

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter R. in der Beschwerdesache Bf., Adr., 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. und der A. - Aktiengesellschaft, Adr., zur Beschwerde, beide vertreten durch Lansky, Ganzger & Partner Rechtsanwälte GmbH, Biberstraße 5, 1010 Wien, gegen den Bescheid des Finanzamtes für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel vom 6. Oktober 2010, ErfNr. 1/2010 betreffend Rechtsgebühr nach am 9. Dezember 2015 im Beisein der Schriftführerin durchgeführter mündlicher Verhandlung zu Recht erkannt:

Der Beschwerde wird Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird aufgehoben.

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

Entscheidungsgründe

Verfahrensablauf

Im Zuge der Überprüfung eines am 17. Jänner 2006 durch firmenmäßige Unterfertigung der Urkunde durch die Vertragsparteien in Wien beurkundeten, zwischen der Beschwerdeführerin (Bf.) als Kreditgeberin und der B. Gesellschaft m.b.H. (B.) als Kreditnehmerin abgeschlossenen Kreditvertrag über € 85.000.000,00 erlangte das Finanzamt für Gebühren und Verkehrsteuern in Wien (FAG) Kenntnis von einem ua. zur Besicherung dieses Kreditvertrages am 23./26.4.2007 zwischen der A. - Aktiengesellschaft (A.) und der B. als Hypothekarschuldner und der Bf. als Hypothekargläubigerin abgeschlossene Hypothekarvereinbarung.

Die darüber errichtete Hypothekarurkunde wurde lt. Urkundeninhalt am 23.4.2007 von der Bf. und der A. und am 26.4.2007 von der B. jeweils in Wien unterfertigt.

Gegenstand der Verpfändung der B. im Höchstbetrag von € 60.000.000,00 war der Liegenschaftsanteil der B. an der EZ 2 GB C. , BG C. Wien,
Gegenstand der Verpfändung der A. im Höchstbetrag von € 60.000.000,00 war Liegenschaftsanteil der A. an derselben Liegenschaft.

Unter Pkt. 3.4. der Hypothekarvereinbarung *"Besicherte Forderungen"* ist Folgendes ausgeführt:

"Aufgrund 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 60.000.000,00 (.....) gegenüber dem Hypothekarschuldner aus oder im Zusammenhang mit den Kreditverträgen in der jeweils geltenden Fassung, einschließlich insbesondere der Forderungen betreffend Kreditbetrag, Zinsen, Verzugszinsen, Zinseszinsen, Kosten, Provisionen, Gebühren und Steuern (die „Besicherten Forderungen“) besichert."

Kreditverträge bedeutet lt. den Definitionen in der Hypothekarurkunde der B.-Kreditvertrag und der A.-Kreditvertrag.

Lt. Präambel der Hypothekarurkunde handelt es sich beim B.-Kreditvertrag um den oben dargestellten Kreditvertrag vom 17. Jänner 2006 und beim A.-Kreditvertrag um einen am 23. April 2007 zwischen der A. als Kreditnehmerin und der Bf. als Kreditgeberin abgeschlossenen Kreditvertrag.

Die Hypothekarurkunde ist mit dem Vermerk *"Gebührenbefreit gemäß § 20 Z 5 GebG"* versehen.

Der Kreditvertrag vom 17. Jänner 2006 war bereits zuvor durch eine Höchstbetragshypothek über € 102.000.000,00 besichert.

Im Zuge einer Außenprüfung stellte das FAG fest, dass es sich beim A.-Kreditvertrag um einen Kreditvertrag über € 50.000.000,00 handelt und vertrat die Ansicht,

dass ausgehend davon, dass die beiden Kreditverträge über € 85.000.000,00 und über € 50.000.000,00 mit Höchstbetragspfandrechten von insgesamt € 222.000.000,00 (€ 102.000.000,00 mit Hypothekarvereinbarung vom 18.1.2006/11.1.2007 und zweimal € 60.000.000,00 mit Hypothekarvereinbarung vom 23./26. April 2007) besichert seien, eine Besicherung über 140% der besicherten Kreditbeträge und somit eine sogenannte "Überbesicherung" vorläge

und

dass somit die Hypothekarvereinbarung vom 23./26. April 2007 im Ausmaß der Überbesicherung von € 33.000.000,00 ($€ 222.000.000,00 - (€ 85.000.000,00 + € 50.000.000,00) \times 140\%$) gebührenpflichtig wäre.

