

## Bundessteuertagung 2008 Gebühren/Verkehrsteuern

# Verfassungswidrigkeit zu Lasten des Vertreters des persönlich Gebührenbefreiten

## Erlass- oder Gesetzesänderung dringend geboten!

VON DR. WOLF-DIETER ARNOLD\*)

Ein (anwaltlich vertretener) Beschwerdeführer obsiegt vor einem Höchstgericht des öffentlichen Rechts und erhält Aufwandsersatz zugesprochen. Im Hinblick darauf, dass dieser Beschwerdeführer persönliche Gebührenfreiheit genießt, umfasst der Kostenzuspruch des Höchstgerichts keine Pauschalgebühr (§ 17a VfGG bzw. § 24 Abs. 3 und Abs. 4 VwGG). Der Vertreter dieses Beschwerdeführers wird im Wege eines Abgabenbescheids mit der Gebühr (und mit einer Erhöhung gem. § 9 Abs. 1 GebG) in Anspruch genommen. Dass diese Gebührenschuldnerschaft des Parteienvertreters rechters sei, bejahen zumindest die Bundessteuertagung Gebühren und Verkehrsteuern im Dezember 2008 und der diesbezügliche Erlass des BMF vom Jänner 2010 unter Hinweis auf den Wortlaut des § 13 Abs. 3 GebG. Obwohl es dazwischen insgesamt sieben Novellierungen des GebG gegeben hat, blieb der Gesetzestext des § 13 Abs. 3 GebG bis dato unverändert.

### 1. Persönliche Gebührenfreiheit

Dem Recht der Stempel- und Rechtsgebühren sind persönliche Gebührenbefreiungsbestimmungen nicht fremd. So regelt etwa § 2 GebG, dass von der Entrichtung der Gebührenschuld u. a. befreit sind der Bund, die von ihm betriebenen Unternehmen sowie öffentlich-rechtliche Fonds, deren Abgänge er zu decken verpflichtet ist (Z 1), die übrigen Gebietskörperschaften im Rahmen ihres öffentlich-rechtlichen Wirkungsbereiches (Z 2) oder die als Gesandte fremder Mächte bestellten Angehörigen auswärtiger Staaten rücksichtlich der von ihnen selbst oder ihren Bevollmächtigten oder Vertretenen statt ihnen ausgestellte Schriften (Z 4).<sup>1)</sup> Öffentlich-rechtliche Körperschaften, weiters alle Vereinigungen, die ausschließlich wissenschaftliche, Humanitäts- oder Wohltätigkeitszwecke verfolgen, genießen eine persönliche Gebührenfreiheit, allerdings nur eingeschränkt, nämlich lediglich „*hinsichtlich ihres Schriftenverkehrs mit den öffentlichen Behörden und Ämtern*“ (Z 3).

Auch Sondergesetze enthalten persönliche Gebührenbefreiungsbestimmungen, so etwa § 109 ASVG für die Versicherungsträger und den Hauptverband oder § 31 Abs. 1 AMA-Gesetz zugunsten der *Agrarmarkt Austria*.

Die persönlichen Gebührenbefreiungen gelten grundsätzlich sowohl für die Schriftengebühr im Sinn des II. Abschnitts des GebG als auch hinsichtlich der Rechtsgeschäftsgebühren im Sinn des III. Abschnitts, sofern nicht die Befreiungsbestimmung selbst eine entsprechende Einschränkung enthält (wie etwa die bereits zitierte Z 3 des § 2 GebG „*hinsichtlich ihres Schriftenverkehrs mit den öffentlichen Behörden und Ämtern*“). Der persönliche Charakter der Befreiungsbestimmung bedeutet, dass die Befreiungsbestimmung anderen Personen nicht zugutekommt, mögen diese z. B. gemeinsam mit einer persönlich befreiten Person gebührenpflichtige Eingaben unterzeichnen oder mit (bzw. gemeinsam mit) ihr Verträge abschließen.<sup>2)</sup> § 28 Abs. 5 GebG ist die Belegstelle dafür, dass eine persönliche Gebührenbefreiung nicht auch jemandem zuzu-

\*) Hon.-Prof. Dr. Wolf-Dieter Arnold ist Rechtsanwalt in Wien.

<sup>1)</sup> Sofern diese sich nicht auf Rechtsgeschäfte über unbewegliche, im Inlande gelegene Sachen oder auf letzteren haftenden Forderungen beziehen.

<sup>2)</sup> Arnold, Rechtsgebühren<sup>6</sup>, § 2 Rz. 2.

billigen ist, der lediglich hinsichtlich der Gebühr beim persönlich Befreiten Regress nehmen kann.<sup>3)</sup>

Wengleich diese Gesetzesstelle im III. Abschnitt des GebG (hinsichtlich Rechtsgeschäftsgebühren) enthalten ist, gilt vorstehende Aussage aufgrund allgemeiner Überlegungen grundsätzlich auch für Schriftengebühren. § 28 Abs. 5 GebG hat insoweit an sich also bloß klarstellenden Inhalt.

