

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin R in der Beschwerdesache der X, gegen den Bescheid des Finanzamtes A vom 18. Juni 2010, betreffend 1) Rechtsgebühr gemäß § 33 TP 7 GebG und 2) Gebührenerhöhung gemäß § 9 Abs. 2 GebG 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

### 1. Sachverhalt

Von 22. Oktober 2009 bis xxx (mit Unterbrechungen) wurde bei der X. eine Prüfung gem. §147 BAO hinsichtlich der Einhaltung der Stempel- und Rechtsgebührenvorschriften des Gebührengesetzes 1957 im Prüfungszeitraum 1.1.2004 – 30.6.2009 durchgeführt.

Im Zuge dessen wurden Gebührengebrechen festgestellt welche in der Folge zur Erlassung des angefochtenen Bescheides vom 18. Juni 2010 über die Gebühr gemäß § 33 TP 7 Abs. 1 GebG 1957 von 1 % der jeweiligen Bemessungsgrundlage (siehe TZ. 1.3. der Niederschrift über die Schlussbesprechung vom xxx ) in Höhe von 7.438,78 Euro führten; darüber hinaus wurde eine Gebührenerhöhung gemäß § 9 Abs. 2 Geb 1957 mit 10% der verkürzten (gesetzmäßigen) Gebühr in Höhe von 743,88 Euro, insgesamt sohin 8.182,66 Euro festgesetzt.

TZ.1.3. der Niederschrift lautet:

#### **" TZ.1.3.: Sicherungsgeschäft ohne beurkundeten Hauptgeschäft:**

*Die Befreiung der Sicherungs- und Erfüllungsgeschäfte gem. § 20 Z 5 GebG sind nur möglich, wenn spätestens gleichzeitig mit der Beurkundung des Nebengeschäftes eine Urkunde in einer für das Entstehen der Gebührenschuld maßgeblichen Weise errichtet worden ist. In einem Fall wurden 3 Bürgschaften zu einem nicht beurkundeten Hauptgeschäft (privative Schuldübernahme) abgeschlossen. Im gegenständlichen Fall übernimmt mit 17.10. 2007 Z die aushaltende Schuld aus dem Kreditvertrag gem. § 1405*

ABGB der Firma B. Für dieses Schuldverhältnis, das keiner Gebühr gem. § 33 TP 8 oder TP 19 GebG unterliegt, bürgen Herr C, Herr D und E. Diese Bürgschaften unterliegen der Gebühr gem. § 33 TP 7 Abs. 1 GebG.

In einem weiteren Fall wurde jeweils eine Bürgschaft zu zwei privativen Schuldübernahmen beurkundet. Frau F übernimmt am 2.10.2006 die aushaltende Schuld aus den Kreditverträgen vom xx bzw. cc der Fa. G. Für diese nicht gebührenpflichtigen Schuldverhältnisse bürgt Herr H. Diese Bürgschaften unterliegen ebenfalls der Gebühr gem. § 33 TP 7 Abs. 1 GebG."

Gegen vorzitierten Bescheid wurde fristgerecht Berufung (nun mehr Beschwerde) eingebracht. Die Berufungswerberin, jetzt Beschwerdeführerin (Bf), führt aus:

"...Es liegen folgende Sachverhalte vor:

In beiden gegenständlichen und beanstandeten Fällen wurden jeweils der B. bzw. der G. (in der Folge Altkreditnehmer genannt) Abstattungskredite eingeräumt, für welche Bürgschaften gem. § 1357 ABGB vereinbart wurden.

Die ursprünglich an die Altkreditnehmer eingeräumten Kredite wurden jeweils ordnungsgemäß im Sinne des § 33 TP 19 GebG vergebührt, die vereinbarten Bürgschaften bildeten gebührenfreie Sicherungsgeschäfte im Sinne des § 20 Ziff. 5 GebG.

In weiterer Folge wurden diese Abstattungskredite im Wege einer Schuldübernahme gem. § 1405 ABGB durch die Z bzw. Frau F (beide in der Folge Neuschuldner) übernommen und die Altkreditnehmer aus der Haftung entlassen.

Die bisherigen zu diesem Kreditverhältnis haftenden Bürgen haben dieser Schuldübernahme aufgrund der Vorschrift des § 1407 Abs. 2 ABGB ihre Zustimmung in der Form erteilt, als sie den die Schuldübernahme dokumentierenden Vertrag mit dem Zusatz „als Bürge“ mitunterfertigt haben.

