

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin ***Ri*** in der Beschwerdesache ***Bf1***, ***Bf1-Adr*** vertreten durch ***RA***, über die Beschwerde vom 25. Oktober 2017 gegen den Bescheid des Finanzamtes für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel (nunmehr Finanzamt Österreich) vom 21. September 2017 betreffend Festsetzung von Gebühren gemäß § 33 TP 9 GebG, Steuernummer ***BF1StNr1*** zu Recht erkannt:

I. Der Beschwerde wird gemäß § 279 BAO Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird aufgehoben.

II. Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) nicht zulässig.

Entscheidungsgründe

I. Verfahrensgang

Am 17. Dezember 2012 schlossen die Beschwerdeführerin (in weiterer Folge Bf.) als Pächter und Servitutsberechtigter und die Gemeinde ***A*** als Verpächter und Servitutsverpflichteter gegenständlichen Pacht- und Servitutsvertrag, nachfolgend als Pachtvertrag bezeichnet.

Dieser Vertrag wurde dem (damaligen) Finanzamt für Gebühren, Verkehrssteuern und Glücksspiel mit Schreiben vom 19. Dezember 2012 angezeigt.

Mit Gebührenbescheid vom 21. März 2013 setzte das Finanzamt gegenüber der Bf. für den gegenständlichen Vertrag eine Rechtsgebühr gemäß § 33 TP 5 GebG iHv € 3.600,00 vorläufig fest.

Mit Ersuchen um Ergänzung vom 24. Oktober 2016 eruchte das Finanzamt die Bf., den jährlich bezahlten Pachtzins ab Beginn (Bekanntgabe des Datums) bis zur letzten Abrechnung (auch hier sei das Datum bekanntzugeben) bekannt zu geben.

Mit Schreiben vom 7. November 2016 übermittelte die Bf. die drei bisher durchgeführten Pachtabrechnungen über den jährlich zu zahlenden Pachtzins.

Mit Bescheid vom 3. Juli 2017 setzte das Finanzamt eine Rechtsgebühr gemäß § 33 TP 9 GebG iHv € 12.667,11 endgültig fest.

Gegen den Gebührenbescheid vom 3. Juli 2017 brachte die Bf. am 3. August 2017 Beschwerde ein.

Mit Bescheid vom 15. September 2017 hob das Finanzamt den Gebührenbescheid vom 3. Juli 2017 gemäß § 299 BAO auf, da der Wechsel der Tarifpost von TP 5 auf TP 9 bei Erlassung eines endgültigen Bescheides gemäß § 200 BAO nicht zulässig sei.

Mit Bescheid vom 21. September 2017 setzte das Finanzamt eine Rechtsgebühr gemäß § 33 TP 5 Abs. 1 Z. 1 GebG iHv € 0,00 endgültig fest, da der gegenständliche Pacht- und Servitutsvertrag vom 17. Dezember 2012 keiner Gebühr gemäß § 33 TP 5 GebG unterliege.

Mit beschwerdegegenständlichen Bescheid vom 21. September 2017 setzte das Finanzamt für den Pacht- und Servitutsvertrag vom 17. Dezember 2012 eine Rechtsgebühr gemäß § 33 TP 9 GebG iHv € 12.667,11 fest und führte in der Begründung aus, dass der gegenständliche Vertrag nach seinem überwiegenden rechtlichen und wirtschaftlichen Zweck als entgeltliche Einräumung einer Dienstbarkeit zu vergebühren sei (vgl BFG vom 22.02.2017, RV/7100320/2015 und vom 23.02.2017, RV/7101112/2016). Bemessungsgrundlage sei das durchschnittliche jährliche Entgelt laut Vorhaltsbeantwortung vom 7. November 2016 mal 9 Jahre für unbestimmte Dauer plus Einmalzahlung für zwei Windenergieanlagen von insgesamt € 300.000,00.

Gegen diesen Gebührenbescheid wurde am 25. Oktober 2017 Beschwerde eingebracht. In dieser brachte die Bf. im Wesentlichen vor, dass der gegenständliche Vertrag als Pacht- und Servitutsvertrag abgeschlossen worden sei und aus dieser Benennung in seiner weiteren Diktion ausschließlich dem Pachtvertrag folge, indem durchgehend von Pächter und Verpächter sowie deren Pflichten und Rechten gesprochen werde. Hauptleistung dieses Vertrages sei die Zurverfügungstellung einer Grundfläche zur Errichtung von zwei Windrädern sowie die Fruchtziehung aus der bestehenden Windkraft zur Erzielung eines Gewinnes. Die in Pacht gegebene Sache werde durch die Aufstellung der Windräder derart verändert, dass sie nicht mehr mit der ursprünglichen vergleichbar sei. Die Veränderung, nämlich die Aufstellung der Windkraftanlagen diene zur Erzielung eines Gewinnes durch die Fruchtziehung im Luftraum. Die Einschränkung des Pachtrechtes auf die Hauptleistung der Zurverfügungstellung

eingegrenzter Flächen ergäbe sich aus der Tatsache, dass der Verpächter unverändert berechtigt sei, nach der Errichtung der Windkraftanlagen nicht genutzte Flächen an weitere Pächter zur land- oder forstwirtschaftlichen Nutzung weiter zu verpachten (siehe § 3 C des Pacht- und Servitutsvertrages vom 17. Dezember 2012). Die weiteren Berechtigungen der Gebührenschuldnerin als Pächter, Montageplätze und Zuwegungen anzulegen, den Zutritt, Geh- und Fahrrechte auszuüben sowie Leitungen zu verlegen, würden Nebenleistungen bzw. Nebenverpflichtungen darstellen, die für die Errichtung einer Windkraftanlage notwendig, ohne diese aber nutzlos seien.

Typisch für einen Pachtvertrag würden die gesetzlichen Regelungen zur Erhaltungspflicht des Verpächters gemäß § 1096 ABGB im Pacht- und Servitutsvertrag vom 17. Dezember 2012 zu § 3 B unter anderem wie folgt geregelt:

- Verpflichtung, die bereits bestehenden Wege auch weiterhin instand zu halten, wie dies für landwirtschaftliche Wege üblich sei;
 - Verpflichtung, den Pächter bei der Einholung von benötigten Genehmigungen für die Aufstellung und den Betrieb der Windenergieanlagen, so zum Beispiel bei der nötigen Flächenwidmung, zu unterstützen;
 - Behördenauflagen, die nur durch den Verpächter umgesetzt werden können, umzusetzen.
- Diese Verpflichtungen widersprächen den Servitutsregeln, nach denen der Berechtigte für die Erhaltung zu sorgen hätte (§ 483 ABGB) und der Verpflichtete zu keiner eigenen Handlung, sondern zur Duldung verpflichtet wäre (§ 482 ABGB).