Dazu wendete der Vertreter der Bf. gegenüber dem FAG ua. im Rahmen einer Besprechung am 28. Oktober 2008 ein, dass mit der Hypothekarvereinbarung vom 23./26. April 2007 nicht zwei Hypotheken über € 60.000.000,00, sondern nur eine über € 60.000.000,00 an den jeweiligen Miteigentumsanteilen begründet worden seien, sodass keine Überbesicherung vorliege, und dass auch der weitere Kreditvertrag der A.-AG ebenfalls ordnungsgemäß beurkundet und vergebührt worden sei.

Das FAG vertrat weiterhin die Ansicht, dass eine Überbesicherung vorliege und setzte mit Bescheid vom 6. Oktober 2010 für die Hypothekarvereinbarung vom 23./26.4.2007 gemäß § 33 TP 18 Abs. 1 GebG ausgehend von der angenommenen Überbesicherung in Höhe von € 33.000.000,00 eine Hypothekargebühr von € 330.000,00 fest, wogegen die Bf. rechtzeitig Berufung erhob.

Diese begründete die Bf. im Wesentlichen damit, dass eine Überbesicherung nicht vorliege, da mit der Hypothekarvereinbarung vom 23./26.4.2007 entgegen der Auffassung des FAG nicht zwei Pfandrechte im Höchstbetrag von insgesamt € 120.000.000 vereinbart worden seien. Richtig sei, dass mit dieser Hypothekarvereinbarung zwei Hypotheken bestellt worden seien. Eine Besicherung durch diese Hypotheken bestehe jedoch nur bis zu einem Höchstbetrag von insgesamt € 60.000.000,00.

Weiters verwies die Bf. darauf, dass das Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen für die Anwendbarkeit der Gebührenbefreiung gemäß § 20 Z 5 GebG im gegenständlichen Fall unstrittig sei. Die mit der Hypothekarvereinbarung vom 23.4./26.4.2007 besicherten Kreditverträge, der B. Kreditvertrag und der A. Kreditvertrag, seien Kreditverträge mit Kreditinstituten. Über diese Kreditverträge seien spätestens gleichzeitig mit der Beurkundung dieser Hypothekarvereinbarung jeweils eine Urkunde in einer für das Entstehen der Gebührenschuld maßgeblichen Weise errichtet worden. Der Sicherungszweck unter der Hypothekarvereinbarung umfasse ausschließlich die Ansprüche der Berufungswerberin aus diesen Kreditverträgen.

20 Z 5 GebG sei nicht zu entnehmen, dass es für die Anwendbarkeit der Gebührenbefreiung auf das Ausmaß der Besicherung der Höhe nach ankomme. Wesentlich für die Anwendbarkeit dieser Gebührenbefreiung sei das besicherte Hauptgeschäft und dessen Beurkundung. Erkennbarer Hintergrund von § 20 Z 5 GebG sei nämlich lediglich, eine durch den Abschluss von gebührenpflichtigen Darlehens- und Kreditverträgen und ebenso gebührenpflichtigen Sicherungsgeschäften eintretende Kumulierung der Gebührenpflicht zu verhindern.

Die vom Finanzamt vorgenommene Einschränkung des Anwendungsbereiches der gegenständlichen Befreiungsbestimmung gehe offenbar auf eine Stellungnahme des BMF zurück, wonach Sicherungsgeschäfte nur insofern befreit sein sollen, als die Sicherstellung in banküblicher Höhe erfolge. Der auf dieser Auffassung des BMF aufbauenden Verwaltungspraxis werde im Schrifttum zu Recht eine deutliche Absage erteilt. Es werde klargestellt, dass jedes Sicherungsgeschäft gemäß § 20 Z 5 GebG gebührenbefreit sei und die Frage einer "Überbesicherung" nicht zur Debatte stehe

Diese Berufung wurde dem unabhängigen Finanzsenat vom FAG mit folgenden Fragen vorgelegt:

"Liegt im berufsgegenständlichen Fall eine Überbesicherung vor?

