



Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Zorn und die Hofräte Dr. Mairinger und Dr. Thoma als Richter unter Mitwirkung der Schriftführerin Galli, LL.M., über die Revision des Finanzamtes für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel in 1030 Wien, Marxergasse 4, gegen das Erkenntnis des Bundesfinanzgerichtes vom 20. August 2019, RV/7102599/2018, betreffend Rechtsgebühr (mitbeteiligte Partei: V AG als Rechtsnachfolgerin der V GmbH in W), den

B e s c h l u s s

gefasst:

Die Revision wird zurückgewiesen.

Begründung:

- 1 Unbestritten ist, dass die Rechtsvorgängerin der Mitbeteiligten als Pächterin am 5. Oktober 2010 mit der Eigentümerin eines Grundstückes einen „Pacht- und Servitutsvertrag“ folgenden Inhaltes abschloss:

„§ 1 GEGENSTAND

Der VERPÄCHTER ist grundbücherlicher Alleineigentümer der Grundstücke, inneliegend der Liegenschaft EZ, KG W, Bezirksgericht B (im Folgenden kurz die GRUNDSTÜCKE genannt).

Gegenstand dieses Pachtvertrages sind die im Eigentum des VERPÄCHTERS befindlichen GRUNDSTÜCKE samt dem darüber befindlichen Luftraum. Die vom PÄCHTER für die Ausübung der Pacht- und Servitutsrechte gemäß § 2 und § 4 A in Anspruch genommene Fläche ist in der diesem Vertrag als wesentlicher Bestandteil angeschlossenen Plankopie (Beilage 1) rot ausgewiesen. Sollten sich die ausgewiesenen Flächen im Zuge des Baus geringfügig (max. 20%) ändern, so erklärt sich der VERPÄCHTER ausdrücklich mit dieser Änderung einverstanden.

Der VERPÄCHTER verpachtet und übergibt und der PÄCHTER pachtet und übernimmt die obig näher bezeichneten GRUNDSTÜCKE samt dem darüber befindlichen Luftraum, wie der VERPÄCHTER die GRUNDSTÜCKE zu besitzen und benützen berechtigt war. Mit dem Tag der Vertragsunterfertigung gehen daher Besitz, Nutzen und Vorteil, aber auch Lasten und Gefahren aus dem Pachtgegenstand auf den PÄCHTER über.

§ 2 VERTRAGSZWECK





Die GRUNDSTÜCKE dienen dem PÄCHTER zur Aufstellung, Errichtung, Verlegung und zum Betrieb von Windkraftanlagen inkl. Montageplätzen (wie auf dem Plan gemäß Beilage 1), Fundamenten, Trafostationen, Nieder- und Hochspannungskabeln, Datenleitungen, Erdungsanlagen, und sonstigen dazugehörigen technischen Anlagenteilen der Windkraftanlagen (im Folgenden kurz die ‚WINDKRAFTANLAGEN‘ genannt; dieser Begriff umfasst auch die eben angeführten Nebenpositionen). Der PÄCHTER ist im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften und baubehördlichen Bewilligungen berechtigt, die WINDKRAFTANLAGEN zu errichten und alle Maßnahmen zu ergreifen, die er zum Betrieb dieser WINDKRAFTANLAGEN erforderlich und nützlich hält. Der VERPÄCHTER wird den PÄCHTER bei der Umsetzung bestmöglich unterstützen, allfällige für eine Bauführung erforderliche Erklärungen abgeben und diesbezüglich notwendige Schriftstücke unterfertigen.

Entsprechend dem derzeitigen Planungsstand werden voraussichtlich WINDKRAFTANLAGEN mit einer Nabenhöhe von ca. 135 m und einem Rotordurchmesser von ca. 101 m (jeweils +/- 20 m Toleranz je nach Typ der gewählten Anlage) zum Einsatz kommen. Die WINDKRAFTANLAGEN sollen dort nach deren Aufstellung und ggf. nach deren Ersatz durch neuere Anlagen über die Vertragsdauer kontinuierlich zur Stromerzeugung betrieben werden.

§ 3 SUPERÄDIFIKAT

Ob der GRUNDSTÜCKE werden sämtliche WINDKRAFTANLAGEN (und sonstige Bauwerke) in der erklärten Absicht der Parteien aufgeführt, dass diese nicht stets darauf bleiben sollen und sohin nicht Bestandteil oder Zubehör der GRUNDSTÜCKE, sondern vielmehr Gegenstand selbständigen Eigentums des PÄCHTERS werden (Superädifikat gemäß § 435 ABGB).

Der VERPÄCHTER anerkennt das Eigentum des PÄCHTERS an den von ihm aufzuführenden Superädifikaten.

§ 4 RECHTE UND PFLICHTEN DES VERPÄCHTERS

A. Der VERPÄCHTER gewährt dem PÄCHTER ob den GRUNDSTÜCKEN das Recht

- 1) zur Aufstellung, Errichtung, von WINDKRAFTANLAGEN samt Montageplätzen, Fundamenten und Trafostationen an den in der Beilage 1 gekennzeichneten Standorten.
- 2) notwendige Versorgungs-, Verbindungs- und Einspeiseleitungen zu und von den WINDKRAFTANLAGEN zu verlegen.
- 3) jederzeit notwendige Zufahrten mit Fahrzeugen aller Art von den öffentlichen Straßen und landwirtschaftlichen Wegen im Eigentum des VERPÄCHTERS zu den WINDKRAFTANLAGEN durchzuführen. Dies



gilt insbesondere für Zufahrten im Zuge des Betriebs, des An- und Abtransports und der Aufstellung, des Umbaus und der Demontage der WINDKRAFTANLAGEN. Der PÄCHTER hat das Recht, die Zufahrt in Form eines über die Nutzungsdauer der WINDKRAFTANLAGEN permanenten Weges auszuführen.