## 2. Schriften des persönlich Gebührenbefreiten

§ 13 GebG regelt nun, wer zur Entrichtung der Schriftengebühr<sup>4)</sup> verpflichtet ist. Bei Eingaben, deren Beilagen und den die Eingaben vertretenden Protokollen sowie bei sonstigen gebührenpflichtigen Protokollen ist (gem. Abs. 1 Z 1) derjenige zur Entrichtung der festen Gebühr verpflichtet, in dessen Interesse die Eingabe eingebracht oder das Protokoll verfasst wird.

Bringt also eine Person im eigenen Interesse eine Eingabe ein, so ist sie Schuldner einer allfälligen Eingabengebühr gem. § 14 TP 6 GebG.

Genießt diese Person eine persönliche Gebührenfreiheit,<sup>5)</sup> so führt diese Tatsache dazu, dass keine Gebühr zu entrichten ist.

## 3. Schriften des Vertreters des persönlich Gebührenbefreiten

Oft wird eine Partei die Eingabe nicht selbst einbringen, sondern sich – vordringlich durch einen Rechtsanwalt – vertreten lassen. Wiederholt ist eine entsprechende Pflicht, sich im jeweiligen Verfahren qualifiziert vertreten zu lassen, gesetzlich vorgeschrieben. Im gegebenen Zusammenhang bestimmt – seit der Stamfassung unverändert – § 13 Abs. 3 GebG: *„Mit den im Abs. 1 genannten Personen sind zur Entrichtung der Stempelgebühren zur ungeteilten Hand verpflichtet, wer im Namen eines anderen eine Eingabe oder Beilage überreicht oder eine gebührenpflichtige amtliche Ausfertigung oder ein Protokoll oder eine Amtshandlung veranlasst.“*

Der Vertreter (Rechtsanwalt) ist also zur ungeteilten Hand zur Entrichtung der Eingaben- bzw. einer allfälligen Beilagengebühr verpflichtet.<sup>6)</sup> Die hier zu behandelnde Frage stellt sich nun in der Richtung, ob dann dieses Ergebnis (der Vertreter ist zur ungeteilten Hand zur Entrichtung der Eingaben- und der Beilagengebühr verpflichtet) auch dann gilt, wenn die einschreitende Partei persönliche Gebührenfreiheit genießt. Diese Frage stellt sich nur dann nicht, wenn Grundlage dieser persönlichen Gebührenbefreiung Z 4 des § 2 GebG ist, weil diese spezielle Befreiungsbestimmung nicht nur für *„als Gesandte fremder Mächte bestellten Angehörigen auswärtiger Staaten“* gilt, sondern auch *„rücksichtlich der von ihren Bevollmächtigten oder von Vertretern statt ihrer ausgestellten Schriften“*.

## 4. Der Erlass des BMF zu § 13 Abs. 3 GebG – Parteienvertreter als Gebührensuldner

Der Erlass des BMF vom 22. 1. 2010, BMF-010206/0007-VI/5/2010, besagt nun (*„gültig ab 22. 1. 2010“* ungeachtet erheblicher im Begutachtungsverfahren vorgetragener Bedenken nach mehr als einjähriger Überlegungsfrist):

<sup>3)</sup> VwGH 19. 12. 2002, 99/16/0405.

<sup>4)</sup> Das GebG verwendet noch immer den Begriff der Stempelgebühren.

<sup>5)</sup> Im Hinblick auf die geänderte Fassung des § 11 Abs. 1 Z 1 GebG muss diese Gebührenfreiheit grundsätzlich in dem Zeitpunkt gegeben sein, in dem die das Verfahren in einer Instanz schriftlich ergehende abschließende Erledigung über die in der Eingabe enthaltenen Anbringen zugestellt wird. Ausnahmen siehe den aktuellen – bzw. den durch das geplante AbgÄG 2010 gegebenenfalls geänderten – Gesetztext.

<sup>6)</sup> Maßgeblich ist die Vertretereigenschaft zum Zeitpunkt der Überreichung, auch wenn die Gebührensuld nach § 11 Abs. 1 Z 1 GebG n. F. später entsteht.

„Sachverhalt: Der Bund bevollmächtigt einen Parteienvertreter zur Einbringung einer Eingabe i. S. d. § 14 TP 6 Abs. 1 GebG bei einer Behörde. Die Eingabe wird vom Parteienvertreter namens des Bundes bei der Behörde überreicht. Die Behörde stellt dem Bund, vertreten durch den Parteienvertreter, eine das Verfahren abschließende schriftliche Erledigung zu. Da der Bund persönlich gebührenbefreit ist, kann er nicht als Gebührenschuldner gemäß § 13 Abs. 1 GebG herangezogen werden.

