



## **Berufungsentscheidung**

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw, vom 15. September 2009 gegen den Bescheid des Finanzamtes Freistadt Rohrbach Urfahr vom 19. August 2009 betreffend Rechtsgebühr entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### **Entscheidungsgründe**

Am 2.4.2009 richtete die Bank ein Schreiben an das Finanzamt, in welchem es heißt: Zur Sicherung eines Darlehens hat der Eigentümer an der genannten Liegenschaft die Einverleibung eines Pfandrechtes über 160.000,00 € für uns bewilligt.

Eine Kopie der Pfandurkunde war dem Schreiben angeschlossen.

Das Finanzamt setzte mit dem angefochtenen Bescheid die Gebühr gemäß § 33 TP 18 Abs. 1 GebG fest.

Dagegen richtet sich die Berufung mit der Begründung, dass Sicherungs- und Erfüllungsgeschäfte zu Darlehens- oder Kreditverträgen unter anderem mit Kreditinstituten nach § 20 Z 5 GebG gebührenfrei seien. Das Finanzamt wies die Berufung mit Berufungsvorentscheidung ab.

Im Vorlageantrag wird das Berufungsbegehren dahingehend ergänzt, dass eine Gebührenkumulierung wegen Abschlusses des Kreditvertrages in einem europäischen Land nicht zulässig sei.

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

Gemäß § 33 TP 18 Abs. 1 GebG sind Hypothekarverschreibungen, wodurch zur Sicherstellung einer Verbindlichkeit eine Hypothek bestellt wird, nach dem Werte der Verbindlichkeit, für welche die Hypothek eingeräumt wird, gebührenpflichtig.

Allerdings kann die in dieser Tarifpost genannte Hypothekarverschreibung unter den Voraussetzungen der §§ 19 Abs. 2 bzw. 20 Z 5 GebG gebührenfrei beurkundet werden (VwGH 25.9.1997, 95/16/0208, Frotz-Hügel-Popp, Kommentar zum Gebührengesetz, B I 5 zu § 33 TP 18).

Im vorliegenden Fall wurde für die Sicherstellung eines im Ausland abgeschlossenen Darlehens mit der gegenständlichen Pfandbestellungsurkunde eine Hypothek bestellt. Die Hypothek wurde grundbücherlich einverleibt.

Der Berufungswerberin macht hinsichtlich dieser Hypothekarverschreibung die Gebührenbefreiung gemäß § 20 Z 5 GebG geltend. Ausschließlich besteht Streit darüber, ob das Finanzamt bei der gegenständlichen Gebührensverschreibung zu Recht von der Nichtanwendbarkeit dieser Befreiungsbestimmung ausgegangen ist.

Gemäß § 20 Z 5 GebG unterliegen nicht der Gebührenpflicht ua. Sicherungsgeschäfte zu Darlehensverträgen (§ 33 TP 8) und Kreditverträgen (§ 33 TP 19) mit Kreditinstituten, 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.

Aus dem Inhalt der Befreiungsbestimmung des § 20 Z 5 GebG lässt sich schlüssig folgern, dass nur ein an sich gebührenpflichtiges Sicherungsgeschäft, das zu einem gebührenpflichtigen Darlehensvertrag oder Kreditvertrag abgeschlossen worden ist, der Gebührenfreiheit nach § 20 Z 5 GebG zukommt (vgl. auch VwGH 5.10.1987, 87/15/0071). Den vorliegenden Berufungsfall entscheidet demzufolge, ob der im Ausland errichtete Darlehensvertrag als Urkunde anzusehen ist, welche "in einer für das Entstehen einer Gebührenpflicht maßgeblichen Weise errichtet worden ist". Nach Ansicht des Berufungswerbers widerspreche diese Gebührensverschreibung auch dem Diskriminierungsverbot, der auch den freien Dienstleistungsverkehr garantieren solle. Dabei handle es sich um unmittelbar anzuwendendes Gemeinschaftsrecht, welches innerstaatlichen Rechtsbestimmungen vorgehe.

Zweck des § 20 Z 5 GebG ist es, eine durch den Abschluss von gebührenpflichtigen Darlehens- und Kreditverträgen und ebenso gebührenpflichtigen Sicherungsgeschäften eintretende Kumulierung der Gebührenpflicht zu verhindern. Gebührenpflichtige Darlehens- bzw. Kreditgewährungen iS des § 33 TP 8 und 19 sollen nach der ratio legis folglich nicht noch zusätzlich durch Gebühren für Sicherungsgeschäfte belastet werden (VwGH 25.9.1997, 95/16/0208, Fellner, Gebühren und Verkehrsteuern, Band I, Stempel- und Rechtsgebühren, Rz 5 zu § 20 GebG). Die Gebührenpflicht des