- 4) zur Durchführung der Montagetätigkeiten der WINDKRAFTANLAGEN.
- 5) die WINDKRAFTANLAGEN zu betreiben, zu überprüfen, zu erneuern, umzubauen, instandzuhalten und zu beseitigen.
- 6) für die oben genannten Tätigkeiten die gepachteten Flächen jederzeit durch die vom PÄCHTER hierzu bestellten Personen zu betreten und zu befahren.

B. Der VERPÄCHTER verpflichtet sich,

- 1) von einem Eigentumswechsel einzelner, mehrerer oder sämtlicher seiner in diesem Vertrag genannten GRUNDSTÜCKE den PÄCHTER im Voraus zu benachrichtigen und die vertragsgegenständlichen Verpflichtungen vollinhaltlich an seine Rechtsnachfolger zu übertragen.
- 2) den PÄCHTER rechtzeitig von beabsichtigten Arbeiten zu verständigen, durch welche die WINDKRAFTANLAGEN oder die verlegten Leitungen Schaden nehmen könnten und ihn diesbezüglich vollkommen schad- und klaglos zu halten.
- 3) den Bestand und den Betrieb der genannten WINDKRAFTANLAGEN samt allen Arbeiten und Vorkehrungen in dem unter § 4 A. genannten Umfang zu dulden, und alles zu unterlassen, was eine Beschädigung oder Störung der WINDKRAFTANLAGEN zur Folge haben könnte.
- 4) nichts zu unternehmen, was den geplanten WINDKRAFTANLAGEN Schaden zufügt bzw. eine Verschlechterung der Wirtschaftlichkeit zur Folge haben könnte.
- 5) den PÄCHTER bei der Einholung von benötigten Genehmigungen für die Aufstellung und den Betrieb von WINDKRAFTANLAGEN zu unterstützen, wobei dadurch ggf. anfallende Kosten vom PÄCHTER getragen werden.
- 6) Behördenauflagen, die nur durch den VERPÄCHTER umgesetzt werden können, auf Kosten des PÄCHTERS umzusetzen.
- 7) die zur grundbücherlichen Einverleibung notwendigen Urkunden ordnungsgemäß zu unterfertigen bzw. zur Verfügung zu stellen.

C. Der VERPÄCHTER ist berechtigt die dem PÄCHTER zur Errichtung der WINDKRAFTANLAGEN verpachteten GRUNDSTÜCKE nach deren Errichtung zur landwirtschaftlichen Nutzung einem anderen Nutzer zur



Verfügung zu stellen. Die Rechte des PÄCHTERS aus diesem Vertrag dürfen dadurch jedoch nicht beeinträchtigt werden und müssen sämtliche Pflichten des VERPÄCHTERS auch auf diese weiteren Nutzer der GRUNDSTÜCKE nachweislich vertraglich überbunden werden, widrigenfalls der VERPÄCHTER den PÄCHTER weiterhin schad- und klaglos hält. Die Einräumung dieser landwirtschaftlichen Nutzungsmöglichkeiten hat derart ausgestaltet zu sein, dass den landwirtschaftlichen Nutzern bei ordnungsgemäßer Ausübung ihrer Nutzungsrechte keinerlei Ansprüche gegenüber dem PÄCHTER - welcher Art auch immer - zustehen.

D. 1.) Zur weiteren Besicherung des Betriebes der WINDKRAFTANLAGEN des PÄCHTERS räumt der VERPÄCHTER für sich und seine Rechtsnachfolger dem PÄCHTER und dessen Rechtsnachfolgern das dingliche Recht der Dienstbarkeit ein, auf dem(den) im § 1 näher bezeichneten GRUNDSTÜCKEN zwecks Errichtung der im § 2 näher bezeichneten WINDKRAFTANLAGEN und sonstigen Bauwerken die im § 4 A näher definierten Servitutsrechte gemäß den übrigen in diesem Vertrag darauf bezug nehmenden Bestimmungen auszuüben. Der PÄCHTER nimmt hiermit diese Dienstbarkeit bindend an.

- 2.) Mit dem Tag der Vertragsunterfertigung gehen Besitz, Nutzen und Vorteil dieser Dienstbarkeit aber auch Lasten und Gefahr aus dieser auf den PÄCHTER über.
- 3.) Diese Dienstbarkeit ist grundbücherlich sicherzustellen.
- 4.) Für die Einräumung dieser Dienstbarkeit erhält der VERPÄCHTER vom PÄCHTER als einmaliges Entgelt den Pauschalbetrag von € 1,-.

E. Der VERPÄCHTER erklärt sich mit einer allfälligen sicherungsweisen Abtretung der Rechte und Ansprüche des PÄCHTERS aus dem Pachtvertrag einverstanden.

