

# **Gebührenrechtliche Fragen bei Bankgeschäften**

**vor dem Hintergrund der jüngsten Rsp der Höchstgerichte sowie der UFS**

**Univ. Doz. Dr. Friedrich Fraberger, LL.M., StB (KPMG)**

# Leitfaden durch den Vortrag

- ***Grundsätzliche Fragen zur „Urkunde“ nach § 15 GebG***
  - Nicht ausgedruckte E-Mails/Fax als Urkunde
  - Erweiterung des Tatbestandes „rechtsbezeugende Urkunde“ (insbesondere rechtsbezeugende Urkunde durch Schuldnerverständigung bei Zessionen)
  - Legalzessionen, Vertragsübergang bei Gesamtrechtsnachfolge, Neubegründungstheorie bei Vertragsübernahme im Wege der Einzelrechtsnachfolge
  - Auslandsurkunden und Inlandsverbringung durch Fax/unbeglaubigte Kopie usw.
- ***In den GebRI bestätigte Gebührenvermeidungsstrategien***
  - Einsatz zivilrechtlicher Instrumente, die nicht geb-pflichtig, aber wirtschaftlich gleichwertig
  - Mündlicher Abschluss, Videoaufzeichnung
  - Schriftliches Angebot und konkludente Annahme
  - Anwaltskorrespondenz
- ***Ausführungen zu bankrelevanten Normen des GebG***
  - TP 7: Bürgschaft, Garantie, hybride Garantie, Patronatserklärungen
  - TP 8/19: Cash Pooling, Kreditvertrag durch langfristige Stundung, Erleichterung bei Gesellschafterdarlehen, Factoring
  - § 19 Abs 2/§ 20 Z 5: Befreiung für Sicherungsgeschäfte

# Voraussetzungen für das Entstehen der Gebühr

- Rechtsgeschäft muss im Katalog des § 33 GebG angeführt sein (sog. „Enumerationsprinzip“)
- Rechtsgeschäft muss zivilrechtlich gültig zustande gekommen sein
  - Ausnahme: Erhaltensfiktion (§ 33 TP 8 Abs 3 GebG) – Escape: Rz 794 GebRI
- Im Inland errichtete schriftliche Urkunde
  - *Ausnahme 1*: Gesellschafterdarlehen/-kredit (§ 33 TP 8 Abs 4 GebG)
  - *Ausnahme 2*: reine Inländerbeteiligung bei Auslandsurkunde iVm inl. Vertragssache oder inl. Erfüllungsort (§ 16 Abs 2 GebG)
  - *Ausnahme 3*: gemischte In-/Ausländerbeteiligung bei Darlehen und Krediten (§ 33 TP 8 Abs 3a iVm TP 19 Abs 2a GebG)
- Urkunde muss unterzeichnet/unterschrieben sein

# E-Mail als Urkunde im Sinne des GebG

- Nach Rz 507 GebRl können auch elektronisch (via E-Mail) abgeschlossene Rechtsgeschäfte Gebühren auslösen,
  - Unabhängig davon, ob eine sichere elektronische Signatur verwendet wird oder nicht,
  - Bloßer, eingetippter Namenszug unter dem Text kann bereits Unterschrift im Sinne des § 18 Abs 1 GebG sein
  - Ausdruck des Mails nicht mehr erforderlich (= eklatante Abweichung vom Urkundenprinzip)
- E-Mail-Urkunde im o.a. Sinne für denkmöglich gehalten von UFS Linz 11.6.2007, RV/0199-L/07
- Escape:
  - Bei Rechtsgeschäftsabschluss über E-Mail keine Unterfertigung durch Namenszug + Löschung des E-Mail-Footers
  - „Outlook“-Kopfzeile gilt als Überschrift im Sinne des § 18 Abs 1 GebG und ist damit gebührenneutral
  - Bei Unterfertigung mit Namen nur durch nicht nach außen vertretungsberechtigte Person (VwGH 18.6.1979, 2755/77) – vgl. aber VwGH 24.3.1994, 92/16/0091, sowie UFS Klagenfurt 30.12.2008, RV/0224-K/07: uU kann aus dem Sachverhalt auf Spezialbevollmächtigung des (nicht vertretungsberechtigten) Unterzeichners geschlossen werden

# Fax als Urkunde im Sinne des GebG

- Fax ist als „Fernkopie“ im gebührenrechtlichen Sinne grundsätzlich eine „unbeglaubigte Kopie“ (Rz 428 GebRl)
- Fax einer Auslandsurkunde ins Inland löst keine Nachgebührung der Auslandsurkunde aus (Rz 473 GebRl)
- Reproduktion einer Unterschrift durch Fax gilt nach Rz 506 GebRl hingegen als Unterschrift im Sinne des § 18 Abs 1 GebG – Widerspruch zu Rz 473 GebRl?
- Fragen:
  - Unter welchen Umständen kann Fax Gebühr auslösen?
  - VwGH 24.3.1994, 92/16/0091, sowie UFS Wien 27.1.2009, RV/0251-W/04: „Wissen und Willen“ bzw. Einverständnis vs. „fliegende Kopie“ → die zielgerichtete Übermittlung an eine bestimmte Faxnummer führt eher zur Gebührenpflicht
  - Rz 473 GebRl als „quasi lex specialis“ für Auslandsachverhalte (Höchstgerichte/UFS?)