Liegen zwei Hypotheken oder nur eine Höchstbetragshypothek vor, wenn die Sicherstellung an zwei verschiedenen Liegenschaftsanteilen (mit verschiedenen Eigentümern) erfolgt?

Ist die Anwendbarkeit des § 20 Abs. 5 GebG abhängig vom Ausmaß der Besicherung der Höhe nach?"

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 die Rechtssache als Beschwerde im Sinne des Art. 130 Abs. 1 B-VG zu erledigen.

Im Rahmen einer telefonischen Urgenz der Erledigung der gegenständlichen Rechtsache ersuchte das Bundesfinanzgericht den Vertreter der Bf. der Vollständigkeit halber eine Kopie oder Scan des in den vorgelegten Akten nicht einliegenden Kreditvertrages vom 23. April 2007 zu übermitteln.

Diesem Ersuchen ist die Bf. mit E-Mail vom 4. November 2015 nachgekommen. Aus dem auf der mit 23. April 2007 datierten Urkunde (Facility Agreement) über den von der Bf. an die A. gewährten Kredit in Höhe von € 50.000.000,00 angebrachten Selbstberechnungsvermerk ist ersichtlich, dass dieser unter der StNr. xxx/xxx , laufende Nr. 5, mit € 400.000,00 vom Urkundenerrichter selbstberechnet worden war.

Dazu wurde vom Bundesfinanzgericht in das Abgabensinformationssystem des Bundes Einsicht genommen, woraus ersichtlich ist, dass diese Selbstberechnung in den Buchungen zur StNr. xxx/xxx des FAG entsprechende Deckung findet.

Der Ladung der Beschwerdeführerin und des Finanzamtes zur mündlichen Verhandlung wurde eine Darstellung des Verfahrensablaufes samt Sachverhalt und Erwägungen des Bundesfinanzgerichtes vorbehaltlich des Ergebnisses der mündlichen Verhandlung beigelegt.

Darin ist ua. Folgendes ausgeführt:

".....Die im Rahmen des Pfandbestellungsvertrages angegebenen "Besicherten Forderungen" umfassen lediglich die bestehenden und künftigen Forderungen aus den angeführten beurkundeten Kreditverträgen zuzüglich Nebengebühren.

Dass mit den "Besicherten Forderungen" auch Forderungen aus anderen Schuldtiteln oder aus erst künftig zu gewährenden Kreditverträgen gemeint sein könnten, hat das FAG im Rahmen seiner mehrere Erörterungen der gegenständlichen Sache umfassenden Gebührenprüfung weder festgestellt noch behauptet.

Es besteht auf Grund des Urkundeninhaltes der Hypothekarvereinbarung und des grundsätzlich auch bei Höchstbetragshypotheken geltenden Spezialitäts- und Akzessorietätsprinzips auch kein Grund solches zu vermuten.

Ansonsten wäre das FAG im Übrigen wohl davon ausgegangen, dass die Hypothekarvereinbarung vom gesamten Höchstbetrag der Gebühr unterliege.

Die Erklärung der Bf., dass der Sicherungszweck der gegenständlichen Hypothekarvereinbarung ausschließlich die Ansprüche der Bf. aus dem B.-Kreditvertrag und dem A.-Kreditvertrag umfasse, blieb unwidersprochen....."

In der am 9. Dezember 2015 stattgefundenen mündlichen Verhandlung legten die Vertreter des Finanzamtes eine dort eingebrachte Beitrittserklärung der B. GesmbH

und der A. - Aktiengesellschaft vom 3. Dezember 2015 mit der Erklärung vor, dass keine Zurückweisung erfolgte bzw. erfolgen werde, da die Beitretenden zur Beschwerde als in Betracht kommende Haftende nach Ansicht der belangten Behörde beitragsberechtigt seien.

