

# TE Vwgh Erkenntnis 2009/3/5 2007/16/0142

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 05.03.2009

## **Index**

001 Verwaltungsrecht allgemein;  
10/01 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG);  
20/01 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB);  
32/01 Finanzverfahren allgemeines Abgabenrecht;

## **Norm**

ABGB §891;  
BAO §200 Abs1;  
BAO §237;  
BAO §311 Abs1;  
BAO §6;  
B-VG Art130 Abs2;  
VwRallg;

## **Betreff**

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Höfinger sowie Senatspräsident Dr. Steiner und die Hofräte Dr. Mairinger, Dr. Köller und Dr. Thoma als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Trefil, über die Beschwerde der B & Co KG in G, vertreten durch die Arnold Rechtsanwalts-Partnerschaft, 1010 Wien, Wipplingerstraße 10, gegen den Bescheid des Unabhängigen Finanzsenates, Außenstelle Graz, vom 14. Juni 2007, Zl. RV/0151-G/06, betreffend Entlassung aus der Gesamtschuld gem. § 237 BAO, zu Recht erkannt:

## **Spruch**

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Die Beschwerdeführerin hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von EUR 610,60 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## **Begründung**

Die Beschwerdeführerin als Bestandgeberin schloss (unterfertigt am 8. Juli bzw. 14. Juni 2002) mit einer Bestandnehmerin über eine im Vertrag näher definierte Fläche von ca. 2750 m<sup>2</sup> in einem Einkaufszentrum einen schriftlichen Bestandvertrag, in dem abgesehen von der Vereinbarung eines "Mindestbestandzinses" von ATS 132,60 pro Monat pro Quadratmeter, an sich ein "Umsatzbestandzins" in der Höhe von 5 % vom Nettoumsatz zuzüglich gesetzlicher Umsatzsteuer vereinbart wurde.

Als Vertragsbeginn wurde der 1. August 2003, als Bestandsende der 31. Dezember 2015 vereinbart.

In Punkt 23. der Allgemeinen Vertragsbedingungen wurde betreffend die mit dem Vertrag verbundenen Stempel- und Rechtsgebühren vereinbart, dass diese von den Vertragsparteien je zur Hälfte getragen werden.

Die Vertragsurkunde langte am 2. August 2002 in den Vereinigten Einlaufstellen der Finanzverwaltung Graz ein.

Mit Bescheid vom 22. Juli 2005 setzte das Finanzamt Graz-Umgebung (im Folgenden kurz: Finanzamt) gegenüber der Beschwerdeführerin für den Bestandvertrag Gebühr gem. § 33 TP 5 Abs. 1 Z. 1 GebG in Höhe von EUR 71.173,58 (gem. § 200 Abs. 1 BAO vorläufig) fest.

Mit einem beim Finanzamt am 7. September 2005 eingelangten Antrag vom 23. August 2005 begehrte daraufhin die Beschwerdeführerin "Nachsicht gem. § 237 BAO" betreffend die halbe Gebühr in Höhe von EUR 35.586,79, wobei der Antrag im Wege eines Klammerausdruckes auch auf "teilweise Entlassung aus der Gesamtschuld" lautete.

Begründet wurde dieser Antrag im Wesentlichen damit, dass die Gebührenvorschreibung zwar manchmal etwas länger (ca. 1 bis 2 Jahre) dauere, so lange wie im vorliegenden Fall (nämlich nahezu 3 Jahre) habe es aber noch nie gedauert. Die Beschwerdeführerin sei davon ausgegangen, dass die Gebühr bereits der Bestandnehmerin vorgeschrieben worden sei. Nunmehr ergebe sich das Problem, dass über die Bestandnehmerin in der Zwischenzeit der Konkurs eröffnet worden sei und die Gebühr die Beschwerdeführerin zur Gänze wirtschaftlich belaste. Die Beschwerdeführerin habe "sogar noch im Sommer 2004 ein bestehendes Guthaben an die Bestandnehmerin ausbezahlt". Dieses hätte bei früherem Ergehen eines Gebührenbescheides gegenverrechnet werden können. Das Finanzamt habe seine Entscheidungspflicht gem. § 311 BAO verletzt, wodurch die Beschwerdeführerin jetzt einen Schaden erleide.