# Rechtsbezeugende Urkunden (I)

- Lösen genauso wie die transaktionsbegleitende, „rechtserzeugende“ Urkunde Rechtsgeschäftsgebühren aus
- Folgen zeitlich einer rechtserzeugenden Urkunde nach
- Alle zivilrechtlichen „essentialia negotii“ des jeweiligen Rechtsgeschäftstypus sind der rechtsbezeugenden Urkunde entnehmbar
- Rechtsbezeugende Urkunde muss
  - Von einer zur Leistung verpflichteten Partei unterfertigt sein und
  - Einer Person ausgehändigt werden, die Anspruch auf diese Leistung hat (zB Darlehensnehmer unterfertigt und händigt an Darlehensgeber aus)
- Widerspruch von Rsp (wie oben, zB VwGH 9.12.1959, 1458/59, VwSlg 2.132 (F): auch „*conditio-sine-qua-non*“-Punkte) und Rz 431 GebRl (strenger, Parteien und Art des Rechtsgeschäfts sollen für eine rechtsbezeugende Urkunde ausreichen)

# Rechtsbezeugende Urkunden (II)

- Nicht jede noch so lose schriftliche Bezugnahme auf ein gebührenpflichtiges Rechtsgeschäft stellt sofort eine „rechtsbezeugende Urkunde“ dar.
- Die Bezugnahme muss qualifiziert sein, alle wichtigen Vertragsdetails des vorangegangenen Rechtsgeschäfts enthalten, von zumindest einer Vertragspartei des früheren Rechtsgeschäfts unterfertigt sein und letztlich geeignet sein, die Ansprüche desjenigen unter Beweis zu stellen, an den sie ausgehändigt wird.
- Diskussionspotentiale:
  - Bankbriefe an den Abschlussprüfer des Schuldners (BMF 2.4.2007, ebenso nunmehr Fachbereich „Gebühren und Verkehrsteuern“)
  - Buchvermerk bei Sicherungszessionen (entschärft durch Rz 1027 GebRl)
  - E-Mail-Verkehr zwischen den Vertragsparteien
  - Zu detaillierte Bezugnahme auf Darlehens-/Kreditgeschäfte in absichernden Rechtsgeschäften
  - Rechtsbezeugende Inlandsurkunde nach nicht geb-pflichtiger Auslandsurkunde

# VfGH zur Mehrfachvergebührung bei mehrfacher Beurkundung

- VfGH 26.2.2009, G 158/08, hat diverse Grundsätze zur Vermeidung einer Mehrfachvergebührung bei Gleichschriften, rechtsbezeugenden Urkunden etc. ausgesprochen:
  - Grundsatz der Einfachvergebührung
  - Primat des zivilrechtlichen Rechtsgeschäftes
  - Beurkundung ist nur eine aufschiebende Bedingung für die Gebührenpflicht
  - Maßgeblichkeit der Verwirklichung des „historischen Rechtsgeschäfts“ für das Entstehen der Gebührenschuld
- Auswirkungen auf nochmalige Beurkundung von:
  - Gebührenbaren und gebührenbefreiten Rechtsgeschäften
  - Nicht angezeigten Rechtsgeschäften, bei denen die Gebührenschuld bereits verjährt ist
  - (nicht gebührenbaren) harten und weichen Auslandsurkunden im Inland
  - Rechtsgeschäften, bei denen die Erstellung einer Urkunde vermieden wurde (zB schriftliches Angebot, Anwaltskorrespondenz, mündlicher Abschluss etc.)

# Schuldnerverständigung rechtsbezeugend?

- Die rechtsgeschäftliche Abtretung einer Forderung des Zedenten gegenüber einer dritten Person an den Zessionar führt dazu, dass der Schuldner erst nach Verständigung (Drittschuldnerverständigung) mit schuldbefreiender Wirkung an den Zessionar leisten kann.
- Das Verständigungsschreiben des Zessionars an den Schuldner löst als rechtsbezeugende Urkunde Gebührempflicht über die Zession aus, wenn es die wesentlichen Merkmale des Zessionsvertrages enthält (Rz 1016 GebRl)
  - *Rechtsgrund der Abtretung (Zession)*
  - *Name des Zessionars*
- **Beachte:**
  - Werden in der Drittschuldnerverständigung der Rechtsgrund des Grundgeschäftes, aus dem die Forderung stammt, und die Namen der Vertragspartner des Grundgeschäftes beurkundet, liegt eine rechtsbezeugende Urkunde über das Grundgeschäft vor.
  - Gefahr der „doppelten Rechtsbezeugung“: (1) historisches Grundgeschäft, (2) Zession als solche → „schlanke Formulierung“ der Verständigung!