Das Servitutsrecht werde im Pacht- und Servitutsvertrag nicht zur Begründung des Rechtsverhältnisses, sondern ausschließlich zur Absicherung der Rechte des Pächters aufgenommen (so finde sich dies nur in den beiden Bestimmungen zu § 3 B Z 4 und Z 9 des Pacht- und Servitutsvertrages).

Die in Bestand gegebene Hauptsache und der Bestandzweck des Pacht- und Servitutsvertrages lägen in der Errichtung einer Windenergieanlage auf einem zur Verfügung gestellten Grundstücksteil. Die sei aufgrund der Möglichkeit zur Fruchtziehung als Verpachtung anzusehen. Die Nebenberechtigungen, die ausschließlich ihre Zweckerfüllung in der Hauptvereinbarung sähen, nämlich die Anlage von Montageplätzen und Zuwendungen, die Zutritts-, Geh- und Fahrrechte sowie das Recht auf Verlegung von Leitungen, seien für sich genommen Servitutsrechte in Form von Leitungs- und Gehservituten (siehe VwGH vom 17.02.1986, 84/15/0056). Sie würden aber nicht den Zweck des Hauptvertragsgegenstandes überwiegen.

Beide im Gebührenbescheid vom 21. September 2017 genannten Entscheidungen würden hingegen einen nicht vergleichbaren Sachverhalt betreffen. In beiden Entscheidungen gehe es um den in diesen beiden Fällen identen, vom gegenständlichen Fall aber abweichenden Sachverhalt, dass eine Photovoltaikanlage auf dem Dach einer Liegenschaft unter besonderen vertraglichen Bedingungen errichtet worden sei. In dem diesen Entscheidungen zu Grunde liegenden Vertragstext sei keinerlei Unterscheidung zwischen Pacht und Servitut vorgenommen worden. Vielmehr sei ausdrücklich erwähnt worden, dass dem Betreiber eine

oder mehrere Dienstbarkeiten eingeräumt würden (siehe Punkt 1.4. dieses Vertrages). Weiters habe der Betreiber keine Beteiligungen an den Neben- und Instandhaltungskosten der Gebäude zu zahlen (siehe Punkt 3.3. des Vertrages). Er habe aber eine Haftpflichtversicherung für den Eintritt von Schäden abzuschließen und aufrecht zu erhalten (siehe Punkt. 7.2. dieses Vertrages). Punkt 10 des Vertrages sei ausdrücklich betitelt mit Dienstbarkeit und Aufsandungserklärung, die in Punkt 10.1. und 10.2. dieses Vertrages auch angeführt sei. Der Sachverhalt und somit auch die Rechtslage zum angefochtenen Bescheid würden sich absolut anders gestalten und dies führe zu einer anderen rechtlichen Beurteilung. Gesamt sei daher die Einverleibung der Servitut im Vertrag Pacht- und Servitutsvertrag betreffend die Gesamtsache nicht schädlich, sondern bewirke nur eine Publizität. Die grundlegende Vereinbarung über die Hauptsache sei überwiegend eine Pacht. Der ursprünglich ergangene Gebührenbescheid vom 21. März 2012 habe daher die Sach- und Rechtslage korrekt entschieden. Der darüberhinausgehende angefochtene Bescheid vom 21. September 2017 sei als zu Unrecht ergangen zu beheben.

Mit Beschwerdeverentscheidung vom 25. Jänner 2018 wurde die Beschwerde als unbegründet abgewiesen. Als Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass gemäß § 33 TP 9 GebG die entgeltliche Einräumung von Dienstbarkeiten einer Gebühr von 2% des bedungenen Entgeltes unterliege.

Gemäß § 472 ABGB werde durch das Recht der Dienstbarkeit ein Eigentümer verbunden, zum Vorteil eines anderen in Rücksicht seiner Sache etwas zu dulden oder zu unterlassen. Es sei ein dingliches, gegen jeden Besitzer der dienstbaren Sache wirksames Recht.

Dienstbarkeiten oder Servitute seien dingliche, unter anderem auf Privatrecht (§ 480 ABGB) idR durch Verbücherung erworbene Rechte auf beschränkte Nutzung einer fremden Sache, denen die Pflicht des Eigentümers dieser Sache auf Duldung dieser Nutzung gegenüberstehe. Vertraglich nicht verbücherte Servitute seien zulässig, würden jedoch nur die Vertragsparteien binden. Darüber hinaus seien die gegen deren Gesamtrechtsnachfolger und bei Übernahme durch einen Einzelrechtnachfolger auch diesem gegenüber wirksam (OGH vom 29.01.2002, 1 Ob 300/1a, NZ 2003, 53, und vom 16.06.2011, 6 Ob 95/11f). Auf eine Verbücherung der Dienstbarkeit komme es für die Gebührenpflicht gemäß § 33 TP 9 GebG nicht an. Der Gebühr unterliege nicht erst der Erwerb einer Dienstbarkeit, also ihre grundbücherliche Einverleibung, sondern schon die rechtsgeschäftliche Einräumung des Titel zum entgeltlichen Erwerb (VwGH vom 05.03.1990, 89/15/0014).

Im „Pacht- und Servitutsvertrag“ vom 17. Dezember 2012, welcher Zwecks Errichtung eines Windparks geschlossen worden sei, seien der Bf. umfassende Rechte eingeräumt und zusätzlich eine „Vereinbarung und Ausandungserklärung“ am gleichen Tag errichtet worden, in welcher der Verpächter bzw. Servitutsverpflichtete erkläre, dass ob dem in seinem Eigentum stehenden Grundstücken die Sevitutsrechte der Aufstellung und des Betriebes einer Windkraftanlage, der Nutzung des Luftraumes, der Anlage von Zufahrtswegen und Montageplätzen sowie des Zutritts, des Geh- und Fahrtrechts und der Verlegung von Leitungen

einverleibt werden könne. In dieser Urkunde werde ausdrücklich die Einräumung von Servitutsrechten genannt und werde festgehalten, dass diese Servitutsrechte im „Pacht- und Servitutsvertrag“, welcher einen integrierenden Bestandteil der Vereinbarung bilde, näher geregelt seien.

Im gegenständlichen Vertrag verpflichtete sich der „Verpächter“ bei einem Eigentumswechsel seiner Grundstücke die vertragsgegenständliche Verpflichtungen an seine Rechtsnachfolger zu übertragen (§ 3 B. 1. des Vertrages).

Der „Verpächter“ verpflichtete sich weiters, die dem „Pächter“ eingeräumten Rechte in Form einer Dienstbarkeit im Grundbuch eintragen zu lassen (§ 3 B.4. des Vertrages).

Beide Vertragsparteien würden sich verpflichten, sämtliche Rechte und Pflichten aus dem Vertrag auf ihre jeweiligen Rechtsnachfolger zu überbinden (§ 8 des Vertrages).

Diese Bestimmungen würden eindeutig auf einen Dienstbarkeitsvertrag deuten.