Rechtlich ist auszuführen:

Die aus den mit den Altkreditnehmern resultierenden Verbindlichkeiten (aus den bereits im Sinne des Gebührengesetzes vergebührten Abstattungskrediten) wurden gem. § 1405 durch Neuschuldner übernommen (sogenannte befreiende oder private Schuldübernahme).

Die jeweilige Kreditschuld wird dabei übernommen, wie sie ist, es wird keine neue, vom bisherigen Schuldgrund losgelöste Verpflichtung eingegangen: Rechtsgrund, Ort, Zeit und Art der Leistung bleiben unverändert bestehen, die einzige Veränderung bezieht sich nur auf die Person des Schuldners. Es kommt daher nicht zu einem Neuerungsvertrag (Novation, § 1410 ABGB).

Aufgrund der ausdrücklichen Vorschrift des § 1407 Abs. 2 ABGB werden Nebenrechte der Forderung durch den Schuldnerwechsel nicht berührt, Bürgen haften jedoch nur dann fort, wenn diese dem Schuldnerwechsel zugestimmt haben.

*Gebührenrechtlich ist unbestritten, dass die (gänzliche oder teilweise) privative Schuldübernahme gem. § 1405 ABGB nicht unter § 33 TP 7 GebG fällt (VwGH vom 25.9.1997, 95/16/0208, ÖStZB 1998, 663), dieser Vorgang ist gebührenfrei. Mangels Vorliegen eines Neuerungsvertrages (Novation) kommt § 24 GebG nicht zur Anwendung.*

*Die Zustimmung der bereits zu diesem Kredit haftenden Bürgen zu einer Schuldübernahme gem. § 1407 Abs. 2 ABGB ist jedoch kein neuer Bürgschaftsvertrag; es wird (nur) seitens des bereits für diese Kreditschuld bestehenden Bürgen der Schuldübernahme zugestimmt, wie der Bürge auch bei anderen Änderungen des Kreditverhältnisses zustimmungspflichtig ist (zB. Entlassung einer für diesen Kredit bestellten Sachsicherheit, § 1360 ABGB):*

*Diese Zustimmungserklärung des Bürgen ist daher gebührenfrei, weil kein neues Rechtsgeschäft abgeschlossen wird, sondern das alte vereinbarungsgemäß fortgeführt wird (siehe Arnold/Kommentar zum Gebührengesetz, Randziffer 8 zu § 33 TP 7 GebG)..."*

Mit Berufungsvorentscheidung vom 15. Mai 2012 wies das Finanzamt die Berufung (nun mehr Beschwerde) als unbegründet ab:

*"Mit dem Rechtsgeschäft der Bürgschaftserklärung verpflichtet sich der Bürge dem Gläubiger gegenüber zur Bezahlung einer fremden Schuld für den Fall der Nichterfüllung durch den Schuldner. Durch die Unterfertigung des Vertrages betreffend die Schuldübernahme mit dem Zusatz als Bürge wurde ein neues Rechtsgeschäft (Bürgschaftserklärung) eingegangen. In der Berufung wird auch ausgeführt, dass Bürgen nur dann weiter haften, wenn diese dem Schuldnerwechsel zugestimmt haben — mit der Unterschrift als Bürge hat der Bürge jedoch eine neue Bürgschaftserklärung abgegeben. Wie in der Niederschrift v. yyy bereits ausgeführt wurde, ist die Gebührenbefreiung für Sicherungs- und Erfüllungsgeschäfte gem. § 20 Z 5 GebG nur dann möglich, wenn spätestens gleichzeitig mit der Beurkundung des Nebengeschäftes eine Urkunde in einer für das Entstehen der Gebührenschuld maßgeblichen Weise errichtet worden ist. Im vorliegenden Fall wurden Bürgschaften zu einer privativen Schuldübernahme, die keiner Gebühr gem. § 33 TP 8 oder 19 GebG unterliegt, abgeschlossen. Diese Bürgschaften unterliegen daher der Gebühr gem. § 33 TP 7 GebG."*

Im dagegen eingebrachten Vorlageantrag bringt die Bf keine neuen Argumente vor. Zusammenfassend wird jedoch festgestellt, dass der Bürge durch seine Zustimmung zum Schuldnerwechsel eben gerade keine neue Bürgschaftserklärung abgegeben habe - wie dies in der Berufungsvorentscheidung vom 15.5.2012 unrichtig begründet bzw. festgestellt werde - sondern (nur) seine Zustimmung zum Fortbestehen des bisher vorliegenden Bürgschaftsverhältnisses zu gleichbleibenden Bedingungen.

