen firmenmäßig unterfertigt wurde, wurde

von dieser in Kauf genommen, dass der unbesehene, fremdbestimme Vertragsinhalt Gegenstand ihrer Erklärungen wurde.

Im Hinblick darauf, dass der bereits mit rechtswirksamen Abschluss des Kreditvertrages ausbedungene Pfandbestellungsvertrag samt dinglicher Einigung vor Unterfertigung der darüber errichteten Hypothekarurkunde ausverhandelt war und dem vom anwaltlichen Vertreter der Bf. ausgearbeiteten, wenn auch hinsichtlich des Passus über die Besicherung zukünftiger Kredite wohl unbedacht vorgegebenen Urkundeninhalt, von den Vertragsverhandlern und Vertretern der Vertragsparteien - im Detail ungeprüft bzw. ohne die Urkunde zu lesen - zugestimmt worden war, ist von einer rechtsbezeugenden Urkunde und von einem Zeitpunkt des Entstehens der Steuerschuld mit Aushändigung der von der Hypothekarschuldnerin beglaubigt unterfertigten Urkunde an die Vertreter der Bf. auszugehen (vgl. VwGH 10.6.1991, 90/15/0026).

Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass der Urkundeninhalt solange unbestritten und gebilligt war, bis die Bf. sowie die Beitrete zur Beschwerde auf die Mitbesicherung künftiger Verträge wegen der sich daraus ergebenden nachteiligen Steuerfolgen aufmerksam wurden.

So wurde für das Pfandrecht auf Grund eines Antrages der Hypothekarschuldnerin vom 19. Jänner 2006 die Rangordnung ins Grundbuch eingetragen.

Ein Jahr nach deren Errichtung wurde die Urkunde von der Hypothekargläubigerin firmenmäßig gefertigt und letztlich wurde das Pfandrecht auf Grund eines Antrages der Bf. vom 16. Jänner 2007 mit Verweis auf die Urkunde ins Grundbuch eingetragen.

Auch kann dem FAG nicht entgegengetreten werden, wenn es meint, dass die Irrtumsanfechtung dafür spricht, dass das Rechtsgeschäft einmal *[wie beurkundet]* abgeschlossen worden ist, zumal ein gemeinsamer Erklärungssprung, welcher regelmäßig eine falsa demonstratio darstellt (vgl. *Rummel* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> Rz 28 zu § 871) keiner Irrtumsanfechtung bedarf hätte, da in einem solchen Fall der Vertrag nicht wie erklärt, sondern wie gewollt zustande gekommen wäre (vgl. *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar, Rz 10 zu § 871 ABGB).

Dass der Passus über die Mitbesicherung unbedacht in die Urkunde aufgenommen wurde, besagt nicht, dass die Aufnahme in den Vertragsinhalt nicht gewollt gewesen wäre. Aus zivilrechtlicher Sicht war die die Mitbesicherung künftiger Kredite im Rahmen einer Höchstbetragshypothek unbedeutend, da eine weitere Kredit- oder Darlehensaufnahme gar nicht in Aussicht gestanden ist, also auch nicht bei einem anderen Kreditinstitut. Es waren wohl die Steuerfolgen, die nicht bedacht worden waren.

Da die Gebührenbefreiung nach § 20 Z 5 GebG bei solchen Sicherungsgeschäften nicht gegeben ist, die sich auch auf künftig abzuschließende Kreditverträge beziehen (vgl. VwGH 10.6.91, 90/15/0026) ist die Gebührenschuld für die Hypothekarverschreibung jedenfalls entstanden.

Ungeachtet dessen, dass hier zumindest der Versuch zu beweisen, es sei die Besicherung künftiger Kreditverträge von beiden Vertragsparteien nicht gewollt gewesen, ins Leere geht, ist zu sagen, dass der Urkundeninhalt, wonach die Höchstbetragshypothek sowohl der Besicherung eines bereits abgeschlossenen Kreditvertrages, nämlich des Kreditvertrages vom 17. Jänner 2006, wie auch künftiger Kreditverträge dient, deutlich ist.