Die Bezeichnung eines Vertrages sei für die gebührenrechtliche Einstufung nicht ausschlaggebend. Auch sei dem Vorbringen der Bf., es im Vertrag ausschließlich die Diktion des Pachtvertrages verwendet worden, entgegen zu halten, dass auf der ersten Seite des Vertrages klargestellt worden sei, dass dies Kurzbezeichnungen seien – diese dienten ausschließlich der Vereinfachung („*im Folgenden kurz*“).

Die Verpflichtung des Verpächters, Wege instandzuhalten und die Servitutsberechtigte bei Einholung von Genehmigungen und Umsetzung von Behördenauflagen zu unterstützen mache aus dem (Pacht- und) Servitutsvertrag noch keinen Pachtvertrag. Es sei nicht zutreffend, dass gemäß § 482 ABGB der Servitutsverpflichtete ausschließlich zur Duldung verpflichtet werden dürfe. Der Wortlaut des § 482 („in der Regel“) lasse Ausnahmen zu, insbesondere in Form von Nebenbestimmungen. Verpflichtete sich der Eigentümer der dienenden Sache durch Vereinbarung zusätzlich zu einem positiven Tun, das nur Mittel zum Zweck und nicht Hauptinhalt der Verpflichtung sei, liege überwiegend eine Dienstbarkeit vor (Kletecka/Schauer, ABGB-ON § 482).

Auch sei nicht zutreffend, dass ein Abgrenzungskriterium zwischen Bestand- und Dienstbarkeitsverträgen die Möglichkeit der Veränderung der dienenden Sache sei – es sei weder richtig, dass bei Dienstbarkeiten keinerlei Veränderungen möglich seien, noch dass bei Bestandsverträgen solche immer möglich seien.

Wie bereits ausgeführt, seien insbesondere die Einräumung und Verbücherung der Dienstbarkeit betreffend die Aufstellung und des Betriebes einer Windkraftanlage, sowie die Nutzung des Luftraumes vereinbart. Dabei handle es sich keinesfalls um bloße Nebenleistungen bzw. Nebenverpflichtungen.

Aus dem Regelungsinhalt des Rechtsgeschäftes ergäbe sich, dass die Absicht der Parteien auf einen Erfolg gerichtet sei, der auch sonst typischerweise mit Verträgen über Dienstbarkeiten verbunden sei.

Der Vertrag unterliege somit der Gebühr gemäß § 33 TP 9 GebG und sei die Beschwerde als unbegründet abzuweisen gewesen.

Am 28. Februar 2018 brachte die Bf. Vorlageantrag ein. Begründend wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass die Sachverhalte zu den Photovoltaikanlagen nicht mehr als maßgebend erachtet werden, da in der Beschwerdeentscheidung kein Bezug mehr auf die Entscheidungen zu Photovoltaikanlagen genommen werde. Es gelte die Konzentration auf den gegenständlichen Sachverhalt, der eindeutig als Hauptgeschäft einen Pachtvertrag vorsähe. Dazu werde als ausschließliches Sicherungsgeschäft in Form einer Servitut eine Vereinbarung und Aufsandungsurkunde mit selben Datum von den Parteien unterfertigt. Höchstgerichtliche Rechtsprechung zur Abgrenzung der überwiegenden Pacht gegenüber einer nachrangigen Sicherungsservitut liege nicht vor.

Ausgehend von diesem Sachverhalt und den vorliegenden Urkunden sei die Rechtsauffassung der Finanzbehörde unrichtig.

Folge man den Ausführungen im angefochtenen Bescheid und in der Beschwerdeentscheidung, gäbe es kein Unterscheidungskriterium bei Überlassung des Gebrauches gegen ein Entgelt, somit zwischen Miete, Pacht und Servitut. In der Beschwerdeentscheidung werde auch ausgeführt, dass eine Verbücherung einer Dienstbarkeit nicht ausschlaggebend sei, sondern schon die rechtsgeschäftliche Einräumung des Titels zum entgeltlichen Erwerb (VwGH vom 05.03.1990, 89/15/0014). Dies ergäbe in Zusammenhang mit den weiteren Ausführungen, dass ungeachtet einer die Intention ausweisenden Betitelung und eines wahren Inhaltes eines Pacht- und Mitevertrages, jedenfalls immer eine Servitut entstünde. Dies führt zu einem vollkommen unhaltbaren Ergebnis, dass jegliche Gebrauchsüberlassung gegen Geld an einer Liegenschaft eine Servitut darstelle. Es würde daher gebührenrechtlich keine Mietverträge und keine Pachtverträge mehr geben. Dem sei allgemein und im konkreten Fall ausdrücklich entgegenzutreten. Maßgeblich sei in erster Linie der Parteienwille (§§ 914 f ABGB) für die Auslegung. Dieser Parteienwille sei jedenfalls ausschlaggebend für die Qualifizierung eines Vertrages als Dienstbarkeit oder Bestandvertrag (bereits von *Klang* in *Klang* Kommentar ABGB 2. Auflage 2. Band zur Auslegungssache erklärt § 472 Rz 2; so auch weiters OGH vom 24.03.1981, 2 Ob 515/87). Die Einräumung einer Servitut fordere daher die Absicht der Parteien zur Begründung eines dinglichen Rechtes (vgl. OGH vom 20.01.1977, 2 OB 562/76 in MietSlg 29.057).

Im gegenständlichen Sachverhalt sei die Absicht der Parteien verwirklicht, einen Pachtvertrag und zur Sicherung einen Servitutsvertrag samt angehängter Vereinbarung und Aufsandungsurkunde abzuschließen, wobei die Pachtregeln den Großteil des Vertrages betreffen würden und die Servitutseinräumung nur einen Teil der Vereinbarung, nämlich die Aufstellung und den Betrieb einer Windkraftanlage, der Nutzung des Luftraums, der Anlage von Montageplätzen und Zuwegungen sowie des Zutrittes, des Geh- und Fahrtrechtes und der Verlegung von Leitungen betreffe. Die Regelungen des Pacht- und Servitutsvertrages würden aber Richtung Verpachtung sehr viel weiter gehen und vor allem eine Bestandzinsregel, eine Haftungsregel, eine Zweckwidmung der Ausübung der Pacht und Pflichten des Pächters beinhalten.