*Fragestellung: Kann der Parteienvertreter als Gebührenschuldner gemäß § 13 Abs. 3 GebG herangezogen werden, obwohl der Bund gemäß § 2 Z 1 GebG persönlich gebührenbefreit ist?*

*Lösung: Gemäß § 13 Abs. 3 GebG ist derjenige, der im Namen eines anderen eine Eingabe überreicht, neben dem Interessenten Gebührenschuldner (Gesamtschuldner). Bei Bestehen eines Gesamtschuldverhältnisses liegt es grundsätzlich im Ermessen der Behörde, welchen der Gesamtschuldner bzw. in welchem Ausmaß sie einen der Mitschuldner zur Erfüllung seiner gesamtschuldnerischen Leistung heranzieht. Der Bund (in dessen Interesse die Eingabe bei der Behörde überreicht wurde) ist zwar Gebührenschuldner gemäß § 13 Abs. 1 Z 1 GebG, aber nach § 2 Z 1 GebG persönlich von der Gebührenerichtung befreit.*

*Die Gebühr ist daher – weil kein Raum für eine Ermessensentscheidung mehr besteht – vom Parteienvertreter als allein verbleibendem Gebührenschuldner zu entrichten. Siehe auch GebR, Rz. 181 ff.“*

„Warnend“ wird – mittelbar auch auf dieses Ergebnis hinweisend, wenngleich Fragen der persönlichen Gebührenfreiheit des Machtgebers nicht unmittelbar ansprechend – in einer „Information des Finanzamtes für Gebühren und Verkehrsteuern Wien“ (AnwBl 2010, 103) formuliert: „Achtung: Gesamtschuldnerschaft (nicht Haftung!) der Rechtsanwälte gem. § 13 Abs. 3 GebG bei Eingaben an den Verfassungs- und Verwaltungsgerichtshof: Die Rechtsanwälte sind ebenso wie die von ihnen vertretenen Beschwerdeführer Gesamtschuldner und können ohne vorhergehende Inanspruchnahme des Beschwerdeführers zur Gebührenerichtung herangezogen werden.“

## 5. Augenscheinlich rechtswidriges Ergebnis

Um nicht den Weg einer Vorverurteilung zu gehen, sei nachstehend mit den gängigen Mitteln der Auslegung hinterfragt, ob es richtig ist, dass in derartigen Fällen der Parteienvertreter (an den nach den einschlägigen Kostenersatzregelungen im Erfolgsfall kein Kostenersatz vom Verfahrensgegner zu leisten ist) als „*allein verbleibender Gebührenschuldner*“ die Gebühr zu entrichten hat (und ob er lediglich unter Inanspruchnahme zivilrechtlicher Instrumentarien beim Mandanten, der jedoch im Hinblick auf seine persönliche Gebührenfreiheit insoweit keinen Kostenanspruch erhält, Regress nehmen kann).

Um diese Frage beantworten zu können, muss die Rechtsnatur der Anordnung des § 13 Abs. 3 GebG beurteilt werden. Ordnet § 13 Abs. 3 GebG unmittelbar eine Solidarschuldnerschaft des Vertreters an oder bloß eine Haftung (im welchem Fall erst die Geltendmachung der Haftung – Haftungsbescheid gem. § 224 Abs 1 BAO – den Haftenden gem. § 7 Abs 1 BAO zum Gesamtschuldner macht?) Die Unterscheidung ist deshalb von Bedeutung, weil die Akzessorietät der Haftung (jedenfalls) dazu führt, dass dann, wenn der Primärschuldner persönlich von der Gebührenschuld nach GebG befreit ist, die Haftung ins Leere geht und der Haftende nicht zur Begleichung der Gebühr herangezogen werden kann.<sup>8)</sup>

<sup>7)</sup> Arnold, Schuld und Haftung im Steuerrecht, Rz. 23; Ritz, BAO<sup>3</sup>, § 224 Tz. 4, § 7 Tz. 3.

<sup>8)</sup> Arnold, Schuld und Haftung, Rz. 118; derselbe, Rechtsgebühren<sup>8</sup>, § 30 Rz. 5.

## 6. Rechtsnatur des § 13 Abs. 3 GebG

Wenngleich der Wortlaut des § 13 Abs. 3 GebG genau genommen ziemlich deutlich in Richtung einer Gesamtschuldnerschaft (des Vertreters) weist, ist in der Vergangenheit diese Frage immer wieder erörtert worden. *Stoll* (BAO-Handbuch [1980]) nennt einmal den § 13 (wohlverstanden dessen Abs. 3) unter den Vorschriften über persönliche Haftungen.<sup>9)</sup>

Natürlich überwiegen aber Literaturstellen, die von einer Gesamtschuldnerschaft ausgehen.<sup>10)</sup> Der VwGH hat im Erkenntnis 94/16/0148 zu § 13 Abs. 3 GebG ausgesprochen, dass es sich um eine Solidarschuldnerschaft (und nicht um eine Haftung) des Überreichers der Eingabe als Parteienvertreter für die Eingabengebühr nach § 14 TP 6 GebG handelt, trotzdem aber die Partei – an sich in einem *obiter dictum* – als „primären“ Gebührenschnuldner bezeichnet.<sup>11)</sup>

Auch *ich* habe wiederholt der Rechtsansicht Ausdruck verliehen, dass der Vertreter nach § 13 Abs. 3 GebG Solidarschnuldner ist.<sup>12)</sup> Zur Einschränkung des Begriffs dessen, der „im Namen eines anderen eine Eingabe ... überreicht“ siehe in Punkt 8.