Im Zuge der mündlichen Verhandlung am 9. Dezember 2015, an welcher neben Vertretern der Bf. und des Finanzamtes auch Vertreter der zur Beschwerde Beigetretenen teilnahmen, wurde die Sach- und Verfahrenslage vom Richter vorgetragen. Dazu erfolgten keine ergänzenden Erklärungen. Das Finanzamt und die Bf. hielten ihre jeweiligen Vorbringen aufrecht, sodass abschließend das Finanzamt ersuchte die Beschwerde als unbegründet abzuweisen und die Beitretenden sowie die Bf. ersuchten der Beschwerde stattzugeben und den angefochtenen Bescheid aufzuheben.

Die Verhandlung schloss mit dem Beschluss, dass die Entscheidung der schriftlichen Ausfertigung vorbehalten bleibe.

Sachverhalt und Beweiswürdigung

Die Bf. gewährte der B. mit Kreditvertrag vom 17. Jänner 2006 einen Kredit in Höhe von € 85.000.000,00 und mit Kreditvertrag vom 23. April 2007 der A. einen Kredit in Höhe von € 50.000.000,00.

Zur Besicherung des Kreditvertrages vom 17. Jänner 2006 verpfändete die B. der Bf. mit Hypothekarurkunde vom 18. Jänner 2006 ihren Liegenschaftsanteil an der EZ 2 GB C. bis zum Höchstbetrag von € 102.000.000,00.

Zur weiteren Besicherung des Kreditvertrages vom 17. Jänner 2006 und zur Besicherung Kreditvertrages vom 23. April 2007 verpfändeten die B. und die A. mit Hypothekarurkunde vom 23./26. April 2007, wie oben dargestellt, ihren jeweiligen Anteil an der EZ 2 BG C. jeweils bis zum Höchstbetrag von € 60.000.000,00.

Unbestritten ist, dass über die Kreditverträge spätestens gleichzeitig mit der Beurkundung der Hypothekarverträge Urkunden in einer für das Entstehen der Gebührenschuld maßgeblichen Weise errichtet worden sind.

Der mit 17. Jänner 2006 datierte B.-Kreditvertrag wurde den Feststellungen des FAG nach von den Vertragsparteien firmenmäßig an diesem Tag in Wien unterfertigt.

In Folge dessen wurde dieser Kreditvertrag auch der Kreditvertragsgebühr nach dem Gebührengesetz 1957 unterzogen.

Die mit 23./26. April 2007 datierte Hypothekarurkunde wurde dem Urkundeninhalt entsprechend am 23. April 2007 von der Bf. bzw. für diese durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt und von der A. in Wien unterfertigt, sodass davon auszugehen ist, dass auch das Facility Agreement, das entsprechend dessen Urkundeninhalt am selben Tag von denselben Personen unterzeichnet worden ist, in Wien unterzeichnet worden ist. Dafür spricht auch die Selbstberechnung der Kreditvertragsgebühr.

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

Der Sachverhalt ergibt sich aus den von der Bf. im Rahmen des Abgabenvorgangs zur ErfNr. 1/2010 und ErfNr. 1/2006 einschließlich der Außenprüfung AuftragsbuchNr. 1/07 und im Rahmen des Beschwerdeverfahrens erfolgten Erklärungen und vorgelegten Urkunden.

Der Sachverhalt wurde der Bf. und dem Finanzamt im Zuge der Ladung zur mündlichen Verhandlung vorgehalten und wurde auch im Rahmen der mündlichen Verhandlung erörtert.

Rechtslage

Hypothekarverträge unterliegen gemäß § 33 TP 18 Abs. 1 GebG in der hier maßgeblichen Fassung des Gebührengesetzes 1957 BGBl. 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.

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

Die im Rahmen des Pfandbestellungsvertrages angegebenen "Besicherten Forderungen" umfassen lediglich die bestehenden und künftigen Forderungen aus den angeführten beurkundeten Kreditverträgen zuzüglich Nebengebühren.