Der wesentliche Unterschied zwischen Miete und Pacht gegenüber der Servitut sei, dass bei

ersteren der Vermieter oder Verpächter, im weiteren Bestandgeber bezeichnet, ein aktives Tun schulde. Im Gegensatz dazu könne bei der Servitut in der Regel kein aktives Tun für den servitutsverpflichteten Grundeigentümer vorgesehen werden. Geschehe dies, liege eher eine Reallast (siehe *Kiendl/Wendner in Schwimann Praxiskommentar ABGB 3. Auflage 2. Band, § 472 Rz 9*) vor. Die für einen servitutsverpflichteten Liegenschaftseigentümer vorgesehenen eigenen aktiven Tätigkeiten zur Gewährung der Servitut dürften nicht maßgeblich sein, da ansonsten der Charakter der Servitut nicht eingehalten sei. Die bereits in der Beschwerde dargelegten Verpflichtungen des servitutsverpflichteten Liegenschaftseigentümers würden weit über ein geringes Ausmaß hinaus gehen, da sie die behördlichen Angelegenheiten um die Errichtung der Windkraftanlage und auch sonst sämtliche den Eigentümer betreffende behördlichen Auflagen und schließlich die Instandhaltung der Wege beinhalten würden. Eine überschießende Einschränkung der Rechte des Bestandnehmers seien auch die für den verpflichteten Liegenschaftseigentümer vorgesehenen Rechte der Weiterverpachtung (siehe § 3 C des Pacht- und Servitutsvertrages). Die Servitut könne im Gegensatz dazu, soweit es sich um einen Gebrauch handle, selbst der Ausübung nach nicht übertragen werden (§ 485; *Kiendl/Wendner in Schwimann Praxiskommentar Band 2, 3. Auflage, § 485 Rz 3*).

Eine wesentliche für einen Pachtvertrag sprechende Tatsache sei die im Rahmen der Nutzung vorzunehmende maßgebliche und die die Bewirtschaftung erst ermöglichende Bebauung und somit Veränderung. Unrichtig werde im bisherigen Verfahren von der Finanzbehörde angenommen, dass bei einer Servitut eine umfassende Veränderung auch möglich sei. Tatsache sei, dass im gegenständlichen Fall weit über eine Wegerrichtung hinaus bauliche Veränderungen, nämlich durch Errichtung eines Windrades vorgenommen würden. Dieses werde als Superädifikat aufgeführt, da es in seiner Eigenschaft unabhängig sei vom Eigentum an Grund und Boden (siehe Punkt 3 D des Pacht- und Servitutsvertrages). Der überwiegende und über die Nutzung rein nur der Bodenfläche ausgehende Vertragszweck sei die Errichtung eines Bauwerks in Form eines Windrades durch die Bf. Im Rahmen einer Servitut sei zwar die Nutzung zu dulden. Jedoch sei die Erstellung des zur Bewirtschaftung dienenden Bauwerkes zur Fruchtziehung für eine Servitut unüblich, da durch das Bauwerk erst die tatsächliche Bewirtschaftung entstehe. Dies sei daher einer Pacht zuzuordnen.

Verständlich sei der Wunsch der Vertragsteile nach Publizität, die bei einem unbefristet eingeräumten Pachtvertrag nicht durch Eintragung im Grundbuch erreicht werden könne (§ 1095 ABGB). Das Sicherungsgeschäft habe daher seine sinnvolle ergänzende Unterfunktion. Diese Auslegung widerspräche auch nicht § 21 ff BAO. Bei der Frage nach Pacht oder Servitut handle es sich um rechtlich formal angeknüpfte Tatbestände und es sei die Auslegung des Zivilrechtes heranzuziehen. Gegenständlich liege auch durch die klare Offenlegung der Ziele der Parteien, gesamt einen Pachtvertrag und nur als Absicherung für einen Teil einen Servitutsvertrag abzuschließen, kein Missbrauch vor, sodass eine weitere wirtschaftliche Betrachtungsweise nicht zum Tragen komme.

Zusammengefasst ergäben sich daher ein Pachtvertrag mit detaillierten Regelungen und subsidiär und ergänzend dazu ein Servitutsvertrag zu einem Teil des im Pachtvertrag

gegenständlichen Vertragsobjektes für die Einverleibung einer Dienstbarkeit. Letzteres diene rein der Publizität. Der überwiegende Zweck des Vertrages sei die Pacht des Grundstückes für den geschäftlichen Betrieb durch darauf zu errichtenden Bauwerkes und Nutzung der Windkraft.

Mit Vorlagebericht vom 17. April 2018 legte das Finanzamt die Beschwerde dem Bundesfinanzgericht zur Entscheidung vor. Darin beantragte das Finanzamt, die Beschwerde als unbegründet abzuweisen. Ergänzend führte es aus, dass der objektiv erkennbare Zweck des Vertrages die Einräumung einer Dienstbarkeit für die Aufstellung und den Betrieb einer Windkraftanlage gewesen sei und unterliege der gegenständliche Vertrag der Gebühr gemäß § 33 TP 9 GebG.

II. Das Bundesfinanzgericht hat erwogen:

1. Sachverhalt

Am 17. Dezember 2012 schlossen die Bf. als „Pächter und Servitutsberechtigter“ (im Folgenden kurz Pächter genannt) und die Gemeinde ***A*** als „Verpächter und Servitutsverpflichteter“ (im Folgenden kurz Verpächter genannt) gegenständlichen Pacht- und Servitutsvertrag (nachfolgend Pachtvertrag) über bestimmte im Eigentum des Verpächters befindlichen Grundstücke ab.

Der Pacht- und Servitutsvertrag auszugsweise folgenden Inhalt:

„§ 1 GEGENSTAND

Gegenstand dieses Pachtvertrags sind die im Eigentum des VERPÄCHTERs befindlichen Grundstücke inkl. dem darüber befindlichen Luftraum, mit folgenden Grundstücksnummern, Einlagezahlen und Katastralgemeinden:

*Der VERPÄCHTER verpachtet und der PÄCHTER pachtet die in diesem Paragraphen näher bezeichneten Flächen inkl. dem darüber befindlichen Luftraum, sobald dort mit der Errichtung des Windparks ***WP*** (bestehend aus 2 Windenergieanlagen, kurz „WEA“, einer Zählerstation, Zufahrtswegen und Montageplätzen, Verkabelung) begonnen wird.*

§ 2 ZWECK

Die gepachteten Grundstücke dienen der Aufstellung von 2 Windenergieanlagen inkl. Fundamenten, einer Zählerstation, der Verlegung von Nieder- und Hochspannungskabeln, Datenleitungen, Erdungsanlagen und sonstigen dazugehörigen technischen Anlagenteilen der Windenergieanlage sowie der Errichtung von permanent befestigten Montageplätzen und

Zufahrten zu den WEA (im weiteren umfasst der Begriff „Windenergieanlage“ oder „WEA“ auch diese eben angeführten Nebenpositionen).

Der PÄCHTER beabsichtigt Windenergieanlagen nach dem aktuellen Stand der Technik zu errichten. Dies werden aktuell 2 WEA Vestas V112-3.0MW mit einer Leistung von 3,075 MW, einer Nabenhöhe von 119m und einem Rotordurchmesser von 112m sein.

Die Windenergieanlagen sollen dort nach deren Aufstellung und ggf. nach deren Einsatz durch neuere Anlagen über die Vertragsdauer kontinuierlich zur Stromerzeugung betrieben werden.