Über die Bestandnehmerin war tatsächlich mit Beschluss des Landesgerichtes Innsbruck vom 11. Mai 2004 (bekannt gemacht am 11. Mai 2004) zur Zl. 9 S15/04m der Konkurs eröffnet worden.

Das Finanzamt wies den Antrag auf "Nachsicht gem. § 236 BAO und/oder Antrag auf teilweise Entlassung aus der Gesamtschuld gem. § 237 BAO" mit Bescheid vom 1. Februar 2006 ab.

Begründet wurde dies unter anderem damit, dass zwischen dem Entstehen der Gebührenschuld und der Konkursöffnung nahezu zwei Jahre vergangen seien. Die Beschwerdeführerin wäre verpflichtet gewesen, dafür zu sorgen, dass ihr Mittel seitens der Bestandnehmerin zur Verfügung gestellt würden. Die Auszahlung eines Guthabens an die Bestandnehmerin sei zumindest fahrlässig erfolgt. Der Umstand, dass das Finanzamt möglicherweise die Entscheidungspflicht gem. § 311 BAO verletzt habe, sei auf die "immer dünner werdende Personaldecke der Finanzverwaltung zurückzuführen"; es wäre der Beschwerdeführerin unbenommen gewesen, einen Devolutionsantrag zu stellen.

Die Beschwerdeführerin berief gegen diesen Bescheid.

Die belangte Behörde führte am 14. November 2006 mit der Beschwerdeführerin (im Beisein ihrer steuerlichen Vertretung) und einer Vertreterin des Finanzamtes ein Erörterungsgespräch. Dabei wurde seitens der Beschwerdeführerin (durch Dr. Friedrich P) klargestellt, dass der Antrag vom 23. August 2005 als einer auf Entlassung aus der Gesamtschuld zu verstehen sei. Die Auszahlung von Guthaben an die Bestandnehmerin sei am 29. Jänner 2004 in Höhe von EUR 141.000,-- und am 5. April 2004 in Höhe von EUR 10.000,-- erfolgt. Die Beschwerdeführerin habe zu dieser Zeit keinerlei Hinweis auf eine Insolvenz der Bestandnehmerin gehabt.

Seitens der Vertreterin des Finanzamtes wurde im Erörterungsgespräch vorgebracht, dass der gegenständliche Pachtvertrag ein Umsatzpachtvertrag gewesen sei. Aus Zweckmäßigkeitsgründen werde in derartigen Fällen eine Vertragsdauer von mindestens zwei Jahren abgewartet, um eine Bemessungsgrundlage ermitteln zu können. Warum im konkreten Fall drei Jahre zugewartet worden sei, sei aus dem Akt nicht ersichtlich. Dr. P wies dagegen darauf hin, dass auch ein Mindestpachtzins vereinbart worden sei, auf Grund dessen ein Bescheid auch früher hätte erlassen werden können.

Da der Pachtvertrag (zufolge einvernehmlicher Vertragsauflösung mit dem Masseverwalter) tatsächlich nur ein Jahr gedauert habe, sei der Mindestpachtzins schlagend geworden, weil die Umsatzpacht geringer gewesen wäre.

In einer am 23. Jänner 2007 bei der belangten Behörde eingelangten Eingabe fasste die Beschwerdeführerin ihre rechtlichen Argumente, es liege sachliche Unbilligkeit vor, zusammen und behauptete, die Verletzung der Entscheidungspflicht des Finanzamtes sei kausal für den bei der Beschwerdeführerin durch die Insolvenz ihrer Bestandnehmerin eingetretenen Schaden. Hätte das Finanzamt seine Entscheidungspflicht nicht verletzt, so hätte der

halbe Gebührenbetrag unschwer bei der Bestandnehmerin einbringlich gemacht werden können. Laut Auskunft des Masseverwalters werde die Konkursquote sehr gering ausfallen. Ausdrücklich verwies die Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang auf das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 4. März 1999, Zl. 96/16/0221, 0222.