# Geb-Pflicht bei Übergang von Rechtsverhältnissen

- Verschiedene zivilrechtliche Arten des Übergangs von Rechtsverhältnissen denkbar:
  - *Gesamtrechtsnachfolge* (Rz 552ff GebRl iVm Rz 1890 UmgrStR)
  - *Vertragsübernahme im Wege der Einzelrechtsnachfolge* (Rz 554ff GebRl)
  - *Legalzession/notwendige Zession* (Rz 1019 GebRl)
- Unterschiedliche gebührenrechtliche Folgen sowie Möglichkeit rechtsbezeugender Urkunden denkbar (Rz 1892 UmgrStR)

# Vertragsübernahme (Rz 554ff GebRI)

- Vertragsübernahme ist ein rechtsgeschäftlicher Vorgang, im Zuge dessen
  - unter Zustimmung aller Beteiligten
  - eine gesamte Vertragsstellung mit allen Rechten und Pflichten
  - von einem Vertragspartner auf einen neuen Partner übertragen wird,
  - mit dem das Schuldverhältnis in seiner Gesamtheit fortgesetzt wird,
  - ohne dass sich an der Identität des Vertrages etwas ändert.
- Die Vertragsübernahme stellt ein neues Rechtsgeschäft mit dem neuen Vertragspartner dar und unterliegt nach jener Tarifpost der Gebühr, unter der dieses Rechtsgeschäft fällt („Neubegründungstheorie“)
  - VwGH 27.1.1983, 81/15/0120, iVm UFS Wien 26.2.2008, RV/1516-W/04, gehen davon aus, dass bei Darlehen und Einmalkrediten eine Neubegründung nicht in Frage kommt und daher maximal TP 21 in Frage kommt
- Fragen:
  - Kann eine beurkundete Vertragsübernahme Gebühr nach TP 21 auslösen?
  - Folgen, wenn das übernommene Rechtsgeschäft nicht unter § 33 GebG subsumiert werden kann („Enumerationsprinzip“)?

# Legalzession/notwendige Zession (Rz 1019 GebRI)

- Zivilrechtliche Grundlagen dafür zB
  - § 1358 ABGB (Bürge zahlt, Forderung gegenüber Hauptschuldner geht vom Gläubiger auf den Bürgen über)
  - § 1422 ABGB (Neugläubiger bezahlt bestehende Verbindlichkeit an den Altgläubiger und gibt diesem gegenüber eine Einlösungserklärung, Forderung geht dann von Gesetzes wegen auf den Neugläubiger über)
- Der Forderungs- oder Rechtsübergang (Legalzession gemäß § 1358 ABGB oder notwendige Zession gemäß § 1422 ABGB) ist nicht die Folge eines zweiten Rechtsgeschäftes, sondern ist unmittelbar durch Gesetz angeordnet.
- Es fehlt an einem Rechtsgeschäft und löst daher auch bei Beurkundung der eingetretenen Rechtsfolge keine Gebührenpflicht aus.

# Legalzession/notwendige Zession (II)

- **Beachte:**
  - Wird trotz Vorliegens einer Legalzession oder notwendigen Zession eine Willenseinigung über den Forderungsübergang beurkundet, begründet diese Vereinbarung Gebührenpflicht (VwGH 23.1.1989, 87/15/0141).
- **Ähnlich in Rz 1892 UmgrStR:**
  - Grundsätzlich entsteht bei Umgründungen, welche mit zivilrechtlicher Gesamtrechtsnachfolge von statten gehen, keine Rechtsgeschäftsgebühr
  - Schaffung eines zusätzlichen vertraglichen Titels löst Rechtsgeschäftsgebühr aus („unnötige Beurkundung“)
  - Auf Formulierung des jeweiligen Umgründungsvertrages achten!
  - Gebührenvermeidung uU über Gleichschriftsregelung des § 25 Abs 3 GebG (so auch Rz 1892 UmgrStR) → VfGH 26.2.2009, G 158/08, könnte hier entlastend wirken!

# Rechtsübergang nach § 38 UGB

- Vorgaben des § 38 UGB:
  - Der Übergang der Rechtsverhältnisse tritt ex lege mit dem Zeitpunkt des Unternehmensüberganges ein.
  - Der Übergang des Rechtsverhältnisses ist auflösend bedingt, dass der Dritte dem Übergang nicht widerspricht.
  - Es handelt sich um einen gesetzlich angeordneten Übergang der Rechtsverhältnisse.
- Die Beurkundung der gesetzlichen Rechtsfolge begründet keine Gebührenpflicht.
- Bei Beurkundung einer Willensübereinstimmung über den Übergang der Rechtsverhältnisse tritt Gebührenpflicht entsprechend der jeweiligen Tarifpost des § 33 GebG ein.
- § 38 UGB ist keine Gesamtrechtsnachfolge. Auf Abänderungen der übergebenen Rechtsverhältnisse durch den Erwerber ist die Begünstigung des § 21 GebG für Zusätze und Nachträge nicht anwendbar, weil Parteienidentität fehlt.

# Auslandsbeurkundung bei Rechtsgeschäften (I)

- Rechtsgrundlagen in § 16 Abs 2 GebG bzw. Sonderregelungen in § 33 TP 8 Abs 3a iVm TP 19 Abs 2a GebG
- Gebührenpflicht der Auslandsurkunden von folgenden Faktoren abhängig:
  - Inländereigenschaft der Parteien
  - Sachliche Inlandsbezogenheit des Rechtsgeschäfts (entweder inländischer Vertragsgegenstand oder inländischer Erfüllungsort)
  - Unterfertigung der Urkunde durch beide Parteien im Ausland
  - Verbleib der Auslandsurkunde/der beglaubigten Abschrift im Ausland