Sicherungsgeschäftes tritt daher nur dann ein, wenn über das Hauptgeschäft (Darlehen, Kredit) keine den Voraussetzungen des § 16 Abs. 1 und 2 GebG bzw. § 33 TP 8 Abs. 3a GebG genügende Urkunde (= in einer für das Entstehen der Gebührenpflicht maßgeblichen Weise) errichtet worden ist. In Fällen also, in denen keine Gebührenpflicht des Hauptgeschäftes wegen zB Fehlen einer Urkunde über das Hauptgeschäft, bei einseitig unterfertigten, nicht ausgehändigten Urkunden über das Hauptgeschäft, bei Auslandsurkunden über das Hauptgeschäft ohne Zutreffen der Tatumsstände des § 16 Abs. 2 Z 1 und Z 2 GebG bzw. § 33 TP 8 Abs. 3a GebG, entstanden ist und damit keine Darlehens- oder Kreditgebühr iS des § 33 TP 8 und 19 GebG anfällt, liegt keine kumulative Gebührenbelastung der Kreditgewährung mit der Darlehens- bzw. Kreditgebühr und mit der Gebühr gemäß § 33 TP 18 GebG für das zur Sicherstellung der Verbindlichkeit abgeschlossene Sicherungsgeschäft vor. Fehlt es aber an einer solchen kumulativen Gebührenbelastung, die Tatbestandsvoraussetzung für die Gebührenfreiheit des Sicherungsgeschäftes gemäß § 20 Z 5 GebG ist, dann kommt diese Befreiungsbestimmung nicht zum Tragen und das abgeschlossene Sicherungsgeschäft unterliegt der Gebühr gemäß § 33 TP 18 GebG. Wenn daher - wie im Streitfall unbestritten gegeben - mangels gebührenpflichtigen Darlehens- oder Kreditvertrages letztlich keine Gebührenschuld iS des § 33 TP 8 bzw. 19 GebG für den Darlehensvertrag als solchen entstanden und damit für den Darlehensvertrag selbst keine diesbezügliche Gebühr zu entrichten war, dann genießt die nach § 33 TP 18 GebG gebührenpflichtige Hypothekarverschreibung nicht die Gebührenfreiheit des § 20 Z 5 GebG.

Dem Argument, die Gebührenvorschreibung widerspreche dem Diskriminierungsverbot des Art. 90 EG, der den freien Dienstleistungsverkehr garantieren solle, ist Folgendes entgegenzuhalten. Nach Ansicht des Berufungswerbers liegt die Diskriminierung darin begründet, "dass ein an sich gebührenfreies Sicherungsgeschäft nur deswegen einer Abgabepflicht unterworfen wird, und damit indirekt auch Darlehensverträge, welche im EU- Ausland abgeschlossen werden, in einer den freien Dienstleistungsverkehr behindernden Weise besteuert werden".

Diese Argumentation übersieht letztlich, dass die gegenständliche Vergebühung des Sicherungsgeschäftes gemäß § 33 TP 18 GebG allein deshalb erfolgte, weil im vorliegenden Fall kein gebührenpflichtiger Darlehens- bzw. Kreditvertrag als solcher vorlag, weshalb die sachliche Voraussetzung und die Rechtfertigung dafür fehlte, dass das an sich gebührenpflichtige Sicherungsgeschäft zwecks Vermeidung einer kumulativen Vergebühung (Gebühr für das Kreditgeschäft und für das Sicherungsgeschäft) der Gebührenfreiheit nach § 20 Z 5 GebG teilhaftig wird. Die Nichtanwendbarkeit dieser Befreiungsbestimmung und damit die Gebührenpflicht für das Sicherungsgeschäft trifft aber in gleicher Weise auf einen im Inland errichteten Darlehens- oder Kreditvertrag zu, der in einer (in der Praxis immer wieder vorkommenden) Art und Weise (zB kein schriftlicher Vertrag, mündlicher Vertrag mit Videoaufzeichnung oder eine andere technische Art) abgeschlossen worden ist, die keine Gebührenschuld entstehen lässt. Entscheidend für die

Nichtzuerkennung der Befreiungsbestimmung des § 20 Z 5 GebG war daher im Ergebnis der Umstand, dass für den Darlehensvertrag als solchen keine Gebührenschuld entstanden und keine Gebühr zu entrichten war und deshalb mangels Anwendbarkeit der Befreiungsbestimmung das Sicherungsgeschäft gebührenpflichtig blieb. Damit ist der im Ausland errichtete (nicht gebührenpflichtige) Darlehensvertrag völlig gleichgestellt dem im Inland in einer nicht gebührenpflichtigen Art errichteten Kreditvertrag, in beiden Fällen kommt der zur Sicherstellung der Verbindlichkeit abgeschlossenen Hypothekarverschreibung nicht die Gebührenbefreiung nach § 20 Z 5 GebG zu. Entgegen der Ansicht des Berufungswerbers liegt daher in der gegenständlichen Vergebührung des Sicherungsgeschäftes keine Diskriminierung eines im Ausland errichteten Kreditvertrages vor, führt diese doch lediglich eine Gleichbehandlung mit jenen (inländischen) Fällen herbei, in denen ebenfalls keine Gebührenschuld für den Darlehens- oder Kreditvertrag selbst entstanden ist. Diese Befreiungsbestimmung sieht somit für Auslandsdarlehen keine unterschiedliche Regelung vor, weshalb deren Regelungsinhalt auch aus Sicht des Diskriminierungsverbotes sachlich gerechtfertigt ist. Die Gebührenvorschreibung steht daher nicht in Widerspruch mit den vom Berufungswerber angesprochenen Bestimmungen des Gemeinschaftsrechtes. Die Festsetzung der Gebühr wie im angefochtenen Bescheid erfolgte somit zu Recht.

Linz, am 4. Mai 2011