Da feststeht, dass die gegenständliche Hypothekarvereinbarung wie erklärt und beurkundet abgeschlossen worden ist, erübrigen sich jedoch Überlegungen dahingehend, ob der Verwaltungsgerichtshof mit dem Hinweis im oa. Erkenntnis, dass nicht behauptet worden sei, dass bei Errichtung der Urkunde keine Einigung der Parteien über den Umfang der Pfandbestellung bestanden hätte, gemeint hat, es könne in einem solchen Fall gegen den eindeutigen Urkundeninhalt, zB im Falle eines gemeinsamen Irrtums (*falsa demonstratio*), Beweis geführt werden und die Gebühr entsprechend dem gewollten Vertragsinhalt, so wie das Rechtsgeschäft zivilrechtlich gültig abgeschlossen worden ist, und nicht entsprechend dem erklärt und beurkundeten Vertragsinhalt, festgesetzt werden.

Zum von der Hypothekarschuldnerin gegenüber der Bf. als Hypothekargläubigerin mittels Anfechtungserklärung geltend gemachten Irrtum ist vorweg festzuhalten, dass sich die der Beschwerde beigetretene Hypothekarschuldnerin zwar auf einen Erklärungsirrtum nach § 871 Abs. 1 ABGB stützt, aber nur eine Vertragsanpassung geltend gemacht hat, in Folge dessen der behauptete Irrtum von der Bf. ohne gerichtliche Anfechtung anerkannt worden ist und einvernehmlich festgestellt worden ist, dass die Besicherung künftiger Kredite und Darlehensverträge niemals beabsichtigt gewesen sei.

Unterfertigt jemand eine ihm vorgelegte Urkunde „ungelesen“, macht er grundsätzlich den durch seine Unterschrift gedeckten Text selbst dann zum Inhalt seiner Erklärung, wenn er den Text nicht gekannt hat. Ist der Inhalt einer Vertragsurkunde anders, als ihn sich der Unterzeichnende vorstellte, so ist zu unterscheiden: Hatte der Unterfertigende eine klare Vorstellung vom Urkundeninhalt, war er daher überzeugt, dass darin das mündlich Abgemachte festgeschrieben sei, so unterlag er einem Erklärungsirrtum, der ihn bei Zutreffen der übrigen Voraussetzungen zur Anfechtung berechtigt. Hatte er dagegen keine genaue Vorstellung vom Inhalt des Schriftstücks, nahm er den (fremdbestimmten) Inhalt somit bewusst in Kauf, so ist ihm die Irrtumsanfechtung - abgesehen vom Fall ungewöhnlicher Bestimmungen - verwehrt, außer der Urkundeninhalt wäre so außergewöhnlich, dass ein Einverständnis damit nicht angenommen werden kann (vgl. OGH 11.11.2010, 3 Ob 194/10s).

Wenn der anwaltliche Vertreter der Bf. als Vertragserrichter gegenüber den Kontrahenten erklärt, dass der Inhalt des von ihm im Detail ausgearbeitete Vertrages dem üblichen Standard entspricht, und die Kontrahenten die darüber errichtete Urkunde ungelesen unterfertigen, dann wurde von diesen der fremdbestimmte Inhalt, hier im Besonderen der Passus über die Mitbesicherung künftiger Kreditverträge, bewusst in Kauf genommen, zumal den Vertragsparteien und ihren Vertretern klar sein musste, dass über den abgesprochenen Hauptpunkt hinaus für die Vertragsparteien Rechte und Pflichten

beurkundet wurden. Da nur der Hauptpunkt besprochen worden ist und die Urkunde ungelesen blieb, kann hier nicht unterstellt werden, die Kontrahenten hätten über die Nebenpunkte, die dem üblichen Standard entsprächen, eine klare Vorstellung gehabt. Im Übrigen entspricht bei Höchstbetragshypothesen die Mitbesicherung künftiger Kreditverträge bei Einmalkreditvergabe durch Kreditinstitute dem üblichen Standard und ist keinesfalls außergewöhnlich, wie bereits oben ausgeführt, selbst wenn dies von der Bf. selbst ansonsten nicht so gehandhabt worden ist.

Ungewöhnlich ist lediglich, dass keine Einschränkung auf beurkundete Kredite erfolgte. Wie ebenfalls bereits ausgeführt, wurde jedoch weder behauptet, noch kann aus der Urkunde geschlossen werden, dass die Vertragsparteien bzw. deren Vertreter anlässlich der Vertragserrichtung überhaupt auf eine Befreiung nach § 20 Z 5 GebG Bedacht nehmen wollten.

Entsprechend obiger Ausführungen war der Hypothekarschuldnerin eine Anfechtung auf Grundlage des § 871 ABGB verwehrt und es handelt sich somit bei der nachträglichen Vertragsanpassung nicht um eine solche auf Grund einer erfolgreichen Irrtumsanfechtung.