# Auslandsbeurkundung bei Rechtsgeschäften (II)

- Verbleibt die Urkunde im Ausland, besteht Gebührenpflicht nur dann, wenn
  - Inländereigenschaft aller Parteien des Rechtsgeschäftes und
  - sachlicher Inlandsbezogenheit des Rechtsgeschäftes
  - Inländereigenschaft: Wohnsitz (gewöhnlicher Aufenthalt), Geschäftsleitung, Sitz oder Betriebsstätte im Inland
- **ACHTUNG:**
  - Betriebsstätte (§ 29 BAO) bewirkt Inländereigenschaft, auch wenn alle anderen Merkmale im Ausland
  - Dies gilt auch dann, wenn sich das gegenständliche Rechtsgeschäft nicht auf die inländische Betriebsstätte bezieht.
- **Sachliche Inlandsbezogenheit**
  - Im Inland befindliche Sache als Vertragsgegenstand (Rz 466 GebRl)
  - Inländischer Erfüllungsort für zumindest eine Hauptleistung oder wesentliche Nebenleistung (zB Zinsen bei Darlehen, nicht aber Auskunfts- und Infopflichten) – Rz 465 iVm Rz 468 GebRl

# Auslandsbeurkundung bei Rechtsgeschäften (III)

- Es genügt bei Darlehens- und Kreditverträgen,
  - wenn eine der Vertragsparteien Wohnsitz, Sitz, gew. Aufenthalt oder Betriebsstätte im Inland hat
  - und wenn bereits eine Vertragspartei zu einer Leistung im Inland berechtigt oder verpflichtet wird (§ 33 TP 8 Abs 3a und TP 19 Abs 2a)
- Problem des „Erfüllungsortes im Ausland“ – subsidiärer inländischer Erfüllungsort beim inländischen Schuldner (Rz 469f GebR1)
- Unschädlich bei Inlandseinbringung sind:
  - Unbeglaubigte Kopie, Fax der Auslandsurkunde ins Inland (Rz 473 GebR1)
  - Beglaubigte Übersetzung der Auslandsurkunde (UFS Wien 29.12.2005, RV/0075-W/04)
- Sanierungsmöglichkeit trotz „verbockter Auslandsurkunde“ (UFS Wien 5.6.2007, RV/0071-W/07)

# Gebührenvermeidung beim „harten Auslandstatbestand“

- Erstellung einer Auslandsurkunde nach folgendem Muster:
  - Urkundenerrichtung im Ausland
  - Vereinbarung eines ausländischen Erfüllungsortes für alle Haupt- und Nebenleistungspflichten
  - Alle Leistungen werden nachweislich an ausländischen Orten (Dokumentation!) oder über ausländische Bankkonten abgewickelt
  - **NEGATIVKLAUSEL:** keine schuldbefreiende Leistung im Inland möglich, damit Vermeidung subsidiärer Erfüllungsorte im Inland (GebR!) sowie Hinweis, dass durch Leistung im Inland Schuldnerverzug nicht abgewendet wird
  - Nichtverbringung der Auslandsurkunde ins Inland und kein amtlicher Gebrauch im Inland
- **ACHTUNG:** in Praxis häufig vorkommende „Stolpersteine“

# Stolpersteine bei der Auslandsbeurkundung

- Einer oder beide Vertragsteile unterfertigen im Inland
- Verbringen des Originals oder der beglaubigten Kopie ins Inland
- Erstellung von rechtsbezeugenden Inlandsurkunden nach nicht gebührenpflichtiger (rechtserzeugender) Auslandsurkunde
  - zB durch seitens des Darlehensnehmers im Inland abgegebene „Bestätigungen“
- Schlampige Vertragsformulierung hinsichtlich
  - Ausschließlichem ausländischen Erfüllungsort
  - Vergessen auf den Ausschluss der schuldbefreienden Wirkung der Leistung im Inland →  
lt. Rz 470 GebRI ist Annahme eines subsidiären Erfüllungsort beim inländischen Schuldner möglich
  - Vergessen auf Erfüllung wesentlicher Nebenpflichten im Ausland → werden diese im Inland erfüllt, Gebührenpflicht für Auslandsurkunde nach Rz 465 GebRI
- Bei Bestandsverträgen hinsichtlich inländischer Immobilien wird ein subsidiärer inländischer Erfüllungsort wahrscheinlich nicht ganz ausschließbar sein (vgl. Rz 470 GebRI)

# Gebührenvermeidung – Wahl Rechtsgeschäft

- **Wahl wirtschaftlich vergleichbarer, aber nicht gebührenpflichtiger Rechtsgeschäfte**
  - Garantie statt Bürgschaft
  - Schuldübernahme statt Schuldbeitritt
  - Legalzession einer Forderung statt vertraglichem Forderungskauf
  - Bloße Stundung statt Darlehens-/Kreditvertrag
  - Forderungseinlösung (§ 1422 ABGB) statt Darlehensgewährung
- **Einsatz bloß gebührenverschiebender, zivilrechtlicher Instrumente:**
  - Vorvertrag, Option (Rz 427 GebRl iVm UFS Wien 20.2.2006), schriftliches Angebot (nicht: Punktation, Rz 439 GebRl)
  - Bei Option: Unterschied zwischen erstmaliger Begründung (kein Durchgriff) und Vertragsverlängerung (Durchgriff wegen § 17 Abs 4 GebG)