## **2. Verfahren vor dem Bundesfinanzgericht**

### **2.1 Übergang der Zuständigkeit vom UFS auf das BFG**

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

## 2.2 Erwägungen

Wie die Bf in ihrer Beschwerde ausführt, wurden ursprünglich Abstattungskredite eingeräumt, für welche Bürgschaften gem. § 1357 ABGB vereinbart wurden. Die an die Altkreditnehmer eingeräumten Kredite unterlagen der Gebührenpflicht gemäß § 33 TP 19 GebG, die vereinbarten Bürgschaften bildeten gebührenfreie Sicherungsgeschäfte im Sinne des § 20 Z 5 GebG.

In weiterer Folge wurden diese Abstattungskredite im Wege einer privativen Schuldübernahme gem. § 1405 ABGB von den Neuschuldner übernommen und die Altkreditnehmer aus der Haftung entlassen.

Streit besteht nun darüber, ob die bisherigen, zu diesem Kreditverhältnis haftenden Bürgen, dieser Schuldübernahme im Sinne des § 1407 Abs. 2 ABGB ihre Zustimmung erteilt haben, oder ob sie eine neue Bürgschaft eingegangen sind.

Gemäß § 33 TP 19 GebG 1957 (GebG) idF vor dem BGBI. I Nr. 111/2010 unterlagen Kreditverträge, mit welchen den Kreditnehmern die Verfügung über einen bestimmten Geldbetrag eingeräumt wurde, der Gebühr.

Gemäß § 33 TP 7 Abs. 1 GebG unterliegen Bürgschaftserklärungen (§ 1347 ABGB) nach dem Werte der verbürgten Verbindlichkeit einer Gebühr von 1 vH. ; der Bürgschaftserklärung steht die Erklärung gleich, durch die jemand einer Verbindlichkeit als Mitschuldner beitritt.

Gemäß § 20 Abs. 5 GebG unterliegen Sicherungs- und Erfüllungsgeschäfte – ausgenommen Wechsel – zu Darlehens- und Kreditverträgen nicht der Gebühr. Insofern waren die vereinbarten Bürgschaften ursprünglich als Sicherungsgeschäfte zu den Kreditverträgen zu beurteilen.

Zweck des § 20 Z 5 GebG ist es, eine durch Abschluss von gebührenpflichtigen Darlehens- und Kreditverträgen und ebenso gebührenpflichtigen Sicherungsgeschäften eintretende Kumulierung der Gebührenpflicht zu verhindern. (VwGH 25.09.1997, 95/16/0208)

Wer einem Schuldner erklärt, seine Schuld zu übernehmen (Schuldübernahme) tritt als Schuldner an dessen Stelle, wenn der Gläubiger einwilligt. Bis diese Einwilligung erfolgt oder falls sie verweigert wird, haftet er wie bei Erfüllungsübernahme (§ 1404). Die Einwilligung des Gläubigers kann entweder dem Schuldner oder dem Übernehmer erklärt werden (§ 1405 ABGB). Durch diese privative Schuldübernahme iSd § 1405 ABGB trat der Neuschuldner mit schuldbefreiender Wirkung an die Stelle des Altschuldners.

Eine privative Schuldübernahme iSd § 1405 ABGB unterliegt keiner Gebühr (VwGH 05.10.1987, 87/15/0071,0072).

§ 1407 ABGB lautet:

*"(1) Die Verbindlichkeiten des Übernehmers sind mit den Verbindlichkeiten des bisherigen Schuldners in Rücksicht auf die übernommene Schuld ebendieselben. Der Übernehmer kann dem Gläubiger die aus dem Rechtsverhältnis zwischen diesem und dem bisherigen Schuldner entspringenden Einwendungen entgegensetzen.*

*(2) Die Nebenrechte der Forderung werden durch den Schuldnerwechsel nicht berührt. Bürgen und von dritten Personen bestellte Pfänder haften jedoch nur dann fort, wenn der Bürge oder Verpfänder dem Schuldnerwechsel zugestimmt hat."*

Dieses "Einverständnis gemäß § 1407 Abs. 2 ABGB" ist gebührenrechtlich unbeachtlich. Ein neuerlicher Abschluß eines Sicherungsgeschäftes ist jedoch gesondert gebührenrechtlich zu beurteilen.