Dass diese Problematik nicht immer mit der gebotenen Schärfe gesehen und die Begriffe Schuld und Haftung nicht immer deutlich auseinandergelassen werden, erweist beispielsweise der Beitrag von *Schnabl*, Die gebührenrechtliche Haftung berufsmäßiger Parteienvertreter, ÖStZ 1961, 71, der im Zusammenhang mit § 13 Abs. 3 GebG von einer Haftung des Vertreters für Stempelgebühren spricht.

## 7. Einschlägige Kostenentscheidungen der Gerichtshöfe öffentlichen Rechts

Grundsätzlich<sup>13)</sup> gelten die Bestimmungen des GebG über Eingaben auch für vor dem VfGH nach Maßgabe des § 17a VfGG und vor dem VwGH nach Maßgabe des § 24 Abs. 3 und Abs. 4 VwGG anfallende Pauschalgebühren (im Ausmaß von zur Zeit 220 Euro). Gebietskörperschaften sind von der Entrichtung dieser Gebühr befreit (§ 17a Z 2 VfGG; § 24 Abs. 3 Z 3 VwGG). Da der Machthaber in aller Regel beim Machtgeber Regress nehmen kann,<sup>14)</sup> erweist sich in all diesen Fällen die persönliche Befreiungsbestimmung für den Machtgeber als nutzlos – sofern diese Rechtsansicht zutrifft (der Vertreter nicht selbst persönliche Gebührenfreiheit genießt und es keine sondergesetzliche Regelung gibt, wonach in derartigen Fällen dem Parteienvertreter [persönlich] zusätzlich Aufwändersatz zugesprochen wird).<sup>15)</sup>

<sup>9)</sup> Seite 27 zu § 7 BAO; § 13 Abs. 3 GebG fehlt allerdings in der beispielhaften Aufzählung im Handbuch zu § 18 BAO auf Seite 40.

<sup>10)</sup> Z. B. *Gaier*, GebG<sup>4</sup>, § 13 Rz. 13.

<sup>11)</sup> Die Bezeichnung einer Person als „primär[er]“ Schnuldner erfolgt im Sprachgebrauch des VwGH gängigerweise in Abgrenzung zum Haftenden, vgl. z. B. VwGH 28. 10. 2009, 2007/15/0100, unter Hinweis auf VwGH 10. 11. 2006, 2006/14/0008, zur ermessenswidrigen Inanspruchnahme des Haftenden, wenn die aushaftende Abgabenschuld vom Primärschnuldner ohne Schwierigkeiten noch hätte einbringlich gemacht werden können, bzw. VwGH 12. 10. 2009, 2009/16/0084, unter Hinweis auf VwGH 23. 6. 2009, 2007/13/0017, und VwGH verst. Senat 7038 F, wonach verjährungsrelevante Unterbrechungshandlungen anspruchbezogen wirken. Weiterführend siehe auch *Arnold in Rill* (Red.), FS 100 Jahre WU, 124 f. (FN 40 und 41).

<sup>12)</sup> Z. B. in FS *Stoll*, BAO und GebG, 252 (FN 34) und 260 (FN 109a); FS 100 Jahre WU 128 (FN 58); Schuld und Haftung, Rz. 38 (mit Hinweis auf das Gebot einer restriktiven Interpretation bei Verfahrenshilfe); Rechtsgebühren<sup>8</sup>, § 2 Rz. 2a.

<sup>13)</sup> Mit Ausnahme des § 11 (Abs. 1) Z 1 GebG sowie sofern nicht im VfGG/VwGG abweichende oder ergänzende Bestimmungen enthalten sind.

<sup>14)</sup> § 1014 ABGB; *Arnold*, Schuld und Haftung, Rz. 14 f.

<sup>15)</sup> Meines Erachtens ist die Mitschnuldnerschaft des Parteienvertreter betreffend einen persönlich Gebührenbefreiten in Form der hier kritisierten Auslegung jedoch jedenfalls verfassungswidrig, und zwar unabhängig vom (diese Verfassungswidrigkeit bloß plakativ verdeutlichenden) Fall, dass die Partei in einem Verfahren mit Aufwändersatzanspruch obsiegt.

Bei den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts besteht nun weitestgehend Vertretungspflicht.<sup>16)</sup> Dies gilt auch für Gebietskörperschaften, die „von außen“, also von einer Person, „die sich außerhalb der Behörde befindet“, vertreten werden.<sup>17)</sup>

Wenn man der Gesamtschuldnerlösung beiträgt, so fallen ungeachtet der persönlichen Befreiung des Beschwerdeführers (Einschreiters) im Vertretungsfall Gebühren (vor den Höchstgerichten des öffentlichen Rechts Pauschalgebühren) an. Dass diese Lösung nicht sinnvoll wäre, ist augenscheinlich.