# Gebührenvermeidung – keine Urkunde (I)

- Schriftliches Angebot und konkludente Annahme (Rz 432 GebR1)
  - Bei zweiseitig verpflichtenden RG (zB Kredit) kann Anbotsteller jede Partei sein (Rz 449 GebR1)
  - Bei einseitig verpflichtenden RG (zB Darlehen) ist Anbotsteller die zukünftig verpflichtete Partei (zB Darlehensnehmer – Rz 448 GebR1)
  - ACHTUNG: schriftliches Angebot kann rechtsbezeugende Urkunde eines vorhergehenden mündlichen Abschlusses sein (Gebühren- und Verkehrsteuerprotokoll 2004)
  - ACHTUNG: in Übernahmeprotokollen anlässlich der konkludenten Annahme (zB bei Mietverträgen) ist Bezugnahme auf das schriftliche Angebot schädlich (Geb-/VKSt-Protokoll 2004)
  - ACHTUNG: Doppelvertretung bei schriftlichem Angebot ist nicht gleichbedeutend mit sofortigem Abschluß (Geb-/VKSt-Protokoll 2008)
- Vorsicht bei Annahme eines schriftlichen Angebots via E-Mail (Rz 507 GebR1)

# Gebührenvermeidung – keine Urkunde (II)

- *Videoaufzeichnung des mündlichen Abschlusses* mit anschließender Hinterlegung beim Notar stellt keine Urkunde iSd GebG dar (Rz 429 GebR1)
- *Anwaltskorrespondenz* bewirkt wegen der gebührenrechtlichen Identitätstheorie trotz Erstellung eines Schriftstücks keine Urkundenerstellung (Rz 434 GebR1)
  - Austausch von unbeglaubigten Kopien der jeweiligen Vertreterschreiben wird als unschädlich erachtet
  - Bei Doppelvertretung durch ein und dieselbe Person nach VwGH-Rsp wegen § 18 Abs 3 GebG (Gedenkprotokoll) Problem!
- *Rein interne Aktenvermerke* sind keine Urkunden (außer Unterfertigung und Versand an den anderen Vertragspartner, Rz 511 GebR1)
- **ACHTUNG** bei Paraphierung von Term-Sheets und Letztentwürfen von Verträgen (VwGH 18.6.1979, 2755/77; UFS Klagenfurt 30.12.2008, RV/0224-K/07)

# Gebührenvermeidung – keine Urkunde (III)

- Die zivilrechtlichen Vereinbarungen zur Gebührenvermeidung brauchen die ertragsteuerlichen Grundsätze für Verträge zwischen nahen Angehörigen (Fremdüblichkeit) nicht zu erfüllen, sondern dürfen nur kein zivilrechtliches Scheingeschäft sein (UFS Graz 28.1.2009, RV/0485-G/06)
- Einkommensteuerlich ist nach VwGH 30.6.2005, 2001/15/0081, die fehlende schriftliche Beurkundung (zB bei rein mündlichem Abschluss oder bei schriftlichem Angebot und konkludenter Annahme) unschädlich, wenn
  - Der Inhalt des mündlich Vereinbarten/schriftliche Angebotenen dem Fremdverhaltensgrundsatz entspricht UND
  - die gelebte Praxis von den (nicht beurkundeten) Vereinbarungen nicht abweicht
- VwGH: die einschlägigen Gebührenvermeidungspraktiken sind amtsbekannt und werden auch unter Fremden gepflogen

# Cash Pooling (TP 8/TP 19)

- Bei Verträgen über Cash – Pooling ist der Rechtsgrund der Vereinbarung (Darlehens- oder Kreditgewährung) für die gebührenrechtliche Beurteilung entscheidend → Indizien für eine nicht gebührenpflichtige Cash - Pooling - Vereinbarung sind zB., wenn:
  - Positive und negative Kontensalden gleichermaßen ohne weitere Zustimmung des jeweiligen Pool-Teilnehmers auf das Pool-Konto der Clearing-Gesellschaft übertragen werden,
  - Die Kontosalden kurzfristig ausgeglichen werden,
  - Kein bestimmter Kreditrahmen/kein bestimmter Finanzierungsbetrag vereinbart wird,
  - In den Büchern kein Ausweis als Darlehen oder Kredit erfolgt, sondern die Verbuchung auf Pool-Verrechnungskonten stattfindet.
- Fragen der Praxis:
  - „ständiger Geber“ und „ständiger Nehmer“ im Cash-Pool
  - „kurzfristiger Ausgleich“ – wie oft pro Jahr müssen die Stände der Verrechnungskonten durch effektiven Zahlungsfluss ausgeglichen werden?

# Darlehens-/Kreditvertrag durch langfristige Stundung?

- Nach Rz 791 iVm Rz 914f GebRl ist nicht jede wirtschaftliche Kreditierung unter TP 8 oder TP 19 zu subsumieren.
  - Stundungen von Zahlungsverpflichtungen aus Kaufverträgen haben ihren Rechtsgrund nicht in einem Kreditvertrag, sondern in einem Kaufvertrag und lösen daher keine Kreditvertragsgebühr aus. Gleiches gilt für vergleichbare „Kreditierungen“ im Rahmen anderer Rechtsgeschäfte (VwGH 21.5.1981, 81/15/0005 – 81/15/0009).
  - Stellt sich aber die Einräumung der Verfügungsgewalt über einen bestimmten Geldbetrag nicht als Nebenabrede zu einem Hauptvertrag wie etwa zu einem Kaufvertrag dar, sondern ohne ursächlichen Zusammenhang mit einem anderen Rechtsgeschäft, ist also die Krediteinräumung selbst das Hauptgeschäft, dann ist die Vereinbarung als Kreditvertrag zu beurteilen (VwGH 28.6.1995, 94/16/0234).
- Vereinfachende Praktikerregelungen, ab welcher Dauer von einem „neuen Hauptgeschäft“ im Sinne der Rsp auszugehen ist?
  - 6-Monate-Regel dürfte angesichts UFS Innsbruck 10.7.2009, RV/0005-I/08, zu kurz bemessen sein (dort 10-Jahres-Zeitraum bei Tilgung unbarter Entnahme nach § 16 Abs 5 Z 2 UmgrStG)