Die belangte Behörde wies die Berufung als unbegründet ab und vertrat im Ergebnis rechtlich die Auffassung, dass für die Anwendung des § 237 BAO auch Unbilligkeitsgründe in Frage kommen können, die in der mangelnden Sorgfalt bzw. in der Mitschuld der Behörde an der späteren Uneinbringlichkeit der Abgaben beim Erstschuldner liegen (siehe den angefochtenen Bescheid Seite 11 Abs. 1 vorletzter Satz). Die belangte Behörde verneinte allerdings im Ergebnis eine Mitschuld des Finanzamtes. Die Insolvenz der Bestandnehmerin sei für das Finanzamt nicht vorhersehbar und auch nicht im Einflussbereich des Finanzamtes gelegen gewesen. Dem Finanzamt könne daraus, dass es mit der Bescheiderlassung zugewartet habe, bis ein repräsentativer Durchschnitt des Umsatzes vorliege, kein Vorwurf gemacht werden. Es habe deshalb seine Entscheidungspflicht gem. § 311 BAO gar nicht verletzt. Im vorliegenden Fall habe der zu beurteilende Vertrag erst am 1. August 2003 zu laufen begonnen.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Verwaltungsgerichtshofbeschwerde wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften. Die Beschwerdeführerin erachtet sich in ihrem Recht auf Entlassung aus der Gesamtschuld im begehrten Ausmaß verletzt.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift, in der die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde als unbegründet begehrt wird. Die Beschwerdeführerin replizierte auf die Gegenschrift.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Zentrales Beschwerdeargument ist die Behauptung, das Finanzamt habe im vorliegenden Fall seine Entscheidungspflicht gem. § 311 Abs. 1 BAO schulhaft verletzt, was in weiterer Folge dazu geführt habe, dass sich die Beschwerdeführerin zufolge der inzwischen eingetretenen Insolvenz ihrer Bestandnehmerin jetzt nicht mehr an dieser erfolgreich regressieren könne. Deshalb seien die Voraussetzungen für ihre Entlassung aus der Gesamtschuld mit der Hälfte des Gebührenbetrages gegeben.

Der Verwaltungsgerichtshof hat insbesondere in seinem Erkenntnis vom 4. März 1999, Zl. 96/16/0221, 0222, unter Berufung auf einschlägige Vorjudikatur (nämlich das hg. Erkenntnis vom 12. April 1984, Zl. 83/16/0082, Slg. 5887/F) ausgesprochen, dass bei Vorliegen einer diesbezüglichen Sorgfaltspflichtverletzung der zuständigen Abgabenbehörde eine Unbilligkeit nach Lage der Sache nicht von vornherein in Abrede zu stellen sei. Es ist daher zu prüfen, ob dem Finanzamt im vorliegenden Fall eine entsprechende Sorgfaltspflichtverletzung anzulasten ist.

§ 311 Abs. 1 BAO lautet:

"(1) Die Abgabenbehörden sind verpflichtet, über Anbringen (§ 85) der Parteien ohne unnötigen Aufschub zu entscheiden."

Die Worte "ohne unnötigen Aufschub" im zitierten Gesetzestext bedeuten unter anderem, dass die Behörde mit ihrer Entscheidung nicht grundlos zuwarten darf (siehe z.B. Ritz, BAO-Kommentar3 Rz 5 zu § 311 BAO). Stoll (BAO-Kommentar III 3000) nennt als Beispiele für das Vorliegen unnötigen Aufschubes insbesondere ein unerklärbares Hinausschieben von Amtshandlungen oder ein grundloses Zuwarten mit einer Entscheidung.