Mit dieser Lösung steht auch die ständige Judikatur der Höchstgerichte des öffentlichen Rechts im Rahmen von Kostenentscheidungen im Widerspruch. So heißt es z. B. im Beschluss des VwGH vom 16. 11. 2004, 2000/17/0047, hinsichtlich des erfolgreichen beschwerdeführenden (anwältlich vertretenen) ORF in der Begründung der Kostenentscheidung „*Das Mehrbegehren betreffend Stempelgebühren [nun Pauschalgebühren] war abzuweisen, weil die beschwerdeführende Partei jedenfalls im Zeitpunkt der Beschwerdeerhebung infolge der Gebührenbefreiung des § 2 Z 3 GebG von der Entrichtung der Stempelgebühren befreit war (vgl. das hg. Erkenntnis 31. 3. 2004, 2001/17/0152).*“<sup>18)</sup>

Gleichermaßen erhielten anwältlich vertretene erfolgreiche persönlich gebührenbefreite Beschwerdeführer in anderen Entscheidungen vom VwGH im Rahmen der Entscheidung über den Aufwändersatz zwar Schriftsatz-, nicht aber Stempelgebührenaufwand zugesprochen, z. B. eine (anwältlich vertretene mitbeteiligte) Wassergenossenschaft, „weil für sie als Körperschaft öffentlichen Rechts nach dem Gebührengesetz Gebührenfreiheit gilt.“<sup>19)</sup>

Vom Ansatz her gleichartig – nur außerhalb des praktischen Anwendungsbereichs auf einen Parteienvertreter – sind die Ausführungen des VwGH zur Abweisung des auf Stempelmarkenaufwand gegründeten Mehrbegehrens im Hinblick auf eine sachliche Befreiungsbestimmung (z. B. im Rahmen des § 110 ASVG).<sup>20)</sup>

Deckungsgleich ist die Judikatur des VfGH.<sup>21)</sup>

<sup>16)</sup> § 17 Abs. 2 VfGG, § 24 Abs. 2 VwGG.

<sup>17)</sup> VwGH 19. 10. 1955, 267/53 (verst. Senat), Slg. 1268 F könnte u. U. als Beleg für die Aussage angesehen werden, wiewohl es die Frage der Gebührenpflicht eines Ansuchens eines Bundesbeamten um Gehaltsvorschuss untersucht (und verneint). Zum Finanzprokuratorgesetz siehe insb. § 1, § 2 Abs. 1 Z 1, § 3 Abs. 1 und § 8 Abs. 1 ProkG. Die Finanzprokurator ist organisatorisch als in den Verwaltungskomplex des BMF eingegliedertes Organ ausgebildet. Als Konsequenz der Erlasmeinung müssten demzufolge unterschiedliche gebührenrechtliche Folgen eintreten, je nachdem, ob die Republik Österreich vor dem VwGH/VfGH durch die Finanzprokurator oder durch einen Rechtsanwalt vertreten wird.

<sup>18)</sup> Dem im Beschwerdeverfahren 2001/17/0152 obsiegenden anwältlich vertretenen ORF wird im zitierten Erkenntnis beschieden, „*das Mehrbegehren betreffend Stempelgebühren war abzuweisen, weil die beschwerdeführende Partei infolge der Gebührenbefreiung des § 2 Z 3 GebG von der Entrichtung der Stempelgebühren befreit war (vgl. VwGH-Erk. 11. 11. 1982, 3629/80, m. w. N.)*“.

<sup>19)</sup> VwGH 14. 9. 1978, 978/78 (damals geltende Rechtslage, nach der grundsätzlich auch Eingaben einer mitbeteiligten Partei eingabengebührenpflichtig waren).

<sup>20)</sup> Z. B. VwGH 22. 10. 1991, 90/08/0138.

<sup>21)</sup> Die Parallelität der Judikatur betrifft auch den – wie gesagt hier nicht relevanten – Bereich der sachlichen Gebührenbefreiung. Siehe z. B. VfGH-Erkenntnis 19. 6. 2001, B 864/98, Slg. 16.200 („*Stempelgebühren waren auf Grund der sachlichen Abgabefreiheit gem. § 110 ASVG nicht zuzusprechen*“). Im Beschluss des VfGH vom 10. 10. 2003, B 1492/01, Slg. 17.020, finden sich nachstehende Aussagen (die allerdings nur zur Abrundung der Thematik zitiert werden, da der VfGH in diesem Beschluss eine sachliche – und keine persönliche – Gebührenfreiheit zu behandeln hatte). „*Die Kostenentscheidung stützt sich auf § 88 VfGG. Trotz Zurückweisung der Beschwerde waren dem Beschwerdeführer Kosten zuzusprechen, da die belangte Behörde insofern als im Verfahren unterlegen anzusehen ist, als die Beschwerde die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Teilen des ASVG (i. d. F. der 58. Novelle) ausdrücklich angeregt und der Verfassungsgerichtshof die als verfassungswidrig kritisierten Bestimmungen z. T. tatsächlich als verfassungswidrig erkannt hat (vgl. VfSlg. 13.308/1992, 13.695/1994). In den zugesprochenen Kosten ist Umsatzsteuer in Höhe von 327 Euro enthalten. Ein Einsatz der entrichteten Eingabengebühr war wegen der sachlichen Abgabefreiheit des Verfahrens (§ 110 Abs. 1 Z 3 ASVG) nicht zuzusprechen.*“