Es konnte daher dem Beschwerdevorbringen nicht gefolgt werden.

Ungeachtet dessen ist zu sagen, dass es zumindest strittig ist, ob eine Vertragsaufhebung oder Vertragsanpassung auf Grund einer erfolgreichen Irrtumsanfechtung überhaupt einen Einfluss auf die bereits entstandene Gebührenschuld hat.

Der einem Kontrahenten bei einem Vertragsabschluss unterlaufene Irrtum im Sinne des § 871 ABGB hat nach der Lehre und Rechtsprechung nicht ex lege die Nichtigkeit, sondern nur die Anfechtbarkeit des Vertrages zur Folge. Es bleibt daher dem Irrenden überlassen, die Anfechtung geltend zu machen (vgl. OGH 15.01.1981, 7Ob67/80) und somit, ob das Rechtsgeschäft aufrechterhalten wird.

So vertritt Arnold in Arnold, Rechtsgebühren, Rz 26 zu § 17 GebG, die Ansicht, dass unter einer „Aufhebung“ iSv § 17 Abs 5 GebG in der Praxis nicht nur die einvernehmliche Stornierung, sondern zB. auch eine erfolgreiche Anfechtung wegen Irrtums oder ein Rücktritt vom Vertrag im Rahmen des Gewährleistungsrechtes verstanden werde. Hiebei mache es keinen Unterschied, ob die Aufhebung des Rechtsgeschäftes mit Wirkung ex nunc oder ex tunc erfolge. In beiden Fällen gelte die Anordnung des § 17 Abs. 5 GebG, dass die Aufhebung des Rechtsgeschäftes die entstandene Gebührenschuld nicht aufhebt (deshalb sei - auch gebührenrechtlich - die Unterscheidung zwischen Irrtum und Dissens von Bedeutung, weil Letzterer ein Rechtsgeschäft gar nicht gültig zustande kommen lasse, was zur Folge habe, dass vergleichbare gebührenrechtliche Folgen nicht eintreten).

Zum Verweis auf § 295a BAO und die bezughabenden Richtlinien des BMF vom 29. November 2006, 010103/0083-VI/2006, ist zu sagen, dass dort lediglich die Rechtsansicht des Bundesministeriums für Finanzen dargestellt ist.

Entsprechend der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (siehe VwGH 9.3.2005, 2001/13/0062; VwGH 28.1.2003, 2002/14/0139) können Erlässe (so zB auch Richtlinien)

der Finanzverwaltung keine subjektiven Rechte und Pflichten des Steuerpflichtigen begründen.

Die Ausführungen im Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 26.06.1997, 96/16/0150) stehen der Ansicht, dass die Bestimmungen des § 17 GebG, im Besonderen des Abs. 5, der Berücksichtigung einer erfolgreichen Irrtumsanfechtung im Anwendungsbereich des Gebührengesetzes entgegenstehen, ebenso nicht entgegen, zumal dort diese Frage letztlich nicht zu beurteilen war.

Auf Grund des § 17 Abs. 5 GebG kommt es für die Gebührenpflicht auf das beurkundete Rechtsgeschäft, nicht aber darauf an, ob dieses Rechtsgeschäft in der Folge aufrechterhalten und ob oder wie es ausgeführt wird (vgl. VwGH 23.04.1992, 91/15/0140; BFG 28.10.2015, RV/7101491/2015).

§ 295a BAO ist übrigens eine rein verfahrensrechtliche Bestimmung. Sie nimmt keinen Einfluss auf den Tatbestand materieller Abgabengesetze. Vielmehr ist den materiellen Abgabengesetzen zu entnehmen, ob einem nachträglich eingetretenen Ereignis abgabenrechtliche Wirkung für die Vergangenheit zukommt. Es ist daher an Hand der materiellen Abgabengesetze zu prüfen, ob ein Anwendungsfall des § 295a BAO vorliegen kann bzw. ob das rückwirkende Ereignis bei der Abgabenfestsetzung zu berücksichtigen ist (vgl. VwGH 24.09.2014, 2010/13/0062).

### **Zulässigkeit einer Revision**

Gegen diese Entscheidung ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG eine Revision nicht zulässig, da das Erkenntnis nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis nicht 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.

Es waren lediglich Tatfragen auf Ebene der Sachverhaltsermittlung und Beweiswürdigung zu beurteilen und zivilrechtliche Vorfragen zu lösen.

Wien, am 8. Jänner 2016