§ 3 RECHTE UND PFLICHTEN DES VERPÄCHTERS

A. Der VERPÄCHTER gewährt dem PÄCHTER auf oder in den unter § 1 angeführten Grundstücken das Recht

1) zur Aufstellung von WEA.

2) notwendige Versorgungs-, Verbindungs- und Einspeiseleitungen zu und von den WEA zu verlegen.

3) notwendige Zufahrten von den öffentlichen Wegen/Straßen zu den WEA durchzuführen. Dies gilt insbesondere für Zufahrten im Zuge des Betriebs, des An- und Abtransports und der Aufstellung, des Umbaus und der Demontage der WEA. Der PÄCHTER hat das Recht, notwendige Zufahrten von bestehenden Wegen zu den WEA in Form von über die Nutzungsdauer der Windenergieanlagen permanenten Wege inkl. Wegrundungen auszuführen.

4) zur Durchführung der Montagetätigkeiten der Windenergieanlagen. Dafür darf der PÄCHTER auch Montageplätze in über die Nutzungsdauer der Windenergieanlagen permanenter Form ausführen.

5) die Windenergieanlagen zu betreiben, zu überprüfen, zu erneuern, umzubauen, instand zu halten und zu beseitigen.

6) für die oben genannten Tätigkeiten die gepachteten Flächen jederzeit durch die hierzu bestellten Personen zu betreten.

7) die Oberfläche der Windenergieanlagen nach Zustimmung des VERPÄCHTERS an andere Firmen zur Nutzung weiterzuvermieten, zum Beispiel zur Anbringung von Werbung oder Funkanlagen. Die aus dieser Vermietung resultierenden Einnahmen werden im Verhältnis 1:1 zwischen dem PÄCHTER und VERPÄCHTER geteilt. Die unentgeltliche Nutzung der Oberfläche durch den PÄCHTER ist dem PÄCHTER ohne einen Anspruch des VERPÄCHTERS gestattet.

8) auf den in § 1 genannten Grundstücken die 2 Windenergieanlagen und die Zählerstation an den im beigefügten Plan festgelegten Standorten aufzustellen, sowie die im beigefügten Plan dargestellten permanenten Zufahrtswege und Montageplätze zu errichten und die Verkabelung zu verlegen.

9) sonstige allfällig erforderliche Handlungen/Maßnahmen auf den vertragsgegenständlichen Grundstücken, die zur Errichtung und zum Betrieb der WEA erforderlich sind, vorzunehmen.

B. Der VERPÄCHTER verpflichtet sich,

1) bei einem Eigentümerwechsel seiner Grundstücke die vertragsgegenständlichen Verpflichtungen an seine Rechtsnachfolger zu übertragen.

- 2) den PÄCHTER rechtzeitig von beabsichtigten Arbeiten zu verständigen, durch welche die Windenergieanlagen oder die verlegten Leitungen Schaden nehmen könnten.
- 3) den Bestand und den Betrieb der genannten Windenergieanlagen samt allen Arbeiten und Vorkehrungen in dem unter § 3 A genannten Umfang zu dulden, und alles zu unterlassen, was eine Beschädigung oder Störung der Windenergieanlagen zur Folge haben könnte.
- 4) die dem PÄCHTER eingeräumten Rechte, insbesondere das Recht der Aufstellung der Windenergieanlage, der Nutzung des Luftraums, der Verlegung von Leitungen, der Errichtung von Montageplätzen, Wegen und Wegrundungen und das Zutritts-, Geh- und Fahrrecht, in Form einer Dienstbarkeit im Grundbuch eintragen zu lassen.
- 5) die bereits bestehenden Wege auch weiterhin instand zu halten, wie dies für diese landwirtschaftlichen Wege üblich ist. Instandhaltungsmaßnahmen aber, die auf den Betrieb der Windenergieanlagen zurückgehen, hat der PÄCHTER zu veranlassen, und hat dafür aufzukommen. Dies gilt ebenfalls für landwirtschaftlich nicht übliche Maßnahmen, wie das Schneeräumen dieser Wege im Zuge der Zufahrt zu den Windenergieanlagen. Der VERPÄCHTER räumt dem PÄCHTER das Recht auf die Durchführung dieser Maßnahmen ein.
- 6) nichts zu unternehmen, was den zu errichtenden Windenergieanlagen Schaden zufügt bzw. eine Verschlechterung der Wirtschaftlichkeit zur Folge hat.
- 7) den PÄCHTER bei der Einholung von benötigten Genehmigungen für die Aufstellung und den Betrieb der Windenergieanlagen, so zum Beispiel bei der nötigen Flächenumwidmung, zu unterstützen, wobei dadurch ggf. anfallende Kosten vom PÄCHTER getragen werden.
- 8) Behördenauflagen, die nur durch den VERPÄCHTER umgesetzt werden können, auf Kosten des PÄCHTERS umzusetzen. Hierzu könnte unter anderem die verordnete Aufstellung von Warntafeln fallen (Beispiel: unter bestimmten meteorologischen Gegebenheiten kann es zum Abfall von Eis von den Flügeln der Windenergieanlage kommen. Das kann das Aufstellen von Tafeln mit der Aufschrift „Gefahr Eisabfall“ oder Ähnlichem erfordern). Grundsätzlich gilt § 4 2).
- 9) die zur grundbücherlichen Einverleibung notwendigen Urkunden ordnungsgemäß und ohne Verzug nach Aufforderung durch den PÄCHTER zu unterfertigen bzw. zur Verfügung zu stellen.

C. Der VERPÄCHTER ist berechtigt, die dem PÄCHTER zur Errichtung der Windenergieanlage verpachteten Grundstücke nach deren Errichtung an weitere PÄCHTER zur land- und forstwirtschaftlichen Nutzung weiterzuverpachten. Die oben genannten Gewährungen von Rechten und definierten Pflichten des VERPÄCHTERS müssen auch auf diese weiteren Pächter vertraglich überbunden werden. Die Nutzungsmöglichkeiten des PÄCHTERS dürfen dadurch nicht beeinträchtigt werden, auch müssen diese weiteren Pachtverträge derart gestaltet sein, dass den weiteren Pächtern bei ordnungsgemäßer Ausübung der Pachtrechte durch diese keine Ansprüche gegenüber dem PÄCHTER zustehen.

D. Klarstellend wird festgehalten, dass durch diesen Vertrag oder seine Umsetzung zugunsten des VERPÄCHTERS keinerlei Sachenrecht, insbesondere Eigentumsrechte, Besitzrechte oder Nutzungsrechte, welcher Art auch immer, an den WEA entstehen.