# Gesellschafterdarlehen/-kredite (TP 8/TP 19)

- Unmittelbarer Gesellschafter gewährt Darlehen/Kredit an seine inländische Gesellschaft
  - Alle Arten von Kapital- und Personengesellschaften, ausgenommen Innengesellschaften (zB stille Gesellschaft)
  - Zwerganteil ausreichend (Rz 798 GebRI)
  - Gilt nicht für Darlehen des Stifters an Stiftung (Rz 797 GebRI)
- **ACHTUNG:** nachträgliches Zusammenfallen von Gesellschafterstellung und Darlehen löst keine Gebühr aus (Rz 806 GebRI)
- Nach UFS Linz 30.10.2003 gilt bloßes Verrechnungskonto gg. dem Gesellschafter nicht als Anwendungsfall der TP 8 Abs 4
  - Barvorlagen“ nach UFS Innsbruck 28.6.2006 schon (VfGH-Beschwerde unter B 1400/06 mit Beschluss vom 27.2.2007 abgelehnt, ebenso durch VwGH 29.1.2009, 2007/16/0134)
- Aufnahme der Verbindlichkeit in die nach HGB/UGB zu führenden Bücher ersetzt Urkunde im Sinne des GebG
- **ACHTUNG:** Gesellschaftertatbestand ist Subsidiärtatbestand zu Abs 1 (UFS Klagenfurt 10.12.2008, RV/0524-K/06)

# Vermeidung Gesellschaftertatbestand

- Darlehens- oder Kreditgewährung durch einen „indirekten Gesellschafter“ oder Schwesterngesellschaft
  - Nach UFS Linz 26.4.2005 ist up-stream-loan von Mutter an Großmutter mit anschließendem two-tier-down-stream-loan an Enkelgesellschaft kein Mißbrauch
  - Beachte allerdings UFS Wien 30.6.2005 zur „rein buchhalterischen Durchlaufstation“
- Darlehens- oder Kreditgewährung durch einen Volltreuhänder (zur Abgrenzung Voll-/Ermächtigungstreuhand: UFS Wien 29.7.2009, RV/3004-W/02)
- Verbriefung des gewährten Darlehens oder Kredites in Form eines Wertpapiers mit „public placement“ (§ 15 Abs 3 GebG) – UFS Linz 3.9.2008, RV/0174-L/06, sowie UFS Wien 11.3.2009, RV/0238-W/04
- Darlehensgewährung über typische/atypische stille Gesellschaft
- Darlehens-/Kreditgewährung durch den Gesellschafter nur an ausländische Gesellschaften
- ACHTUNG: keine Vermeidung durch
  - Alle Strategien zur Vermeidung einer Urkunde im Sinne des GebG
  - Auslandsurkunden

# Factoring (TP 19/TP 21)

- Factoringgeschäfte (Rz 919 iVm Rz 1029 iVm Rz 1139 GebRI):
  - Verschärfung gegenüber bisheriger Praxis, weil bei Bevorschussung der fälligen Forderung durch den Factor nach § 33 TP 19 Abs 1 GebG ein fingierter Kreditvertrag vorliegt
  - Nur reines Dienstleistungsfactoring (= Übernahme des Inkasso) unterliegt keiner Gebühr
  - Schuldnerverständigungsschreiben soll kryptisch sein, weil es eine rechtsbezeugende Urkunde der zugrunde liegenden Transaktion sein kann (Rz 1016 GebRI)
  - Buchvermerk bei Sicherungszession ist gebührenunschädlich (Rz 1027 GebRI)
- Gegenmaßnahmen:
  - Rahmenvereinbarung für Factoringgeschäfte (sind gebührenneutral, VwGH 17.2.1994, 93/16/0135) + Einzeltransaktion gebührensichernd über E-Mail abwickeln (Rz 507 GebRI)
  - Auslandsurkunden nach dem „harten Auslandstatbestand“ erstellen
  - Forderungseinlösung (§ 1358 oder § 1422 ABGB) mit gebührensichernder Doku (Rz 1019 GebRI)

# **Bankenspezifische Rechtsgeschäfte**

# § 33 TP 7 GebG: Bürgschaft, Garantie, Patronatserklärung (I)

- ◆ Bürgschaften und diesen gleichgestellte Schuldbeitritte (nach Begründung des Hauptgeschäftes) pflichtig
- ◆ Garantie im Sinne des § 880a ABGB mit vollständigem Einwendungsverzicht aus dem Grundgeschäft ist gebührenneutral
- ◆ Sofortige Begründung einer Solidarschuld anlässlich des Abschlusses des Hauptgeschäftes ist gebührenneutral (Rz 756 GebRl)
- ◆ Hybride Haftungsformen (Rz 761ff GebRl):
  - Wird nur teilweise auf Einwendungen aus dem Grundgeschäft verzichtet, Geb-Pflicht nach TP 7 (Rz 762)
  - Auslandsurkunde mit ausländischem Erfüllungsort aber denkbar
  - Interne Erfüllungsübernahme (damit keine Gläubigerzustimmung im Außenverhältnis erforderlich) ist nach Rz 761 GebRl kein TP 7