Als Beispiel im Rahmen der hier zu behandelnden persönlichen Abgabefreiheit siehe das VfGH-Erkenntnis vom 28. 9. 2000, B 1536/98, Slg. 15.940. „*Ein Stempelgebührenersatz war im Hinblick auf die bestehende persönliche Abgabefreiheit der [hier anwaltlich vertretenen] beschwerdeführenden AUVA (§ 109 i. V. m. § 24 Abs. 1 Z 1 ASVG) nicht zuzusprechen.*“

Wenn es nun aber keinen „*Ersatz für die entrichtete Eingabengebühr*“ (aktuell nunmehr 220 Euro!) gibt, soll diese der Parteienvertreter tragen oder die Partei (unabhängig vom Verfahrensausgang, aber selbst trotz Obsiegens) auf der Basis zivilrechtlicher Regressregelungen (und einer verfassungswidrigen Rechtslage?).

### 8. Reduzierende Interpretation (auch) für den Fall, dass der Primärschuldner kraft Gesetzes persönlich befreit ist?

Wie lassen sich nun die einschlägigen Kostenentscheidungen der Höchstgerichte des öffentlichen Rechts, die im Ergebnis davon ausgehen, dass die persönliche Gebührenbefreiung des Beschwerdeführers nicht seinem Rechtsanwalt schadet, mit dem gem. § 17a Z 6 VfGG bzw. § 24 Abs. 3 Z 6 VwGG auch im Verfahren vor den Höchstgerichten des öffentlichen Rechts geltenden § 13 Abs. 3 GebG vereinen? Einschlägige Kritik an diesen Kostenentscheidungen ist nicht bekannt (und wäre auch nicht gerechtfertigt).

Das Problem habe ich schon vor Jahren im Zusammenhang mit einer Partei, der Verfahrenshilfe gewährt wurde (persönliche Gebührenfreiheit nach § 64 Abs. 1 Z 1 lit. b ZPO), erörtert. Ich bin damals zum Ergebnis gekommen, dass in reduzierender (verfassungswidrige Ergebnisse vermeidender) Interpretation der Verfahrenshilfevertreter nicht als Vertreter i. S. d. § 13 Abs. 3 GebG – also als jemand, der im (gebühren-)rechtlich relevanten Sinn im Namen eines anderen eine Eingabe überreicht – angesehen werden kann.<sup>22)</sup> Oder soll der Verfahrenshilfevertreter die Schriftengebühr von Amts wegen ersetzt bekommen?

Der Gebührengesetzgeber hat dieses Problem bis dato nicht aufgegriffen. Eine generelle Aussage, dass sämtliche frei gewählten Vertreter persönlich befreiter Parteien nicht Vertreter i. S. d. § 13 Abs. 3 GebG sind, erscheint gewagt, auch wenn dies<sup>23)</sup> damit gerechtfertigt werden könnte, dass solcherart ein verfassungswidriges Ergebnis vermieden wird.

Gemeinhin wird gesagt, dass dann, wenn zwei Personen Gesamtschuldner sind, es im Ermessen (§ 20 BAO) der Abgabenbehörde liegt, welchen Gesamtschuldner sie zur Abgabentrichtung heranzieht, wobei die zugrunde liegenden Zivilrechtsverhältnisse (im Rahmen des Auswahlermessens), ermessenslenkend sind,<sup>24)</sup> dass aber dann, wenn ein Gesamtschuldner ausfällt (und seine persönliche Gebührenfreiheit kann man als einen solchen Ausfall sehen), für eine Ermessensentscheidung kein Raum bleibt (d. h., dass im Fall eines persönlich befreiten Gesamtschuldners der andere heranzuziehen ist).

<sup>22)</sup> Arnold, *Gebührensommer 1997*, SWK-Heft 27/1997, S 582 FN 29; derselbe, *Schuld und Haftung*, Rz. 38 (FN 40); vgl. z. B. VwSlg. 15502 A: „*Aufwand für Stempelmarken ist der Beschwerdeführerin nicht entstanden, weil ihr mit Beschluss ... die Verfahrenshilfe im Umfang ... der Gebühr nach § 24 Abs. 3 VwGG bewilligt wurde.*“

<sup>23)</sup> Reduzierende Interpretation (vgl. zum Begriff VfSlg. 16.327 bzw. 12.184). Solcherart kann auf methodisch einwandfreie Weise über legistische Unzulänglichkeiten hinweggeholfen werden (vgl. VfSlg. 14.049).

<sup>24)</sup> Vermeidung unnötigen Regresses unter den Gesamtschuldnern ist eine für das Auswahlermessen nach der VwGH-Judikatur maßgebliche Richtschnur (z. B. VwGH 30. 7. 1994, 89/17/0106), wobei der Grundsatz gelten sollte, dass eine überflüssige Regresssituation von der Finanzverwaltung gar nicht herbeigeführt werden sollte (vgl. Arnold, *Schuld und Haftung*, Rz. 48).