In vorliegenden Fällen haben der "neue Schuldner und Sicherheitsgeber", der "alte Schuldner" und die Bürgen jeweils "als Bürge" bzw. "als Wechselbürge/Bürge und Zahler" mit beigesetztem Datum unterschrieben. Erst danach kommt der Passus der Bf, "Wir erklären uns mit der angebotenen Schuldübernahme einverstanden", Datum, Unterschrift.

Nach dem Erscheinungsbild der Urkunden sowie der Fertigung "als Bürge" im Zuge des Schuldnerwechsels haben die Bürgen neuerlich eine Haftung- bzw. Mitschuldnerrschaft begründet; sie haften nun für die Schuld eines anderen, des "neuen Schuldners", womit wiederum Gebührenpflicht besteht, sofern keine Befreiung Platz greift.

Anders sähe die Rechtslage aus, hätten die Bürgen namentlich aber ohne den Zusatz "als Bürge" unterfertigt bzw. wäre der Zusatz als Zustimmung im Sinne des § 1407 Abs. 2 ABGB formuliert worden.

Gemäß § 17 Abs. 1 GebG ist für die Festsetzung der Gebühren der Inhalt der über das Rechtsgeschäft errichteten Schrift (Urkunde) maßgebend, das heißt, dass das Rechtsgeschäft so, wie es beurkundet ist, der Gebühr unterliegt.

Gemäß § 17 Abs. 2 GebG 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, bis zum Gegenbeweise der Tatbestand vermutet, der die Gebührenschuld begründet oder die höhere Gebühr zur Folge hat.

Abs. 2 des § 17 GebG sieht damit als Milderung des im Abs. 1 verankerten Urkundenprinzips eine widerlegbare gesetzliche Vermutung derart vor, dass die Beweislast den Abgabepflichtigen trifft. Voraussetzung für die Anwendung des § 17 Abs. 2 GebG ist, dass der Urkundeninhalt nicht deutlich ist. Die Rechtsvermutung des § 17 Abs. 2 GebG kommt also nur bei unklaren Textierungen des Urkundeninhaltes beziehungsweise dessen Undeutlichkeit oder Mehrdeutigkeit in Betracht (vgl. ua. VwGH 25.3.1985, 84/15/0077 und VwGH 16.3.1987, 85/15/0155).

In gegenständlichem Fall bleibt für die Anwendung des § 17 Abs. 2 GebG grundsätzlich kein Raum, da die Textierung des vorliegenden Vertrages eindeutig ist.

Wenn auch eine Vereinbarung iSd § 1405 ABGB nicht der Rechtsgebühr unterliegt, so wurden mit den dazu abgegebenen Bürgschaftserklärungen gesondert zu beurteilende

Sicherungsgeschäfte abgeschlossen. Diesen kann jedoch die Gebührenbefreiung iSd § 20 Z 5 GebG nicht zuerkannt werden, da das jeweils zugrunde liegende Hauptgeschäft nicht der Gebühr unterliegt, und somit die für die Gebührenbefreiung in § 20 Z 5 GebG genannten Voraussetzungen nicht vorliegen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat hiezu im Erkenntnis vom 25. 09. 1997, 95/16/0208, Rs2, ausgeführt:

*"Die bloße Schuldübernahme kann gebührenrechtlich nicht als Kreditvertrag angesehen werden, weshalb auch ein Sicherungsgeschäft zu einer derartigen bloßen Schuldübernahme, für die selbst keine Gebühr zu entrichten ist, nicht die Gebührenfreiheit des § 20 Z 5 GebG genießt (Hinweis E 5.10.1987, 87/15/0071, 0072). Liegt somit ein Sicherungsgeschäft zu einer Schuldübernahme vor, kommt die Befreiungsbestimmung nicht zum Tragen; Zweck des § 20 Z 5 GebG ist es lediglich, eine durch den Abschluß von Darlehensverträgen und Kreditverträgen und ebenso gebührenpflichtigen Sicherungsgeschäften eintretende KUMULIERUNG der Gebührenpflicht zu verhindern (Hinweis Fellner, Gebühren und Verkehrsteuern, 2. Teil, Ergänzung R, 4 R zu § 20 GebG). Ein Wechsel der Person des Schuldners (vgl § 1405 ABGB) kann neue Sicherheiten erforderlich machen; für diese neuen Sicherheitsabreden wie zB in Form einer Hypothekarschuldverschreibung greift der Befreiungstatbestand nicht, weil damit jedenfalls nicht nur das ursprüngliche Darlehen, sondern das mit der Person des neuen Schuldners verbundene Risiko abgesichert werden kann."*