Mit Rücksicht darauf kann im vorliegenden Fall aber - anders als dies die Beschwerde sieht - dem Finanzamt kein Vorwurf in Richtung einer Verletzung seiner Entscheidungspflicht gemacht werden, und zwar aus folgenden Erwägungen:

Die Gebührenanzeige langte in der Einlaufstelle am 2. August 2002 ein. Das Finanzamt war vor dem Hintergrund des § 311 Abs. 1 BAO keineswegs verpflichtet, von der Möglichkeit einer vorläufigen Abgabenfestsetzung gem. § 200 Abs. 1 BAO Gebrauch zu machen, weil die Erlassung eines solchen vorläufigen Bescheides vom Gesetz nicht zwingend vorgeschrieben ist, sondern dem Ermessen der Behörde überlassen wurde.

§ 200 Abs. 1 Satz 1 BAO bestimmt nämlich Folgendes:

"(1) Die Abgabenbehörde kann die Abgabe vorläufig festsetzen, wenn nach den Ergebnissen des Ermittlungsverfahrens die Abgabepflicht zwar noch ungewiss, aber wahrscheinlich oder wenn der Umfang der Abgabepflicht noch ungewiss ist."

Das bedeutet zwar nicht, dass es der Behörde schlechthin anheim gestellt ist, ob ein Bescheid vorläufig oder endgültig ergehen soll, besagt aber, dass dann, wenn die gesetzlich normierten Voraussetzungen der zitierten Gesetzesstelle vorliegen, es im freien Ermessen der Behörde steht, zunächst einen vorläufigen Bescheid zu erlassen (siehe dazu insbesondere das hg. Erkenntnis vom 17. Mai 1989, Zl. 87/13/0188) oder nicht. Keinesfalls aber steht einer antragstellenden Partei auch bei Zutreffen aller Voraussetzungen des § 200 Abs. 1 BAO ein unbedingter Rechtsanspruch auf Erlassung eines vorläufigen Bescheides zu (vgl. dazu das von Ritz a.a.O. Rz 6 zu § 200 BAO zitierte hg. Erkenntnis vom 24. Mai 1991, Zl. 90/16/0069). Liegen an sich die Voraussetzungen für die Erlassung eines vorläufigen Bescheides (wie im Beschwerdefall unter Heranziehung des vereinbarten Mindestbestandzinses) vor, dann bietet der gesetzliche Ermessensspielraum der Behörde immerhin die Möglichkeit, frei zu entscheiden, ob sie sofort einen vorläufigen Bescheid erlässt oder aber ob sie mit der Bescheiderlassung formlos bis zur Beseitigung der Ungewissheiten zuwartet (siehe dazu Stoll a.a.O. II 2109 Abs. 3 letzter Satz).

Wenn nun das Finanzamt - wie es seine Vertreterin im Erörterungsgespräch vor der belangten Behörde ausdrücklich deponierte und wie dies von der belangten Behörde im angefochtenen Bescheid ausdrücklich festgestellt wurde - im vorliegenden Fall angesichts der vereinbarten umsatzabhängigen Miete es für angemessen hielt, erst einmal zwei Jahre abzuwarten, um überhaupt eine konkrete, am Umsatz orientierte Bemessungsgrundlage ermitteln zu können, so kann dies dem Finanzamt mit Rücksicht auf den ihm gem. § 200 Abs. 1 BAO zur Verfügung stehenden Spielraum nicht in Richtung einer vorwerfbaren Verletzung seiner Entscheidungspflicht gem. § 311 Abs. 1 BAO angelastet werden. Das Finanzamt durfte in diesem Zusammenhang nämlich eine derartige Beobachtungsfrist auch iS der zitierten Gesetzesstelle durchaus als zweckmäßig erachten, um dann gleich an Hand einer verlässlichen Bemessungsgrundlage eine endgültige Abgabenfestsetzung vorzunehmen. Von einer unnötigen Verzögerung iS des § 311 Abs. 1 BAO kann somit keine Rede sein.