Dass mit den "Besicherten Forderungen" auch Forderungen aus anderen Schuldtiteln oder aus erst künftig zu gewährenden Kreditverträgen gemeint sein könnten, hat das FAG im Rahmen seiner mehrere Erörterungen der gegenständlichen Sache umfassenden Gebührenprüfung weder festgestellt noch behauptet.

Es besteht auf Grund des Urkundeninhaltes der Hypothekarvereinbarung und des grundsätzlich auch bei Höchstbetragshypotheken geltenden Spezialitäts- und Akzessorietätsprinzips auch kein Grund solches zu vermuten.

Ansonsten wäre das FAG im Übrigen wohl davon ausgegangen, dass die Hypothekarvereinbarung vom gesamten Höchstbetrag der Gebühr unterliege.

Die Erklärung der Bf., dass der Sicherungszweck der gegenständlichen Hypothekarvereinbarung ausschließlich die Ansprüche der Bf. aus dem B.-Kreditvertrag und dem A.-Kreditvertrag umfasse, blieb unwidersprochen.

Das Finanzamt ist dem auch im Zuge der mündlichen Verhandlung nicht entgegengetreten.

Die zu besichernde Forderung muss nach der Art des Rechtsgrundes sowie durch die Bezeichnung des Gläubigers und des Schuldners bestimmt sein, um das pfandrechtliche Spezialitätsprinzip und das Akzessorietätsprinzip zu wahren (vgl. OGH 30.10.1985, 3 Ob 92/85; OGH 19.12.1995, 5 Ob 140/95; OGH 10.07.1996, 3Ob34/94 und im Besonderen zu beurkundeten Krediten OGH 20.4.1988, 3 Ob 159/87).

Künftig zu gewährende Darlehens- und Kreditverträge oder nicht im § 20 Z 5 GebG angeführte Rechtsgeschäfte sind mit der gegenständlichen Hypothekarvereinbarung nicht besichert.

Die Frage einer allfälligen Überbesicherung steht jedoch nicht zur Debatte und kann daher für die Anwendbarkeit der Gebührenbefreiung dahingestellt bleiben (vgl. Arnold/Arnold, Rechtsgebühren: Kommentar, 9. Auflage, unter Hinweis auf VwGH 8.9.1983, 82/15/0030).

Die Ansicht, eine Überbesicherung würde einer Befreiung nach § 20 Z 5 GebG entgegenstehen, ist auf eine Antwortnote des BMF zu Anfragen der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft, Sektion Geld-, Kredit- und Versicherungswesen Pkt. 18 vom 17. Dezember 1976, Zl. 266.362-IV/11/76, zurückzuführen.

Dazu ist aber ungeachtet dessen, dass diese Ansicht im § 20 Z 5 GebG so keine Deckung findet, zu sagen, dass diese allenfalls in Verbindung mit der Ansicht, dass, wenn das Sicherungsgeschäft der Besicherung eines bereits zustande gekommenen, in einem für das Entstehen der Gebührenschuld maßgeblichen Weise beurkundeten Kreditvertrag dient, die Mitbesicherung erst künftig zu gewährender (beurkundeter) Darlehens- und Kreditverträge nicht grundsätzlich befreiungsschädlich wäre, verständlich sein könnte.

Da es sich bei der gegenständlichen Hypothekarvereinbarung vom 23./26.4.2007 ausschließlich um ein Sicherungsgeschäft zu Kreditverträgen (§ 33 TP 19) mit einem Kreditinstitut handelt, über welche spätestens gleichzeitig mit der Beurkundung der Hypothekarvereinbarung Urkunden in einer für das Entstehen der Gebührenschuld maßgeblichen Weise errichtet worden sind, unterliegt die Hypothekarvereinbarung auf Grund des § 20 Z 5 GebG nicht der Hypothekargebühr.

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.

Auf VwGH 8.9.1983, 82/15/0030 wird verwiesen.

Wien, am 15. Dezember 2015