§ 4 PFLICHTEN DES PÄCHTERS

- 1) Der PÄCHTER kümmert sich um die notwendigen 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 § 3 B 8).*
- 3) Flurschäden, die außerhalb der unmittelbaren Aufstellungsflächen der Windenergieanlagen als Folge der Tätigkeiten des PÄCHTERS gemäß § 3 A entstehen – insbesondere im Zuge der Montagetätigkeiten, beseitigt der PÄCHTER auf seine Kosten derart, dass ein Zustand, der dem ursprünglichen vergleichbar ist, wiederhergestellt wird. Beseitigt der PÄCHTER Flurschäden nicht auf seine Kosten bzw. kann er diese nicht mehr beseitigen, so ersetzt er diese Flurschäden nach den Richtsätzen der NÖ Landes-Landwirtschaftskammer bzw. deren Rechtsnachfolger.*
- 4) Entschließt sich der PÄCHTER zur endgültigen Demontage der Windenergieanlagen – entweder zum Ende des Vertrags oder schon davor – beseitigt er auf seine Kosten Flurschäden, die durch deren Aufstellung entstanden sind derart, dass ein Zustand, der dem ursprünglichen vergleichbar ist, wiederhergestellt wird. Beseitigt der PÄCHTER Flurschäden nicht auf seine Kosten bzw. kann er diese nicht mehr beseitigen, so ersetzt er diese Flurschäden nach den Richtsätzen der NÖ Landeswirtschaftskammer 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, sodass 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 Windenergieanlagen, diese zu entfernen.*
- 6) Der PÄCHTER verpflichtet sich auf Aufforderung des VERPÄCHTER zur Nennung der Zutrittsbefugten zu der Windenergieanlage.*
- 7) Der PÄCHTER ist verpflichtet, auf Vertragsdauer die vereinbarten Entgelte zu entrichten.*

§ 5 VERTRAGSDAUER

Der vorliegende Vertrag wird auf unbestimmte Dauer abgeschlossen, wobei der VERPÄCHTER auf eine Aufkündigung dieses Vertrages auf die Dauer von 40 Jahren ab Inkrafttreten dieses Vertrages verzichtet, sofern der PÄCHTER eine oder mehrere WEA errichtet. Sollte der PÄCHTER jedoch bis 31.12.2013 nicht mit der Realisierung von WEA begonnen haben, verzichtet der VERPÄCHTER auf eine Aufkündigung dieses Vertrages bis zum 31.12.2013.

Eine ordentliche Aufkündigung dieses Vertrages hat schriftlich unter Einhaltung einer einjährigen Kündigungsfrist zum Monatsletzten zu erfolgen.

Eine außerordentliche Aufkündigung dieses Vertrages ist nur aus wichtigem Grund möglich, wie schwerwiegende Vertragsverletzung, Insolvenz, Nichtbezahlung des vertraglich zustehenden Bestandszinses trotz zweimaliger Setzung einer entsprechenden Nachfrist von jeweils

mindestens 4 Wochen durch den VERPÄCHTER. Weiters wenn Zwangsvollstreckungsverfahren gegen eine Partei anhängig sind und nicht binnen 3 Monaten eingestellt werden.

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

§ 6 BESTANDZINS

1. Als Pachtzins hat der PÄCHTER dem VERPÄCHTER

a) 2,50% der Gutschrift für Strom aus der auf den unter § 1 genannten Grundstücken errichteten Windenergieanlagen spätestens jeweils am 1.3. jeden Jahres für das Vorjahr zu zahlen, wenn sich die Fundamente der Windkraftanlagen zu 100% auf den unter § 1 genannten Grundstücken des VERPÄCHTERS befinden. Befinden sie sich nicht zu 100% darauf, so vermindert sich dieser Teil des Pachtzinses um den Prozentsatz der Fundamentflächen, die sich nicht auf den Grundstücken des VERPÄCHTERS befinden (Beispiel: nur 90% der Fundamentflächen befinden sich auf den Grundstücken des VERPÄCHTERS, die restlichen 10% auf Grundstücken anderer Eigentümer, so beträgt der Pachtzins dieses Punktes 1 : $2,50 \times 0,90 = 2,25\%$ der Gutschrift für die Stromeinspeisung) und zusätzlich

b) 0,50% der Gutschrift für Strom aus der auf den unter § 1 genannten Grundstücken errichteten Windenergieanlagen, spätestens jeweils am 1.3. jeden Jahres für das Vorjahr zu zahlen, wenn sich die Kreisflächen, die sich aus einer Normalprojektion auf den Boden der von den Flügeln der Windenergieanlagen überstrichenen Fläche ergeben, zu 100% auf den unter § 1 genannten Grundstücken des VERPÄCHTERS befinden. Befinden sie sich nicht zu 100% darauf, so vermindert sich dieser Teil des Pachtzinses um den Prozentsatz der Kreisflächen, die sich nicht auf den Grundstücken des VERPÄCHTERS befinden (Beispiel: nur 80% der Kreisflächen befinden sich auf Grundstücken des VERPÄCHTERS, die restlichen 20% auf Grundstücken anderer Eigentümer, so beträgt der Pachtzins dieses Punktes 2: $0,50 \times 0,8 = 0,40\%$ der Gutschrift für die Stromeinspeisung).

2. Zur Überprüfung der ordnungsgemäßen Abrechnung hat der PÄCHTER dem VERPÄCHTER am 1.3. jeden Jahres für das Vorjahr Rechnung zu legen. Der PÄCHTER hat weiters einem im Einvernehmen mit dem VERPÄCHTER ausgewählten Wirtschaftsprüfer Einsicht in die Bücher und in die sonstigen Geschäftsunterlagen zu gewähren. Der Wirtschaftsprüfer darf lediglich jene Informationen an den VERPÄCHTER weitergeben, die zur Überprüfung der Einhaltung der Pflichten des PÄCHTERS gegenüber dem VERPÄCHTER erforderlich sind. Ebenso hat der Wirtschaftsprüfer nur das Recht, Einsicht in die diesbezüglich relevanten Unterlagen zu verlangen. Im Übrigen ist der Wirtschaftsprüfer zur Verschwiegenheit verpflichtet.

3. Der Mindestpachtzins beträgt pro vollem Betriebsjahr für die Vergütung nach § 6 Punkt 1 a) (100% Fundament) EUR 17.000,- und zusätzlich für die Vergütung nach § 6 Punkt 1 b) (100% Luftraum) EUR 3.000,-. Für nicht volle Betriebsjahre gilt ein nach der tatsächlichen Betriebszeit in diesem Jahr aliquotierter Mindestpachtzins. Als Beginn des Betriebes gilt die abgeschlossene Inbetriebsetzung der jeweiligen Windenergieanlage, als Ende des Betriebes gilt die endgültige

Stilllegung der Windenergieanlage.

Für nicht vollständige Fundament-/Lufttraumanteile gilt ebenfalls ein dem tatsächlichen Anteil entsprechender Mindestpachtzins-Anteil.