F. VERPÄCHTER und PÄCHTER erklären Vertragsannahme.

§ 5 PFLICHTEN DES PÄCHTERS

- 1) Der PÄCHTER kümmert sich um die notwendigen öffentlich-rechtlichen Genehmigungen, zum Beispiel um die gewerberechtlichen Genehmigungen, und übernimmt die dafür anfallenden Kosten.
- 2) Der PÄCHTER kümmert sich um die Umsetzung von Behördenauflagen und trägt die Kosten dafür. In Ausnahmefällen gilt § 4 B. (6).
- 3) Flurschäden, die außerhalb der unmittelbaren Aufstellungsfläche der WINDKRAFTANLAGEN als Folge der Tätigkeiten des PÄCHTERS gemäß § 4 A. entstehen - insbesondere im Zuge der Montagetätigkeiten - beseitigt der PÄCHTER auf seine Kosten. Beseitigt der PÄCHTER allfällige Flurschäden nicht auf seine Kosten oder vereinbaren die Parteien



einvernehmlich die Durchführung der Beseitigung durch den -
VERPÄCHTER, so ersetzt der PÄCHTER dem VERPÄCHTER die
Kosten der Beseitigung dieser Flurschäden nach den Richtsätzen der
NÖ Landwirtschaftskammer bzw. deren Rechtsnachfolger.

- 4) Entschließt sich der PÄCHTER zur endgültigen Demontage einer
WINDKRAFTANLAGE - entweder zum Ende des Vertrags oder schon
davor, beseitigt er auf seine Kosten sämtliche von ihm verursachten
Flurschäden. Beseitigt der PÄCHTER allfällige Flurschäden nicht auf seine
Kosten oder vereinbaren die Parteien einvernehmlich die Durchführung der
Beseitigung durch den VERPÄCHTER, so ersetzt der PÄCHTER dem
VERPÄCHTER die Kosten der Beseitigung dieser Flurschäden nach den
Richtsätzen der NÖ Landwirtschaftskammer bzw. deren Rechtsnachfolger.
Die unter der ursprünglich vorhandenen Grundoberfläche eingebrachten
Einbauten, das sind insbesondere das Fundament und die Verkabelungen,
müssen vom PÄCHTER allerdings nur bis zu einer Tiefe von einem Meter
unter der Erdoberfläche entfernt werden. Die Oberfläche wird mit -
qualitativ dem ursprünglichen Erdreich entsprechendem - Erdreich
überdeckt, so daß eine Erdoberfläche wieder hergestellt wird, die der
übrigen Erdoberfläche vergleichbar ist.

Alle über der Grundoberfläche errichteten Anlagenteile werden vom
PÄCHTER vollständig demontiert.

- 5) Der PÄCHTER verpflichtet sich, spätestens 2 Jahre nach der endgültigen
Stilllegung der WINDKRAFTANLAGEN, diese zu entfernen.

§ 6 VERTRAGSDAUER

Der vorliegende Vertrag beginnt am 1. Oktober 2010 und wird auf
unbestimmte Dauer geschlossen.

...

Der VERPÄCHTER erklärt sich damit einverstanden, dass das Bestandrecht
des PÄCHTERS nach den Bestimmungen dieses Vertrages im Lastenblatt der
Liegenschaft EZ, KG B einverleibt werde und verpflichtet sich, alle hiefür
erforderlichen Erklärungen abzugeben, die dafür nötig sind, dass das
Bestandrecht des PÄCHTERS einverleibt werden kann.

Nach Beendigung des Pachtverhältnisses, zu welchem Zeitpunkt auch immer,
wird der PÄCHTER die GRUNDSTÜCKE geräumt an den VERPÄCHTER
übergeben. Es gelten die oben genannten Pflichten des PÄCHTERS.

§ 7 BESTANDZINS

1. Als jährlich zu entrichtender Pachtzins hat der PÄCHTER dem
VERPÄCHTER



- a) 0,20 % der Gutschrift der Abrechnungsstelle, des Netzbetreibers oder

...

Für die Gutschrift wird der Mittelwert des Stromertrages aller WINDKRAFTANLAGEN, welche in der KG B durch den PÄCHTER errichtet werden, herangezogen.

2. Die Gutschrift für den Strom aus WINDKRAFTANLAGEN beginnt mit der Stromlieferung und endet, sobald kein Strom mehr von der jeweiligen WINDKRAFTANLAGE geliefert; wird.
3. Mit der Bezahlung des Pachtzinses hat der VERPÄCHTER gegenüber dem PÄCHTER aus dem Titel der Einräumung von Rechten und der Übernahme von Verpflichtungen aus diesem Vertrag keine wie immer gearteten Entgeltansprüche mehr.

§ 8 HAFTUNG

Hinsichtlich der Schadensersatzansprüche Dritter, die im Zusammenhang mit der Tätigkeit des PÄCHTERS gestellt werden, verpflichtet sich der PÄCHTER, den VERPÄCHTER schad- und klaglos zu halten.

§ 9 RECHTSNACHFOLGE

- 1.) Der Vertrag geht beiderseits mit allen Rechten und Pflichten auf die Rechtsnachfolger über. Dem PÄCHTER wird das ausdrückliche Recht eingeräumt, sämtliche Rechte und Pflichten aus diesem Vertrag an Dritte Personen zu übertragen.

§ 10 AUFSANDUNG

...“

- 2 Mit Bescheid vom 8. Mai 2018 setzte das Finanzamt für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel die Gebühr für diesen Vertrag gemäß § 33 TP 9 GebG mit 2 v.H. vom Wert des bedungenen Entgelts in der Höhe von € 17.348,32 mit € 346,97 fest, wogegen die Mitbeteiligte Beschwerde erhob.
- 3 Mit dem angefochtenen Erkenntnis gab das Bundesfinanzgericht der Beschwerde gemäß § 279 BAO Folge und hob den angefochtenen Bescheid - ersatzlos - auf. Weiters sprach das Gericht aus, dass gegen dieses Erkenntnis eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig sei.