# § 33 TP 7 GebG: Bürgschaft, Garantie, Patronatserklärung (II)

## ◆ Sonderformen von Garantien:

- *Hybride Garantie* (Garant hat Möglichkeit zu prüfen, ob Ausfall tatsächlich eingetreten und muss anschließend im Rahmen einer abstrakten Verpflichtung zahlen) ist KEIN TP 7 (Rz 764 GebRI)

## ◆ Patronatserklärung als Bürgschaftssubstitut

- Bloße Erklärung der Muttergesellschaft gegenüber Dritten, die Tochtergesellschaft finanziell so auszustatten, dass sie ihren Verpflichtungen nachkommen kann, ist KEIN TP 7 (Rz 766 GebRI)

## ◆ Einseitiger Kreditauftrag als Bürgschaftssubstitut

- Ein einseitiger Kreditauftrag ist kein Kreditauftragsvertrag im Sinne des § 33 TP 19 Abs 3 Z 2 GebG und auch keine TP 7 (UFS Wien 8.8.2003)

# § 33 TP 8 GebG:

## Sonderfragen Darlehen (I)

- ◆ Darlehen kann nicht nur durch Geldübergabe bewirkt werden, sondern auch durch Umwandlung anderer Ansprüche (Novation, § 1376 ABGB iVm § 24 GebG)
- ◆ Anleihen sind ebenfalls Darlehen nach TP 8 (Rz 788 GebRl) – aber Möglichkeit zur Befreiung bei Angebot an anonymen Kapitalmarkt (§ 15 Abs 3 GebG iVm § 12 KVG)
- ◆ Cash-Pooling kann nach Rz 790 GebRl bei Einhaltung bestimmter Voraussetzungen gebührenneutral sein
- ◆ Rz 791 GebRl: bloße Stundungen fallen nicht unter TP 8
  - Aber: nach VwGH-Rsp Abgrenzung nach Hauptgeschäft-Nebengeschäft-Logik vorzunehmen

# § 33 TP 8 GebG:

## Sonderfragen Darlehen (II)

- ◆ Befreiung für Lombarddarlehen (NICHT aber Kredite):
  - Gilt für in- und ausländische Kreditinstitute, die nach der Satzung entsprechende Geschäfte betreiben dürfen
  - Pfand muss nicht vom Darlehensnehmer gestellt, sondern kann auch von Drittem gestellt werden
  - Aliquotierungsregel bei Unterbesicherungen
  - Kein Wegfall der Befreiung, wenn Unterbesicherung durch Kursschwankungen von Wertpapieren oder durch Untergang der Pfandsache aufgrund höherer Gewalt verursacht (Rz 822 GebR1)
- ◆ Befreiung für Darlehen eines Kreditinstitutes an Gebührenausländer (§ 33 TP 8 Abs 2 Z 3 GebG)

# § 33 TP 19 GebG:

## Sonderfragen Kreditverträge (I)

- ◆ Kreditvertrag = Konsensualvertrag und damit auch ohne Geldfluss im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses gebührenpflichtig
- ◆ Wechsel der Modi:
  - Umstellung Einmalkredit auf revolving: nach Rz 911 GebRl entgegen bisheriger Praxis NICHT pflichtig
  - Umstellung revolving auf Einmalkredit: gebührenfrei, außer Einmalkredit größer als revolvingender (§ 21 GebG)
- ◆ Übertragung des Kreditvertrages: gilt nach Rz 912 iVm Rz 946 GebRl bei Einzelrechtsnachfolge als Neubegründung!
- ◆ Lombardbefreiung gilt nicht für Kredite (Rz 936 GebRl)

# § 33 TP 19 GebG:

## Sonderfragen Kreditverträge (II)

- ◆ **ACHTUNG:** nicht jede wirtschaftliche Kreditierung ist gebührenpflichtig, so zB nicht
  - Stundung (zB von Kaufpreisen) → Hauptgeschäft-Nebengeschäft-Logik anzuwenden!
  - Gehaltsvorschuss
  - Kontoüberziehungen
  - Einkaufsrahmen bei Kreditkartenkonten
  - Forderungen aus Lieferung und Leistung (beruhen auf Kaufverträgen im Sinne des ABGB)
- ◆ **ACHTUNG:** durch Novation (§ 1376 ABGB iVm § 24 GebG) können die vorgenannten Vorgänge gebührenpflichtig werden
- ◆ **ACHTUNG:** nach Rz 944 GebRI bewirkt die Stundung von Kreditraten keine neuerliche Kreditgewährung, weil kein neuerlicher Betrag eingeräumt wird

# § 33 TP 19 GebG:

## Sonderfragen Kreditverträge (III)

- ◆ Auslandsurkunden bei Kreditverträgen sind tendenziell vorsichtiger zu verfassen als entsprechende Darlehensurkunden:
  - Darlehensverträge sind Realverträge und gelten als einseitig verbindlich (Rz 448 GebRI)
  - Kreditverträge sind Konsensualverträge und gelten als zweiseitig verbindlich, weil jede Partei zugleich Gläubiger und Schuldner ist
- ◆ Bei Darlehen könnte es – ob Realvertragseseigenschaft und der dann nur mehr einseitigen Verpflichtung – egal sein, ob Darlehensvaluta im In- oder Ausland an Schuldner überwiesen, solange alle Tilgungsleistungen im Ausland erfolgen (vgl. *Arnold*, § 16 Rz 21a).
- ◆ Bei Kreditvertrag ist Überweisung des Geldbetrages auf inländisches Konto des Kreditnehmers jedenfalls schädlich (UFS Wien 29.12.2005)