4. 20 Jahre nach der abgeschlossenen Inbetriebsetzung der Windenergieanlagen erklären sich beide Vertragspartner bereit, über die zukünftige Angemessenheit der oben angeführten Pachthöhen zu verhandeln. Dabei sollen sie schon bei der erstmaligen Errichtung des Windparks getätigten Investitionen, die nach den angeführten 20 Jahren weiterverwendet werden können, dahingehend berücksichtigt werden, dass sie für den PÄCHTER vorteilhafter Weise nicht nochmals getätigt werden müssen. Sollte zwischen den Parteien binnen einem halben Jahr keine Einigung über die Pachthöhe erzielt werden, ist durch einen im Einvernehmen zwischen PÄCHTER und VERPÄCHTER zu bestimmenden Sachverständigen der marktübliche Pachtzins zu ermitteln. Die Vertragsparteien vereinbaren schon jetzt, dass der vom Sachverständigen ermittelte Pachtzins für sie verbindlich ist.

Die Kosten für dieses Gutachten teilen sich PÄCHTER und VERPÄCHTER zu gleichen Teilen.

5. Die Gutschrift für den Strom aus Windenergieanlagen endet, sobald kein Strom mehr von der jeweiligen Windenergieanlage geliefert wird.

*6. Als zusätzlichen Pachtzins hat der PÄCHTER dem VERPÄCHTER für in den unter § 1 angeführten Weggrundstücken ***GrStNr. 1***/EZ ***123***, ***GrStNr. 2***/EZ ***456*** und ***GrStNr. 3***/EZ ***123***, alle in der KG ***B***, in denen der PÄCHTER für einen Betrieb notwendige Leitungen, insbesondere Stromleitungen, verlegt, ein einmaliges Entgelt von EUR 4,- pro Laufmeter beanspruchten Weges zu vergüten. Dieses Entgelt ist fällig spätestens 6 Monate nach Leitungsverlegung.*

Dieses Entgelt wird zusätzlich zu einer allenfalls gesetzlich einzuhebenden Gebrauchsabgabe auf Leitungsverlegungen fällig.

7. Zusätzlich zu den jährlichen Pachtzahlungen hat der PÄCHTER dem VERPÄCHTER eine Einmalzahlung von EUR 150.000,- nach angeschlossener Inbetriebnahme (kontinuierliche Stromproduktion muss möglich sein) je Windenergieanlage zu bezahlen.

Die Zahlung versteht sich, falls 100% des Fundamentes auf den Grundstücken des VERPÄCHTERS befinden. Für nicht vollständige Fundamentanteile gilt ein dem tatsächlichen Anteil entsprechender Einmalzahlungs-Anteil.

8. Die Zahlungen entsprechend Punkt 3 sind an die installierte Leistung der Windenergieanlage und an die Einspeisungsvergütung gebunden und beziehen sich auf eine installierte Leistung von 3 MW pro Windenergieanlage und eine Einspeisevergütung von 9,7 Cent pro kWh. Eine höhere oder niedrigere Leistung und eine höhere oder niedrigere Einspeisevergütung erhöhen bzw. reduzieren diese Zahlungen linear. Für die Mindestpacht gilt die Einspeisevergütung im jeweiligen Abrechnungsjahr.

Die Zahlungen entsprechend Punkt 7 sind an die installierte Leistung der Windenergieanlage gebunden und beziehen sich auf eine installierte Leistung von 3 MW pro Windenergieanlage. Eine höhere oder niedrigere Leistung erhöht bzw. reduziert diese Zahlungen linear.

9. 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.

§ 7 HAFTUNG

Der PÄCHTER verpflichtet sich, Schäden, die dem VERPÄCHTER durch den Antransport und die Aufstellung der Windenergieanlagen an den dafür vom VERPÄCHTER zur Verfügung gestellten Flächen entstehen, auf seine Kosten zu beseitigen.

Beseitigt der PÄCHTER Flurschäden nicht auf seine Kosten bzw. kann er diese nicht mehr beseitigen, so ersetzt er diese Flurschäden nach den Richtsätzen der NÖ Landes-Landwirtschaftskammer bzw. deren Rechtsnachfolger.

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

§ 8 RECHTSNACHFOLGE

Der Vertrag geht beiderseits mit allen Rechten und Pflichten auf die Rechtsnachfolger oder auf die von den Vertragsparteien ggf. genannten Dritte über.

Die Vertragsparteien sind berechtigt, ihre Rechte und Pflichten aus diesem Vertrag einzeln oder gesamt an Dritte, zum Beispiel an eine für die Durchführung dieses Projekts zu gründende Projektgesellschaft oder zum Beispiel auch an namhafte Betreiber von Windenergieprojekten, abzutreten.

Die Vertragsparteien sind verpflichtet, sämtliche Rechte und Pflichten aus diesem Vertrag auf ihre jeweiligen Rechtsnachfolger zu überbinden.

§ 9 KOSTEN

Die Kosten der Errichtung, Vergebührung, Durchführung und Verbücherung dieses Vertrages gehen zu Lasten des PÄCHTERS. Jede Partei trägt die Kosten, die ihr aus der Beiziehung eines Rechtsbeistandes erwachsen, selbst.

§ 10 SONSTIGES

a) Nebenabreden, Änderungen und Ergänzungen zu diesem Vertrag haben nur dann Gültigkeit, wenn sie schriftlich festgehalten werden.

b) Der PÄCHTER ist strikt bemüht, alle Geschäftsvorfälle unter Beachtung der einschlägigen Gesetze abzuwickeln, sie vollständig, wahrheitsgetreu und zeitnah in ihren Unterlagen zu erfassen und ausreichend zu dokumentieren. Der PÄCHTER geht davon aus, dass sich auch der VERPÄCHTER von diesem Grundsatz leiten lässt.

c) Beide Vertragsparteien verzichten auf das Recht, diesen Vertrag wegen Verletzung über die Hälfte des wahren Wertes oder aus sonst einem anderen Grunde anzufechten.

d) Der PÄCHTER verpflichtet sich, alle für seine Tätigkeiten erforderlichen Bewilligungen einzuholen, sowie alle gesetzlichen Vorschriften einzuhalten. Der PÄCHTER hat den VERPÄCHTER diesbezüglich schad- und klaglos zu halten.

e) Aktuell wird im Zuge einer naturschutzbehördlichen Bewilligung von der zuständigen Behörde für den Abbau von WEA eine Sicherheitsleistung in Form einer Bürgschaft eines Kreditinstitutes (Bankgarantie) in bar oder durch Einlagebuch eines Kreditinstitutes in der Höhe von EUR 50.000,- wertgesichert verlangt.

Sollte diese Sicherheitsleistung von Behörden nicht mehr oder nicht mehr in voller Höhe verlangt werden, hat der VERPÄCHTER das Recht, diese Sicherheitsleistung oder den Minderbetrag auf EUR 50.000,- als eigene Sicherheitsleistung in gleicher Art vom PÄCHTER zu verlangen.

...“

[...]

2. Beweiswürdigung

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus den elektronisch übermittelten Aktenteilen des Finanzamtes, insbesondere aus dem Pacht- und Servitutsvertrag und der Aufsandungsurkunde vom 17. Dezember 2012.