Nach Darstellung des Vertragsinhaltes sowie des Verfahrensganges erwog das Gericht in rechtlicher Hinsicht:

„3. Rechtslage und Erwägungen

In gegenständlichem Beschwerdefall steht in Streit, ob das Rechtsgeschäft der Rechtsgeschäftsgebühr nach § 33 TP 9 GebG oder der Gebühr nach § 33 TP 5 GebG unterliegt.

Die Gebührentatbestände des § 33 GebG verwenden im Allgemeinen die Begriffe des Zivilrechts. Für die Abgrenzung unterschiedlich geregelter gebührenpflichtiger Rechtsgeschäfte voneinander ist daher deren zivilrechtliche Einordnung maßgebend. Enthält ein einheitlicher Vertrag verschiedenen Vertragstypen entnommene Elemente, ist er gebührenrechtlich nach seinem überwiegenden rechtlichen oder wirtschaftlichen Zweck zu beurteilen. Für die Rechtsnatur eines Vertrages ist die nach § 914 ABGB ermittelte Absicht der Parteien hinsichtlich der Wirkungen des Vertrages maßgebend. Dabei kommt es vor allem auf den von den Parteien bei Abschluss des Vertrages verfolgten, objektiv erkennbaren Zweck des Vertrages an (vgl. VwGH 24.6.2010, 2010/16/0053, mwN). Für die Zuordnung eines Rechtsgeschäftes zu einem Gebührentatbestand ist das Gesamtbild und nicht einzelne Sachverhaltselemente maßgebend (vgl. VwGH 18.9.1980, Zl. 51/79, Slg. 5505/F).

Ergibt sich der Charakter eines Vertrages als Mischvertrag, so ist, wenn ein einheitlicher Vertrag verschiedenen Vertragstypen entnommene Elemente enthält - dieser gebührenrechtlich nach seinem überwiegenden rechtlichen bzw. wirtschaftlichen Zweck zu beurteilen. Für die Zuordnung eines Rechtsgeschäftes zu einem Gebührentatbestand sind das Gesamtbild und nicht einzelne Sachverhaltselemente maßgebend (vgl. *Fellner*, Stempel- und Rechtsgebühren, Rz 9 zu § 15 GebG mit Judikaturhinweisen).

Nach § 472 ABGB wird durch das Recht der Dienstbarkeit ein Eigentümer (in der Regel einer Liegenschaft) verbunden, zum Vorteil eines anderen, nämlich des Berechtigten, in Rücksicht seiner Sache etwas zu dulden oder zu unterlassen. Es ist ein dingliches, gegen jeden Besitzer der dienstbaren Sache wirksames Recht. Ein Servitut liegt nur vor, wenn die Hauptpflicht des Eigentümers des belasteten Grundstücks in einer Duldung oder Unterlassung besteht, nicht aber bei einer ausschließlichen Verpflichtung zu einer positiven Leistung (vgl. *Fellner*, Gebühren und Verkehrsteuern, Band I, Stempel- und Rechtsgebühren, Rz 1 zu § 33 TP 9 GebG unter Hinweis auf OGH 7.10.2011, 5 Ob 154/11 z).

Das bürgerliche Recht unterscheidet zwischen Grunddienstbarkeiten, wenn das Recht der Dienstbarkeit mit dem Besitze eines Grundstückes zu dessen vorteilhafteren oder bequemerem Benützung verknüpft ist (§ 473 ABGB), und



persönlichen Dienstbarkeiten. Bei den Grunddienstbarkeiten steht das Recht dem jeweiligen Eigentümer einer bestimmten Liegenschaft (herrschendes Grundstück) zu. Zu den Grunddienstbarkeiten zählen die Hausservituten und die Feldservituten (Fahrtrecht etc).

Als persönliche Servituten kennt das bürgerliche Recht das Gebrauchsrecht, die Fruchtnießung und das Wohnungsrecht. So ist das Recht der Fruchtnießung ein dingliches, gegen jeden Besitzer der dienstbaren Sache wirksames Recht (§ 472 ABGB).

Unregelmäßige Dienstbarkeiten sind Dienstbarkeiten, die ihrem Inhalt nach Realservituten sind, aber bloß einer bestimmten Person eingeräumt werden (vgl. *Fellner*, aaO, Rz 3 zu § 33 TP 9 GebG unter Hinweis auf OGH 17.12.1991, 5 Ob 117/91).

Ein Recht der vorübergehenden ‚Inanspruchnahme‘ bestimmter Grundflächen zur Ausführung von Arbeiten an einer Rohrleitung stellt eine Dienstbarkeit iSd § 33 TP 9 GebG dar. Die Auffassung, eine Dienstbarkeit an einem Grundstück sei ‚schon ihrer Natur nach eine auf Dauer angelegte Berechtigung‘, ist unrichtig: Aus § 527 ABGB geht eindeutig hervor, dass eine Servitut auch auf eine beschränkte Zeit eingeräumt werden kann, sodass die Dienstbarkeit durch Zeitablauf zum Erlöschen kommt. Dem Zeitablauf steht dabei etwa eine auflösende Bedingung gleich (VwGH 28.6.1995, 94/16/0045, 94/16/0104).

Die den Eigentümer der dienenden Grundstücke betreffenden Duldungs- und Unterlassungsverpflichtungen wie etwa die Duldung der Errichtung, des Bestandes, des Betriebes und der Instandhaltung von Leitungsanlagen, des Begehens und Befahrens des dienstbar gemachten Grundstreifens, des Entfernen von Boden- und Pflanzenhindernissen, des Freihaltens von Bewuchs sowie die dafür zugestandene Art der Entschädigung sind als typischer Inhalt von Leitungsdienstbarkeiten anzusehen (vgl. VwGH 17.2.1986, 84/15/0056).