Gleiches muss für vorliegende Bürgschaften gelten. Somit erfolgte die Festsetzung der Rechtsgebühr nach Maßgabe des § 33 TP 7 GebG zu Recht.

Die Festsetzung der Gebührenerhöhung nach § 9 Abs. 2 GebG wurde nicht dezidiert angefochten, jedoch schließt die Beschwerde betragsmäßig die Gebührenerhöhung mit ein.

§ 9 GebG lautet:

"(1) Wird eine feste Gebühr, die nicht vorschriftsmäßig entrichtet wurde, mit Bescheid festgesetzt, so ist eine Gebührenerhöhung im Ausmaß von 50 vH der verkürzten Gebühr zu erheben.

(2) Das Finanzamt kann zur Sicherung der Einhaltung der Gebührenvorschriften bei nicht ordnungsgemäßer Entrichtung oder nicht ordnungsgemäßer Gebührenanzeige bei den im Abs. 1 genannten Gebühren zusätzlich eine Erhöhung bis zu 50 vH, bei den anderen Gebühren, mit Ausnahme der Wettgebühren nach § 33 TP 17 Abs. 1 Z 1, eine Erhöhung bis zum Ausmaß der verkürzten (gesetzmäßigen) Gebühr erheben. Bei Festsetzung dieser Gebührenerhöhung ist insbesondere zu berücksichtigen, inwieweit dem Gebührenschuldner bei Beachtung dieses Bundesgesetzes das Erkennen der Gebührenpflicht einer Schrift oder eines Rechtsgeschäftes zugemutet werden konnte, ob eine Gebührenanzeige geringfügig oder beträchtlich verspätet erstattet wurde sowie, ob eine Verletzung der Gebührenbestimmungen erstmalig oder wiederholt erfolgt ist."

Das Finanzamt hat in Ausübung des Ermessens gemäß Abs. 2 eine Gebührenerhöhung im Ausmaß von 10% der verkürzten Gebühr festgesetzt und hiebei auf die Niederschrift über die Schlussbesprechung verwiesen:

*"TZ. 4.1.: Begründung für die Gebührenerhöhung gem. §9 Abs.2 GebG:*

*Eine Voraussetzung für die (seinerzeitige) Bewilligung zur Selbstberechnung der Gebühren für Kredit- und Darlehensverträge sowie der Wechsel im Sinne des §3 Abs.4 GebG war die Gewähr für die ordnungsgemäße Einhaltung der Gebührenvorschriften. Das Finanzamt muss daher insbesondere bei Inhabern solcher Bewilligungen annehmen, dass den Gebührenschuldnern die Einhaltung der Bestimmung über die ordnungsgemäße Vergebührung zugemutet werden kann.*

*In Ausübung des Ermessens - unter Berücksichtigung der Ermessenskriterien - und unter Hinweis auf das Erkenntnis des VwGH vom 24. Juni 1991, Zl. 90/15/0057, wird eine Gebührenerhöhung im Ausmaß von 10% der verkürzten Gebühr festgesetzt."*

Im Sinne dieser Begründung bleibt die Erhöhung unverändert bestehen.

Der Beschwerde war daher der Erfolg zu versagen.

### **3. Zulässigkeit der Revision**

Gegen diese Entscheidung ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG eine Revision nicht zulässig, da die getroffene Entscheidung nicht von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht. Die getroffene Entscheidung entspricht der Judikatur des VwGH (vgl. zB VwGH 25. 09. 1997, 95/16/0208; VwGH 25.3.1985, 84/15/0077; VwGH 16.3.1987, 85/15/0155).

Wien, am 9. Februar 2015