3. Rechtliche Beurteilung

3.1. Zu Spruchpunkt I. (Stattgabe)

Gemäß § 33 TP 9 GebG unterliegen Dienstbarkeiten, wenn jemandem der Titel zur Erwerbung einer Dienstbarkeit entgeltlich eingeräumt oder die entgeltliche Erwerbung dem Verpflichteten bestätigt wird, einer Rechtsgebühr in Höhe von 2 v.H. von dem Wert des bedungenen Entgeltes.

Gemäß § 33 TP 5 Abs. 1 Z. 1 GebG unterliegen 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 einer Gebühr von 1 v.H. nach dem Wert.

Gemäß § 17 Abs. 1 GebG ist für die Festsetzung der Gebühren der Inhalt der über das Rechtsgeschäft errichteten Schrift (Urkunde) maßgebend. Zum Urkundeninhalt zählt auch der Inhalt von Schriften, der durch Bezugnahme zum rechtsgeschäftlichen Inhalt gemacht wird. Wenn aus der Urkunde die Art oder Beschaffenheit eines Rechtsgeschäftes oder andere für die

Festsetzung der Gebühren bedeutsame Umstände nicht deutlich zu entnehmen sind, so wird gemäß § 17 Abs. 2 GebG bis zum Gegenbeweis der Tatbestand vermutet, der die Gebührenschuld begründet oder die höhere Gebühr zur Folge hat.

Gemäß § 19 Abs. 2 GebG werden mehrere Rechtsgeschäfte, die in einer Schrift beurkundet werden, nach Maßgabe ihres rechtlichen Inhaltes gebührenrechtlich gesondert beurteilt, wenn sie nicht zusammenhängende Bestandteile des Hauptgeschäftes sind. III. Erwägungen.

Im gegenständlichen Beschwerdefall ist strittig, ob das Rechtsgeschäft der Gebühr gemäß § 33 TP 9 GebG (Servitut) oder gemäß § 33 TP 5 GebG (Bestandvertrag) 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. Wukovits in Fellner, Gebühren und Verkehrsteuern Band 1 (2025) § 15 GebG Rz 9).

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 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. Themel in Fellner, Gebühren und Verkehrsteuern Band 1 (2025) § 33 TP 9 GebG Rz 1 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 Servitute 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. Themel in Fellner, Gebühren und Verkehrssteuern Band 1 (2025) § 33 TP 9 GebG Rz 4 unter Hinweis auf OGH vom 17. Dezember 1991, 5 Ob 117/91, Jus-Extra 1992, OGH-Z 1001).

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).

Im gegenständlichen Beschwerdefall wurde die Servitut mit Aufsandungsurkunde vom selben

Tag wie der der Aufsandungsurkunde zugrundeliegende verfahrensgegenständliche Pacht- und Servitutsvertrag einverleibt.

§ 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 ErläutRV 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 (vgl. BFG 11.10.2018, RV/7101565/2016).

Im gegenständlichen Beschwerdefall beinhaltet der Pacht- und Servitutsvertrag vom 17. Dezember 2012 auch Formulierungen, wie sie für die Einräumung einer Dienstbarkeit typisch sind. Nach § 3 des gegenständlichen Vertrages etwa gewährt der Verpächter dem Pächter das Recht zur Aufstellung von Windenergieanlagen, notwendige Versorgungs-, Verbindungs- und

Einspeiseleitungen zu und von den Windenergieanlagen zu verlegen, notwendige Zufahrten von den öffentlichen Wegen/Straßen zu den Windenergieanlagen durchzuführen, zur Durchführung der Montagetätigkeiten der Windenergieanlagen, die Windenergieanlagen zu betreiben, zu überprüfen, zu erneuern, umzubauen, instand zu halten und zu beseitigen,

Die Einräumung von Dienstleistungen stellt jedoch nicht den Hauptregelungsinhalt des Vertrages dar.

Hauptzweck des Vertrages ist die Überlassung bestimmter im Eigentum des Verpächters stehender Grundstücke zur Aufstellung von zwei Windenergieanlagen inklusive Fundamente, einer Zählerstation, der Verlegung von Nieder- und Hochspannungskabeln, Datenleitungen, Erdungsanlagen und sonstigen dazugehörigen technischen Anlagenteilen der Windenergieanlage sowie zur Errichtung von permanent befestigten Montageplätzen und Zufahrten zu den Windenergieanlagen. Die Windkraftanlagen sollen dort nach deren Aufstellung und gegebenenfalls 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 (BFG vom 4.9.2019, RV/7100017/2018).

Auch die Verpflichtung des Verpächters in § 3 B 1) des Vertrages, bei einem Eigentumswechsel seiner Grundstücke die vertragsgegenständlichen Verpflichtungen an seine Rechtsnachfolger zu übertragen, sprechen für das Vorliegen eines Bestandvertrages. Bei einer offensichtlichen Dienstbarkeit würde es keiner vertraglichen Überbindung auf einen allfälligen Rechtsnachfolger bedürfen.

Die Gebrauchsüberlassung bestimmter Flächen zu einem bestimmten Zweck ist Wesen eines Bestandvertrages gemäß §§ 1090 ff ABGB.

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 allein das Betriebsrisiko trägt, ein lupenreiner Bestandvertrag vorliegt.

Ähnlich ist gegenständlicher Vertrag zu beurteilen, wonach der Pächter das Betriebsrisiko trägt (vgl. z.B. § 4 Pflichten des Pächters).

Wirtschaftlicher Zweck des gegenständlichen Vertrages ist offensichtlich, die Grundflächen im Sinne einer vordefinierten und genau bezeichneten Erwerbsgelegenheit zu nützen (vgl. § 2 Zweck) 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 die Einräumung einer Dienstbarkeit von untergeordneten Zweck ist und hier keine Verträge über die Einräumung einer Dienstbarkeit iSd § 33 TP 9 GebG, sondern Bestandverträge iSd § 33 TP 5 GebG vorliegen.

Auch die am selben Tag abgeschlossene Vereinbarung und Aufsandungsurkunde ändert nichts daran, dass Hauptzweck des Vertrages die Überlassung bestimmter Grundflächen zu einem bestimmten Zweck ist.

Es liegen zwei Urkunden über ein Rechtsgeschäft vor.

3.2. Zu Spruchpunkt II. (Revision)

Gegen ein Erkenntnis des Bundesfinanzgerichtes ist 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.

Hinsichtlich der Abgrenzung zwischen einem Bestandvertrag und einem Vertrag über die Einräumung einer Dienstbarkeit folgt das Erkenntnis der zitierten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes konnte der im Einzelfall getroffenen Vertrag an Hand dieser Kriterien rechtlich beurteilt werden. Eine Rechtsfrage, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, nicht vor und ist die Revision nicht zulässig.

Wien, am 30. September 2025