Nach § 481 ABGB kann das dingliche Recht der Dienstbarkeit an Gegenständen, die in den öffentlichen Büchern eingetragen sind, nur durch die Eintragung in diese erworben werden. Wie der Verwaltungsgerichtshof bereits in seinem Erkenntnis vom 21. Dezember 1959, VwSlg. 2145/F, ausgeführt hat, setzt § 33 TP 9 GebG den Erwerb einer Dienstbarkeit durch eine Partei nicht voraus. Nach dem Wortlaut dieser Bestimmung unterliegt schon die entgeltliche Einräumung des Titels zum Erwerb der dort festgesetzten Rechtsgeschäftsgebühr. Dieser Titel kann aber gemäß § 480 ABGB auch durch Vertrag begründet werden. Liegt ein gültiger Rechtstitel zum Erwerb einer Dienstbarkeit vor, dann kann die Einverleibungsbewilligung jederzeit nachgeholt und der Grundeigentümer sogar im Klagewege zur Ausstellung einer solchen Bewilligung verhalten werden. Daraus folgt, dass es bei der gebührenrechtlichen Behandlung einer vertraglich eingeräumten Dienstbarkeit auf deren Verbücherung nicht ankommt (vgl. VwGH 24.6.2010,



2010/16/0053), wobei in gegenständlichem Fall eine solche vertraglich vorgesehen ist.

§ 33 TP 5 Abs. 1 GebG ordnet an, dass jedenfalls alle Miet- oder Pachtverträge, die nach den Bestimmungen der §§ 1090 ff ABGB zu beurteilen sind, darüber hinaus aber auch jene Verträge, die an sich zwar den Tatbestand des § 1090 ABGB erfüllen, aber in der Literatur oder Rechtsprechung verschiedentlich wegen Nichterfüllung sonstiger Voraussetzungen nicht als Bestandverträge gewertet werden, der Gebühr unterliegen (vgl. die Erläuterung zur Neufassung des § 33 TP 5 GebG durch die Novelle BGBl. Nr. 668/1976, 338 BlgNR XIV. GP 11). Der Bestandvertrag besteht in der Überlassung einer unverbrauchbaren Sache auf eine gewisse Zeit gegen einen bestimmten Preis. Bei einem Mietvertrag wird die in Bestand gegebene Sache (ohne weitere Bearbeitung) zum Gebrauch, beim Pachtvertrag zur Benützung ‚durch Fleiß und Mühe‘ überlassen (vgl. VwGH 10.05.2010, 2009/16/0316).

Über den Bestandvertrag im Sinne des bürgerlichen Rechts hinaus wird der gebührenrechtliche Tatbestand im Abs. 1 leg. cit. auf sonstige Verträge ausgedehnt, die eine Gebrauchsüberlassung im Sinne des § 1090 ABGB zum Inhalt haben (vgl. die zitierte RV). Als solche sonstigen Verträge sind Verträge anzusehen, die sich ihrem Wesen nach ‚als eine Art Bestandvertrag‘ darstellen, daher Verträge, die zwar von den Regeln der §§ 1090 ff ABGB abweichen, die aber auf Grund von für Bestandverträge charakteristischen Merkmalen noch als ‚Bestandverträge‘ im weiteren Sinn anzusprechen sind (vgl. VwGH 5.11.2009, 2008/16/0084).

Gemäß § 1096 Abs. 1 ABGB hat ein Vermieter oder Verpächter die Sache dem Bestandnehmer in brauchbarem Zustand zu übergeben und in diesem Zustand zu erhalten, was ein positives Tun indiziert.

Ein Mietvertrag kommt als Konsensualvertrag mit der Einigung darüber zustande, dass ein bestimmter (bestimmbarer) Mietgegenstand gegen einen bestimmten (bestimmbaren) Mietzins auf eine bestimmte (bestimmbare) Zeit zum Gebrauch überlassen werden soll, wobei die Gebrauchsüberlassung auch mit unbestimmtem Endtermin erfolgen kann. Der Gebrauch muss kein ausschließlicher sein, auch die Überlassung der Mitbenützung einer Sache kann Gegenstand eines Mietvertrages sein. Es ist also kein Erfordernis der Miete, dass sich der gemietete Gegenstand im alleinigen unmittelbaren Besitz des Mieters befindet (BFG 11.10.2018, RV/7101565/2016).

Im gegenständlichen Fall enthält der Pacht- und Servitutsvertrag zwar (auch) Formulierungen wie sie für die Einräumung einer Dienstbarkeit typisch sind. So enthält § 4 die Regelungen, wonach der Verpächter dem Pächter das Recht zur Aufstellung der Windkraftanlagen, zur Verlegung der notwendigen Leitungen, die jederzeitige notwendige Zufahrt mit Fahrzeugen aller Art insbesondere im Zuge des Betriebes, des An- und Abtransportes und der



Aufstellung, des Umbaus und der Demontage der Windkraftanlagen einräumt, weiters zur Durchführung von Montagetätigkeiten, sowie die Windkraftanlagen zu betreiben, zu überprüfen, zu erneuern, umzubauen, instand zu halten und zu beseitigen.

Dies stellt aber nicht den Hauptregelungsinhalt des Vertrages dar.

Primärer Zweck des Vertrages ist die Überlassung bestimmter, im Eigentum der Verpächter stehender Grundflächen zur Benützung durch die Bf., zur Aufstellung, Errichtung, Verlegung und zum Betrieb von Windkraftanlagen inkl. Montageplätzen (wie auf dem Plan gemäß Beilage 1), Fundamenten, Trafostationen, Nieder- und Hochspannungskabeln, Datenleitungen, Erdungsanlagen, und sonstigen dazugehörigen technischen Anlagenteilen der Windkraftanlagen. Die Windkraftanlagen sollen dort nach deren Aufstellung und ggf. nach deren Ersatz durch neuere Anlagen über die Vertragsdauer kontinuierlich zur Stromerzeugung betrieben werden.