### 9. Auswahlermessen (Ermessensreduktion auf null?)

Hier stellt sich die Frage, ob nicht aufgrund der Besonderheiten der Ausgangslage eine Ermessensreduktion auf null gegeben ist.

So hat der BFH beispielsweise in seinem Urteil vom 15. 10. 1998, BFHE 189, 198,<sup>25)</sup> ausgesprochen, wenn nur der Erlass (= die Nachsicht) eines Anspruchs aus dem Steuerschuldverhältnis (vgl. § 227 dAO 1977) ermessensgerecht ist, habe das Gericht gem. § 101 Satz 1 FGO die Verpflichtung zum Erlass (= zur Nachsicht) auszusprechen, auch wenn – vgl. gemeinsamer Senat der Obersten Gerichtshöfe des Bundes 19. 10. 1971, BFHE 105, 101 – die Entscheidung über einen Erlass (= über eine Nachsicht) eine Ermessensentscheidung der Behörde ist.

Im Urteil vom 8. 3. 2001, V R 61/97, BFHE 194, 517 = DStR 2001, 1151, hat der BFH im Zusammenhang mit § 14 dUStG 1991/1993 ausgesprochen, dass dann, wenn die Voraussetzungen des Urteils des EuGH vom 19. 9. 2000, Rs. C-454/98, *Schmeink & Cofreth und Manfred Strobel*, vorliegen und diese Streitfrage nicht (schon) im Abgaben(festsetzungs)verfahren ausgetragen wird, demnach dem Erlass (= Nachsichtsantrag) Folge zu geben ist. Dieses Urteil des BFH spricht davon, dass „*der Ermessensspielraum der Behörde aufgrund des Gemeinschaftsrechts entfällt*“.

Gleichermaßen kann – vorerst einmal rechtstheoretisch untersucht – m. E. auch eine verfassungsrechtliche Vorgabe vorliegen, die dazu führt, dass der „Ermessensspielraum“ der Behörde (etwa aufgrund des Sachlichkeitsgebots des Gleichheitssatzes) „entfällt“.

Der vorliegende Fall ist ganz augenscheinlich ein solcher, bei dem die nach § 20 BAO umfassend zu berücksichtigenden „*Umstände*“ beim Auswahlakt (ebenfalls) zu einer „Ermessensreduktion auf null“ (im wahrsten Sinn des Wortes) führen. Es liegen hier verfassungsrechtliche Vorgaben vor, die im Nachsichtsverfahren zu einer Ermessensreduktion auf null, demzufolge auch zum Gebot der Gewährung der Nachsicht an den Parteienvertreter, führen. Weiters ist m. E. davon auszugehen, dass das (vorgegebene) Ergebnis des Nachsichtsverfahrens (hier) schon (dieses entbehrlieh machend) im Verfahren betreffend Inanspruchnahme der Mitschuldnerschaft zu beurteilen ist.

Es kann nicht Aufgabe dieses Beitrags sein, die gesamte Thematik der sog. Ermessensreduktion auf null aufzuarbeiten. Unbestritten sollte aber sein, dass es Fallkonstellationen geben kann, wonach die Heranziehung des „*letzten*“ – allein aus Verschulden der Finanzverwaltung verbliebenen – Gesamtschuldners oder Haftenden ermessenswidrig sein kann – eine Situation, die sich hier in der Variante widerspiegelt, dass die vom Gesetzgeber geschaffene Rechtslage zu diesem Widerspruch führt.

Wollte man<sup>26)</sup> jedoch dem Parteienvertreter entgegenhalten, das Argument der Unbilligkeit der ihn in concreto bei gesetzlich festgeschriebener persönlicher Gebührenfreiheit seines Mandanten, bei rechtskräftiger Abweisung eines auf Aufwandsersatz gerichteten Begehrens und bei Fehlen einer gesetzlichen Regelung, dass ihm persönlich in einem Verfahren, in dem man nur als Parteienvertreter tätig ist, Aufwandsersatz zugesprochen werden kann (und muss) betreffend die Schuldnerschaft einer Pauschalgebühr (vor den Höchstgerichten des öffentlichen Rechts im nicht unerheblichen Ausmaß von 220 Euro), sei keine Frage der Abgabefestsetzung, sondern eine Frage der Unbilligkeit „*ihrer Einhebung nach der Lage des Falles*“,<sup>27)</sup> so lässt sich mit Recht die Rechtsansicht vertreten, dass hinsichtlich der Abgabefestsetzung

<sup>25)</sup> Ebenso BFH 25. 11. 1997, BFHE 185, 94.

<sup>26)</sup> Etwa im Sinn des BFH-Beschlusses vom 9. 9. 2009, VII B 11/09.