Ausgehend davon spielte dann im Beschwerdefall aber auch der im Bestandvertrag vereinbarte Vertragsbeginn 1. August 2003 (anders als dies die Beschwerde sehen will) eine ganz wesentliche Rolle, weil erst damit der dem Finanzamt zur Verfügung stehende Beobachtungszeitraum überhaupt zu laufen begann. So gesehen ereignete sich dann die (für die Beschwerdeführerin im Ergebnis schadenstiftende und sowohl für die Beschwerdeführerin als auch für das Finanzamt nicht vorhersehbare) Insolvenz der Bestandnehmerin (Konkurseröffnung 11. Mai 2004!) noch innerhalb des ersten, dem Finanzamt zur Verfügung stehenden Beobachtungsjahrs.

Da selbst für die Beschwerdeführerin ganz offensichtlich die Insolvenz ihrer Bestandnehmerin nicht vorhersehbar war und sie selbst noch knapp vor der Insolvenzeröffnung ein beträchtliches Guthaben an die Bestandnehmerin auszahlte, dessen Zurückbehaltung ihr für den Regress im Insolvenzfall durchaus eine entsprechende Sicherheit geboten hätte, kann die Beschwerdeführerin dem Finanzamt diesbezüglich keinen Vorwurf machen, nicht aktiv geworden zu sein. Die Beschwerdeführerin hat nämlich im Verwaltungsverfahren nicht vorgebracht, dass dem Finanzamt betreffend die Insolvenz der Bestandnehmerin andere Informationen zur Verfügung gestanden wären als ihr selbst.

Ausgehend davon besteht keinerlei Rechtsgrundlage dafür, im vorliegenden Fall den Tatbestand der Unbilligkeit gem. § 237 BAO anzuwenden. Diese Bestimmung stellt nämlich keine allgemeine Grundlage dafür dar, das wirtschaftliche Risiko eines von mehreren Gesamtschuldner, das im Verlust seiner Regressmöglichkeit zufolge der Insolvenz eines Mitschuldners gelegen ist, auf den Abgabengläubiger zu überwälzen. Insoweit verkennt die Beschwerde das Wesen einer Gesamtschuld, das in einer besonders starken Absicherung des Gläubigers (hier des Abgabengläubigers) besteht (vgl Ritz a.a.O. Rz 2 Abs 2 zu § 6 BAO; Perner in Klang, Kommentar3 Rz 23 zu § 891 ABGB; Gschritter in Klang, Kommentar2 IV/1, 298 Abs 1; P. Bydlinski in Koziol/P.Bydlinski/Bollenberger, Kurzkomm2, Rz 1 zu § 891 ABGB). Der Gläubiger wird damit in die Lage versetzt, insbesondere unabhängig vom Leistungsvermögen eines von mehreren Gesamtschuldner sich an den bzw. die anderen Gesamtschuldner zu halten (siehe dazu insbesondere die Ausführungen von Ritz a.a.O. Rz 2 Abs. 2 zu § 6 BAO).

Die belangte Behörde hat daher im Ergebnis ihren Bescheid nicht mit Rechtswidrigkeit des Inhaltes belastet. Da den vorgelegten Verwaltungsakten auch keinerlei Verfahrensfehler zu entnehmen waren und die Beschwerde im Übrigen den von ihr angezogenen Beschwerdegrund einer Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften gar nicht weiter zur Darstellung bringt, war die Beschwerde insgesamt als unbegründet abzuweisen (§ 42 Abs. 1 VwGG).

Von der Durchführung der beantragten Verhandlung konnte aus dem Grund des § 39 Abs. 2 Z. 6 VwGG Abstand genommen werden, weil im Beschwerdefall ein Anwendungsbereich des Art. 6 Abs. 1 EMRK nicht vorliegt.

Der Ausspruch über den Aufwandersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG iVm der VwGH-AufwErsV BGBI. II Nr. 455/2008, insbesondere deren § 3 Abs. 2.

Wien, am 5. März 2009

**Schlagworte**

Ermessen VwRallg8

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2009:2007160142.X00

**Im RIS seit**

08.04.2009

**Zuletzt aktualisiert am**

21.05.2013

**Quelle:** Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)