Dass die Benützung einer bestimmten Grundfläche nur zu einem bestimmten, im Vertrag genau definierten Zweck erfolgen darf, ist durchaus typisch für einen Bestandvertrag.

Auch die Regelung in § 4 B 1) des Vertrages die vertragsgegenständlichen Verpflichtungen vollinhaltlich auf allfällige Rechtsnachfolger zu übertragen, sprechen für das Vorliegen eines Bestandvertrages. Bei einer offensichtlichen Dienstbarkeit würde es keiner vertraglichen Überbindung auf einen allfälligen Rechtsnachfolger bedürfen.

Der Bf. ist zu folgen, dass die Gebrauchsüberlassung bestimmter Flächen zu einem bestimmten Zweck das Wesen eines Bestandvertrages gemäß §§ 1090 ff ABGB ist.

Der Verwaltungsgerichtshof hat zum Beispiel in einem Erkenntnis VwGH 05.11.2009, 2008/16/0084 ausgesprochen, dass bei einem Vertrag mit dem

- dem Beschwerdeführer gegen Entgelt gestattet wird, eine bestimmte Antennenanlage zur Programmabstrahlung zu benützen und
 - der Beschwerdeführer in jeder Hinsicht alleine das Betriebsrisiko trägt,
- ein lupenreiner Bestandvertrag vorliegt.

Ähnlich ist gegenständlicher Vertrag zu beurteilen, wonach der Pächter das Betriebsrisiko trägt. (Vgl. etwa § 5, Pflichten des Pächters.)

Wirtschaftlicher Zweck vorliegenden Vertrages ist ganz offensichtlich die Grundflächen im Sinne einer vordefinierten und genau bezeichneten Erwerbsgelegenheit zu nützen (vgl. § 2 des Vertrages) und handelt es sich bei



den Grundflächen um taugliche Pachtobjekte, die geeignet sind, durch Errichtung der Windkraftanlagen einen Ertrag zu erwirtschaften.

Nach dem Gesamtbild der getroffenen Vereinbarungen und dem dargelegten wirtschaftlichen Zweck ist der Bf. zu folgen, dass hier keine Verträge über die Einräumung einer Dienstbarkeit iSd § 33 TP 9 GebG, sondern Bestandverträge iSd § 33 TP 5 GebG vorliegen.

Da es sich bei den nach den einzelnen Tatbeständen des § 33 GebG vorgesehenen Gebühren nicht um eine einzige, einheitliche Abgabe, sondern um jeweils verschiedene Abgaben entsprechend den einzelnen Tatbeständen handelt (vgl. 19.6.1989, 88/15/0138) und Sache iSd § 289 BAO jeweils die Erfassung eines bestimmten Abgabenschuldverhältnisses ist (vgl. VwGH 3.10.1988, 87/15/0145), kommt eine Abänderung der angefochtenen Bescheide, mit dem jeweils eine Gebühr nach § 33 TP 9 GebG festgesetzt wurde, dahingehend, dass nunmehr (erstmal) eine Gebühr nach § 33 TP 5 GebG festgesetzt wird, nicht in Betracht. Der angefochtene Bescheid war daher aufzuheben.“

- 4 Seinen Ausspruch über die Unzulässigkeit einer Revision begründete das Gericht damit, die grundsätzliche Abgrenzung zwischen einem Bestandvertrag im Sinn des § 33 TP 5 GebG und einem Vertrag über die Einräumung einer Dienstbarkeit im Sinn des § 33 TP 9 GebG sei durch die zitierte Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hinreichend geklärt und habe die im Einzelfall getroffene Vereinbarung anhand dieser Kriterien rechtlich beurteilt werden können.
- 5 Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die außerordentliche Amtsrevision des vor dem Verwaltungsgericht belangten Finanzamtes mit dem Antrag, das angefochtene Erkenntnis wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes, in eventu wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben.
- 6 Die Amtsrevision legt ihre Zulässigkeit darin dar, die Revision sei zulässig
„1.) weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes insbesondere den Erkenntnissen vom 17. 02. 1986, 84/15/0056, und vom 05. 03. 1990, 89/15/0014) abweicht und
2.) weil es zum konkreten Sachverhalt bzw. konkreten Vertragstypus (betreffend Windkraftanlagen) bislang keine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes gibt.“



Das Bundesfinanzgericht hat einen Vertrag, der typische Merkmale eines Dienstbarkeitsvertrages aufweist - entgegen der Rechtsprechung des VwGH - als Bestandvertrag beurteilt. Da die Beurteilung des gegenständlichen Vertrages von der bislang vorhandenen Rechtsprechung des VwGH zur Abgrenzung von Bestandverträgen und Dienstbarkeitsverträgen insbesondere im Zusammenhang mit der Errichtung, dem Bestand, dem Betrieb und der Instandhaltung von Leitungsanlagen abweicht, ist eine Amtsrevision zulässig (vgl. VwGH 17. 02. 1986, 84/15/0056; VwGH 05. 03. 1990, 89/15/0014).