<sup>27)</sup> Zur Streitfrage, ob „*Lage des Falles*“ im Sinn einer „*Lage des Einzelfalles*“ zu lesen ist, sei auf Ritz, BAO<sup>3</sup>, § 236 Tz. 9 (mit Hinweis auf Arnold, AnwBl 1980, 213), verwiesen.

(und sei es auch hinsichtlich des Streitfalls) das Auswahlermessen, wer von mehreren Gesamtschuldnern herangezogen wird oder ob in concreto keiner der Gesamtschuldner herangezogen werden darf, auf null reduziert ist, wenn einem nachmaligen Nachsichtsgesuch des solcherart in Anspruch Genommenen ein Erfolg beschieden sein muss.

### 10. Vergleich mit dem Gerichtsgebührenrecht nach GGG

Auch das GGG<sup>28)</sup> kennt die Institution der persönlichen Gebührenfreiheit (§§ 8 und 10). § 12 Abs. 1 GGG bestimmt, dass die persönliche Gebührenfreiheit nur der Partei, der sie durch Bewilligung der Verfahrenshilfe oder durch das Gesetz gewährt wird, zukommt, ferner aber auch ihrem Bevollmächtigten sowie ihrem gesetzlichen Vertreter. Die Vertreter der Parteien scheinen im Katalog der zahlungspflichtigen Personen (§ 7 Abs. 1 GGG) nicht auf.<sup>29)</sup> Abgesehen vom Fall der Selbstberechnung (§ 31 Abs. 5 GGG) beschränken sich die Anordnungen im GGG hinsichtlich einer Haftung der Bevollmächtigten und der gesetzlichen Vertreter auf Mehrbeträge nach § 31 Abs. 1 GebG (sofern ein solcher nach den in Betracht kommenden Tatbeständen der „Überreichung der Eingabe“ überhaupt – limitiert bekanntlich mit 400 Euro – in Betracht kommt).

Der Bevollmächtigte (Parteienvertreter) schuldet daher weder Gerichtsgebühren, noch haftet er für solche; er schuldet auch nicht einen allfälligen Mehrbetrag nach § 31 Abs. 1 GGG, sondern haftet bloß für diesen als Bürge und Zahler. Von der Vorschreibung des Mehrbetrags (und damit auch von der Inanspruchnahme der Haftung) kann nach § 31 Abs. 4 GGG abgesehen werden, wenn dem Zahlungspflichtigen nicht zugemutet werden konnte, mit der Überreichung des Schriftsatzes bis zur Entscheidung über seinen in der Folge (nicht von vornherein als unberechtigt anzusehenden) abgewiesenen Antrag auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zuzuwarten.

### 11. Lösung durch den Gesetzgeber

Um die Problematik frei von Auslegungsfragen aus der Welt zu schaffen, müsste in § 13 Abs. 3 GebG durch Gesetzgebungsakt die Rechtsposition des Vertreters von der eines Solidarschuldners auf die eines Haftenden heruntergestuft werden. Durch die im GGG problemlos praktizierte Haftung als Bürge und Zahler<sup>30)</sup> würde es dem Fiskus trotzdem ermöglicht, erforderlichenfalls den hinsichtlich der Einbringlichmachung i. d. R. leichteren Weg der Inanspruchnahme des Parteienvertreters zu wählen, aber eben nur dort, wo die Partei die Schriftengebühr auch selbst schuldet (d. h. nicht persönlich durch Gesetz oder durch Gewährung der Verfahrenshilfe befreit ist). Die Mitschuldnerschaft des Parteienvertreters mit einem persönlich befreiten Gebührenschuldner macht diese persönliche Gebührenbefreiung nicht nur sinnlos – bzw. um ein Wort aus dem VfGH-Erkenntnis Slg. 13.222/1992 zu verwenden, skurril –, sondern verdient darüber hinaus für sich (jedenfalls bei ins Gewicht fallenden Gebühren wie denen nach VfGG und VwGG) das Verdikt verfassungswidrig.

<sup>28)</sup> Zur Bezugnahme auf die nachstehend erörterten Bestimmungen des GGG für die Auslegung des § 13 Abs. 3 GebG siehe auch *Arnold*, Schuld und Haftung, Rz. 38 FN 40.

<sup>29)</sup> Ob sie i. S. d. § 7 Abs. 1 Z 4 GGG eine „andere Amtshandlung veranlasst“ haben, muss hier nicht untersucht werden; sie haften auch gem. § 7 Abs. 2 GGG für die Gerichtsgebühren nicht, sofern nichts anderes gesetzlich festgelegt ist. Auch der Fall des § 38 ZPO (§ 7 Abs. 3 GGG) muss hier nicht näher untersucht werden.

<sup>30)</sup> Siehe Punkt 10. Die Zahlungspflicht „als Bürge und Zahler“ ist nur eine akzessorisch zur Hauptschuld hinzutretende Nebenschuld, die vom Bestand der Hauptschuld abhängig ist und daher überhaupt nicht zur Entstehung gelangen kann, wenn es an einer Hauptschuld fehlt. VwGH 19. 6. 1951, 2564/50, Slg. 426F, JBl 1951, 557.