# **Sicherungsgeschäfte zu Banktransaktionen**

# Haupt-/Sicherungsgeschäftsbefreiung nach § 19 Abs 2 GebG

## Voraussetzungen für die Geb-Freiheit des Sicherungsgeschäfts:

- In einer Urkunde werden Haupt- und Sicherungsgeschäft abgeschlossen
- Durch dieselben Vertragsparteien (Parteienidentität!)
- Sicherungsgeschäft wäre zB Bürgschaft, Pfand, Hypothek, Zession (Rz 516 GebRl)
- Hauptgeschäft muss nach GebG oder einer anderen Verkehrsteuer steuerbar sein (Befreiung nach Rz 519 GebRl unschädlich)
- **ACHTUNG:** Festhalten des Nebengeschäftes in einem Anhang oder Nachtrag zur Urkunde über das Hauptgeschäft reicht NICHT aus (Rz 521 GebRl)

# Haupt-/Sicherungsgeschäftsbefreiung nach § 20 Z 5 GebG (I)

## Voraussetzungen für die Geb-Freiheit des Sicherungsgeschäfts:

- Hauptvertrag muss als Darlehens- oder Kreditvertrag mit in- oder ausländischem Kreditinstitut geschlossen sein (Rz 526 GebRI)
- Begünstigte Sicherungsgeschäfte:
  - Bürgschaften (TP 7)
  - Hypothekenverschreibungen (TP 18)
  - Zessionen incl. Sicherungszessionen (TP 21)
- Hauptgeschäft muss in einer für das Entstehen der Gebührenschuld massgeblichen Art und Weise errichtet worden sein
- Urkunde über Sicherungsgeschäft darf nicht zeitlich vor dem Hauptgeschäft errichtet werden

# Haupt-/Sicherungsgeschäftsbefreiung nach § 20 Z 5 GebG (II)

- **Keine Begünstigung, wenn hinsichtlich Hauptgeschäft**
  - Überhaupt keine Urkunde im Sinne des § 15 GebG (zB mündlicher Vertrag)
  - Auslandsurkunde nach „hartem Auslandstatbestand“ (Rz 528 GebRl bzw. UFS Innsbruck 10.2.2006: keine Gemeinschaftsrechtswidrigkeit)
- **Begünstigung gegenüber der VwGH-Rsp:**
  - Nach Rz 529 GebRl ist Befreiung auch dann zu gewähren, wenn die Sicherungs- und Erfüllungsgeschäfte auch für alle zukünftig mit demselben Kreditnehmer abzuschliessenden Darlehens- und Kreditverträge Geltung haben
  - Nach VwGH 10.6.1991, 90/15/0026, geht durch „Zukunftsklausel“ die Gebührenbefreiung für das Sicherungsgeschäft verloren.

# Haupt-/Sicherungsgeschäftsbefreiung nach § 20 Z 5 GebG (III)

- Rz 530ff GebRl enthält „Überbesicherungsklausel“:
  - Übersteigt hypothekarische Besicherung 140% der Kreditsumme oder Sicherungszessionen 200% der Kreditsumme,
  - Dann Entfall der Befreiung nach § 20 Z 5 GebG für den „Überhang“ über die beiden o.a. Grenzen
- Nicht mitgerechnet in die o.a. Grenzen werden folgende Sicherheiten:
  - Privative Schuldübernahmen
  - Kontoüberziehungen
  - Wechseleskont
  - Nicht beurkundete Barvorlagen

# Haupt-/Sicherungsgeschäftsbefreiung nach § 20 Z 5 GebG (IV)

- Gestaltung bei nicht beurkundetem Hauptvertrag:
  - Darlehensvertrag mit schriftlichem Angebot und konkludenter Annahme
  - Schuldner richtet unterfertigtes Pfandbestellungsangebot an Bank, welches im Tresor der Bank verbleibt und nicht im Grundbuch eingetragen wird
  - Angebot: Forderung bis zu bestimmten Höchstbetrag einverleibbar
  - KEINE Bezugnahme im Pfandbestellungsangebot auf Darlehens-/Kreditverhältnis (VwGH 10.6.1991, 90/15/0026: könnte rechtsbezeugende Urkunde hinsichtlich Hauptgeschäft sein)
  - Darüber hinaus im Darlehens-/Kreditvertrag kein Hinweis auf Erfordernis einer Pfandbestellung bzw. eines Angebotes einer Pfandbestellung
- Nach Rz 894 GebRl iVm VwGH 10.6.1991 stellt die Pfandangebotsurkunde eine rechtsbezeugende Urkunde für die Hypothekarverschreibung nach TP 18 dar.

**Univ. Doz. Dr. Friedrich Fraberger, LL.M.**

**KPMG Wien**

**+43 (1) 31332-312**

**+43 664 8161097**

**ffraberger@kpmg.at**

**[www.kpmg.at](http://www.kpmg.at)**