Darüber hinaus gibt es zur Frage, ob die Überlassung bestimmter Grundflächen zur Benützung durch den Pächter, zur Aufstellung, Errichtung, Verlegung und zum Betrieb von Windkraftanlagen inklusive Montageplätzen, Fundamenten, Trafostationen, Nieder- und Hochspannungskabeln, Datenleitungen, Erdungsanlagen, und sonstigen dazugehörigen technischen Anlagenteilen der Windkraftanlagen einen Bestandvertrag oder einen Vertrag über die Einräumung einer Dienstbarkeit darstellt, keine höchstgerichtliche Rechtsprechung.

Zur Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung:

Bei der Frage ob der Vertragstypus (betreffend ‚Windkraftanlagen‘), in welchem die Überlassung bestimmter Grundflächen zur Benützung durch den Pächter, zur Aufstellung, Errichtung, Verlegung und zum Betrieb von Windkraftanlagen inklusive Montageplätzen, Fundamenten, Trafostationen, Nieder- und Hochspannungskabeln, Datenleitungen, Erdungsanlagen, und sonstigen dazugehörigen technischen Anlagenteilen der Windkraftanlagen vereinbart werden gebührenrechtlich als Dienstbarkeitsvertrag auszulegen und somit der Gebührentatbestand des § 33 TP 9 GebG anzuwenden ist, handelt es sich um eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung, zu welcher es bislang keine inhaltliche Entscheidung des Höchstgerichtes gibt. Da zur hier zu beurteilenden Fallkonstellation noch keine Rechtsprechung des VwGH vorliegt, sind die Voraussetzungen des Art. 133 Abs. 4 B-VG zur Zulässigkeit der Revision gegeben.

Der gegenständliche Vertragstypus (betreffend Windkraftanlagen) wird in Österreich sehr häufig abgeschlossen und sind bei der Revisionswerberin viele gleichgelagerte Sachverhalte anhängig. Die Beantwortung der gestellten Rechtsfrage - insbesondere im Hinblick auf die divergierende Rechtsprechung des BFG - ist daher geboten.“

- 7 Gemäß Art. 133 Abs. 4 erster Satz B-VG ist gegen ein Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in



der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

Hat das Verwaltungsgericht im Erkenntnis ausgesprochen, dass die Revision nicht gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig ist, hat die Revision gemäß § 28 Abs. 3 VwGG auch gesondert die Gründe zu enthalten, aus denen entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes die Revision für zulässig erachtet wird (außerordentliche Revision).

- 8 Das Revisionsmodell der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 soll sich nach dem Willen des Verfassungsgesetzgebers an jenem nach den §§ 500 ff ZPO orientieren (ErläutRV 1618 BlgNR XXIV. GP 16). Ausgehend davon kann einer Rechtsfrage im Sinn des Art. 133 Abs. 4 B-VG nur dann grundsätzliche Bedeutung zukommen, wenn sie über den konkreten Einzelfall hinaus Bedeutung entfaltet. Der Frage, ob besondere Umstände des Einzelfalles auch eine andere Auslegung einer Erklärung gerechtfertigt hätten, kommt in der Regel keine grundsätzliche Bedeutung im besagten Sinne zu. Die vertretbare Auslegung eines Schriftstückes wirft in der Regel keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung im Sinn des Art. 133 Abs. 4 B-VG auf (VwGH 29.6.2017, Ra 2017/16/0088, mwN).
- 9 § 33 TP 5 Abs. 1 GebG regelt den Tarif der Gebühren für Bestandverträge (§§ 1090 ff ABGB) und sonstige Verträge, wodurch jemand den Gebrauch einer unverbrauchbaren Sache auf eine gewisse Zeit und gegen einen bestimmten Preis erhält (im Allgemeinen mit 1 v.H. nach dem Wert).
- § 33 TP 9 GebG bestimmt den Tarif der Gebühren für Dienstbarkeiten, wenn jemandem der Titel zur Erwerbung einer Dienstbarkeit entgeltlich eingeräumt oder die entgeltliche Erwerbung von dem Verpflichteten bestätigt wird, mit 2 v.H. von dem Werte des bedungenen Entgeltes.
- 10 Die Gebührentatbestände des § 33 GebG verwenden im Allgemeinen die Begriffe des Zivilrechtes. Für die Abgrenzung unterschiedlich geregelter gebührenpflichtiger Rechtsgeschäfte voneinander ist daher deren zivilrechtliche Einordnung maßgebend. Enthält ein einheitlicher Vertrag verschiedenen Vertragstypen entnommene Elemente, ist er gebührenrechtlich nach seinem



überwiegenden rechtlichen oder wirtschaftlichen Zweck zu beurteilen. Für die Rechtsnatur eines Vertrages ist die nach § 914 ABGB ermittelte Absicht der Parteien hinsichtlich der Wirkung eines Vertrages maßgebend. Dabei kommt es vor allem auf den von den Parteien bei Abschluss des Vertrages verfolgten, objektiv erkennbaren Zweck des Vertrages an (VwGH 5.3.1990, 89/15/0014 = Slg. 6483/F, 24.6.2010, 2010/16/0053, und 13.12.2012, 2010/16/0023).

- 11 § 472 ABGB umschreibt den Begriff der Dienstbarkeit dahingehend, dass durch das Recht der Dienstbarkeit ein Eigentümer verbunden wird, zum Vorteile eines anderen in Rücksicht seiner Sache etwas zu dulden oder zu unterlassen. Es ist ein dingliches, gegen jeden Besitzer der dienstbaren Sache wirksames Recht.

§ 477 ABGB zählt die vorzüglichen Feldservituten auf, u.a. in Z 1 das Recht, einen Fußsteig oder Fahrweg auf fremden Grunde und Boden zu halten.

Gemäß § 479 ABGB können aber auch Dienstbarkeiten, welche an sich Grunddienstbarkeiten sind, der Person allein zugestanden werden.

- 12 Der Vertrag, wodurch jemand den Gebrauch einer unverbrauchbaren Sache auf eine gewisse Zeit und gegen einen bestimmten Preis erhält, heißt gemäß § 1090 ABGB überhaupt Bestandvertrag.

Gemäß § 1091 ABGB wird der Bestandvertrag, wenn sich die in Bestand gegebene Sache ohne weitere Bearbeitung gebrauchen lässt, ein Mietvertrag; wenn sie aber nur durch Fleiß und Mühe benutzt werden kann, ein Pachtvertrag genannt. Werden durch einen Vertrag Sachen von der ersten und zweiten Art zugleich in Bestand gegeben, so ist der Vertrag nach der Beschaffenheit der Hauptsache zu beurteilen.

Gemäß § 1095 ABGB kann ein Bestandvertrag auch im Grundbuch eingetragen werden.

- 13 Ein Bestandvertrag - Miete oder Pacht - besteht in der Überlassung des Gebrauchs einer unverbrauchbaren Sache oder deren Teile gegen Entgelt auf gewisse Zeit. Gebrauch besteht entweder in der bloßen Verwendung der Sache



zum Bestandzweck (Miete) oder bei der Pacht auch in der Fruchtziehung (vgl. etwa *Würth* in *Rummel*, Kommentar zum ABGB Bd. 1³, Rz 1 f zu § 1090 ABGB mwN).

- 14 Demnach ist Miete die Überlassung zum bloßen Gebrauch (Verwendung der Sache) ohne Fruchtziehung, Pacht hingegen zum Gebrauch und zur Fruchtziehung.
- 15 So wurde etwa ein Bestandvertrag über eine Wiese für eine Schilift-Trasse, zur Herstellung eines Sportplatzes oder als Erholungsfläche als Miete qualifiziert (vgl. die von *Würth*, aaO, unter Rz 1 zu § 1091 ABGB gegebenen Beispiele). Fruchtziehung („Genuss“) schließt daher die Qualifikation als Pacht - und damit als Bestandvertrag im Sinn des § 1090 ABGB - nicht aus.
- 16 Im vorliegenden Fall qualifizierte das Bundesfinanzgericht den revisionsgegenständlichen Pacht- und Servitutsvertrag - unter Heranziehung von Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes - unter Hervorhebung des primären Zweckes des Vertrages in der Überlassung der Grundfläche zur Errichtung einer Windkraftanlage samt Zugehör als Bestandvertrag und sah in den in § 4 des Vertrages geregelten Pflichten des Verpächters zur Duldung nicht den für das Wesen des Vertrages maßgeblichen Hauptregelungsgegenstand. Wirtschaftlicher Zweck des vorliegenden Vertrages sei offensichtlich, die Grundflächen im Sinne einer definierten und genau bezeichneten Erwerbsgelegenheit zu nutzen. Nach dem Gesamtbild der getroffenen Vereinbarung und dem dargelegten wirtschaftlichen Zweck liege ein Bestandvertrag im Sinn des § 33 TP 5 GebG vor.
- Darin liegt vor dem dargelegten zivilrechtlichen Hintergrund keine unvertretbare Deutung des Vertrages als Bestandvertrag.
- 17 Die Amtsrevision legt demgegenüber nicht dar, inwiefern das Bundesfinanzgericht bei der fallbezogenen Beurteilung des in Rede stehenden „Pacht- und Servitutsvertrages“ von den von ihm zitierten Erkenntnissen des Verwaltungsgerichtshofes abwich oder sich in Gegensatz dazu setzte; die apodiktische Behauptung, die Beurteilung des Verwaltungsgerichtes stehe im



Widerspruch zur Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes oder weiche davon ab, genügt nicht dem Erfordernis des § 28 Abs. 3 VwGG.

- 18 Soweit die Amtsrevision ihre Zulässigkeit aus einem Fehlen von Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur gebührenrechtlichen Einordnung des Vertragstyps „Windkraftanlagen“ ableitet, ist dem zu entgegen, dass nach der zitierten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes für die Abgrenzung unterschiedlich geregelter gebührenpflichtiger Rechtsgeschäfte voneinander deren zivilrechtliche Einordnung maßgebend ist. Das Zivilrecht kennt keinen vertypten Vertrag über Windkraftanlagen, vielmehr bleibt es der Privatautonomie der Vertragsparteien überlassen, im gesetzlichen Rahmen die wechselseitigen Rechte und Pflichten zu bestimmen. Die Gestaltungsfreiheit im Rahmen der Privatautonomie eröffnet damit nicht nur einen Vertragstyp, sondern eine Vielzahl von möglichen vertraglichen Gestaltungen über die Errichtung von Windkraftanlagen.
- 19 Die Frage der Auslegung und gebührenrechtlichen Zuordnung des gegenständlichen Vertrages entfaltet daher keine über den Revisionsfall hinausgehende Bedeutung.
- 20 Soweit die Amtsrevision schließlich die Uneinheitlichkeit von Rechtsprechung des Bundesfinanzgerichtes für die grundsätzliche Bedeutung der rechtlichen Qualifikation ins Treffen führt, behauptet sie damit nicht, dass das angefochtene Erkenntnis von Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweiche.
- 21 Die Revision ist daher gemäß § 34 Abs. 1 VwGG wegen Nichtvorliegen der Voraussetzungen des Art. 133 Abs. 4 B-VG ohne weiteres Verfahren in nichtöffentlicher Sitzung mit Beschluss zurückzuweisen.

W i e n , am 27. November 2019