



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw. vom 16. Oktober 2006, gegen den Bescheid des Finanzamtes für Gebühren und Verkehrsteuern Wien vom 5. Oktober 2006 betreffend Festsetzung der Gebühr gemäß § 33 TP 9 GebG 1957 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Entscheidungsgründe

Der „Nutzungsvertrag“ vom 28. März 2006, welcher zwischen der Berufungswerberin, (Bw.) als „Nutzer“, und der G., als „Nutzungsgeber“, abgeschlossen wurde, lautet wie folgt:

1.1. Der Nutzungsgeber ist Eigentümer der Liegenschaft X..

1.2. Dem Nutzer wird hiermit das Rechte eingeräumt, auf eigene Kosten auf dem in § 1.1 genannten Grundstück mit aufstehendem Gebäude eine Telekommunikationsanlage einschließlich Antennenanlage (Makroantennenanlage) im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften zu installieren, zu betreiben, zu unterhalten und zu erneuern. Bauliche Änderungen, insbesondere Erweiterungen gegenüber dem im Punkt 1.5 erwähnten Anlagen (Lageplan und Grundriss) ist nur gegen vorherige schriftliche Zustimmung durch den Nutzungsgeber möglich und gestattet. Die Anlagen iSd. Vertrages dienen dem Betrieb von Telekommunikationsdiensten und umfassen die dafür benötigten technischen Anlagen, Geräte, Anschlüsse und Kabel.

1.3 Der Nutzungsgeber erwirbt an den vom Nutzer eingebrachten Gegenständen keinerlei Eigentum. Die Anlagen iSd. Vertrages sind nur zu einem vorübergehenden Zweck bestimmt.

1.4 Der Nutzer ist verpflichtet, Energie über eine von ihm zu errichtende und zu bezahlende Zählereinrichtung zu beziehen. Hat der Nutzer einen eigenen Stromanschluss hergestellt, werden die anfallenden nutzerspezifischen Energiekosten vom Nutzer unmittelbar mit dem jeweiligen Energieversorgungsunternehmen abgerechnet.

1.5 Die Telekommunikationseinrichtung wird entsprechend der dem Nutzungsgeber zur Genehmigung vorlegten Planunterlagen samt Baubeschreibung errichtet.

Der Nutzer hat vor Beginn der Errichtungsarbeiten (3 Wochen vorher) dem Nutzungsgeber einen entsprechenden Ablaufplan aus welchen die Zeitachse und eventuell notwendigen Hilfsmittel (z.B. Kran) hervorgehen, zur Genehmigung vorzulegen. Sollte die Genehmigung seitens des Nutzungsgebers nicht vorliegen, darf mit den Errichtungsarbeiten nicht begonnen werden.

Telekommunikationseinrichtungen (in der Folge „Anlagen im Sinne des Vertrages“) sind alle zur Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen erforderlichen technischen Anlagen und Einrichtungen samt Zubehör wie beispielsweise Versorgungseinheit, Antennenträger, Antennenanlage, Mast, Zugang, Anschluss an das öffentliche Versorgungsnetz etc. einschließlich der damit verbundenen baulichen Maßnahmen.

1.6 Um den Zutritt zu allen Teilen der Anlage zu gewährleisten, wird der Nutzer auf eigene Kosten von außen erreichbare Schlüsseltresore anbringen, wobei die Ausführung und Anbringung des Schlüsseltresors bei der Liegenschaft zuvor mit der Hausinhabung genau abzustimmen ist.

In diesem Tresor werden jene Schlüssel hinterlegt, die nach Maßgabe der nachfolgenden Bestimmungen erforderlich sind, zu allen Teilen der Anlage zu gelangen.

Der Nutzer übernimmt jegliche Haftung für den Verlust der im Tresor befindlichen Schlüssel und wird im Verlustfall sämtliche betroffenen Schlösser austauschen und Ersatzschlüssel beistellen.

Der Nutzer haftet bei grobem Verschulden auch für sämtliche Schäden, die von Dritten mit Hilfe der im Tresor hinterlegt gewesenen Schlüssel nachweislich verursacht werden.

Sollte der Zutritt zur Anlage nur über solche Teile der Liegenschaft notwendig sein, an denen ausschließlich Nutzungsrechte (Mietrechte Dritter) bestehen, dann obliegt es dem Nutzer, mit diesem Dritten eine schriftliche Zutrittsregelung zu treffen und dem Nutzungsgeber eine Kopie

von dieser Regelung zu übermitteln. Der Nutzer hält den Nutzungsgeber hinsichtlich aller daraus resultierenden Forderungen schad- und klaglos.

1.7 Sämtliche Leitungsführungen an der Außenseite des Gebäudes und jene erforderlichen im Innenbereich eines Gebäudes sind vorher mit dem Nutzungsgeber abzustimmen. Im Besonderen muss die optische Gestaltung der inneren Leitungsführung vor Beginn der Arbeiten abgestimmt werden. Alle im Zusammenhang stehenden Kosten trägt der Nutzer.

2.1 Der Abschluss der Nutzungsvertrages erfolgt auf unbestimmte Zeit ist kein genauer Zeitpunkt für den Nutzungsbeginn definiert worden, beginnt das Nutzungsverhältnis spätestens am 1. des Monats, in dem mit den Baumaßnahmen begonnen wird. In diesem Fall hat der Nutzer dem Nutzungsgeber jeweils den Beginn der Nutzung (Baubeginn) schriftlich anzuzeigen.

Die Kündigung ist mit 12monatiger Frist zum Ende eines jeden Kalendermonates zulässig. Der Nutzungsgeber hat frühestens zum Ablauf des 20. Jahres nach Beginn des Nutzungsverhältnisses, das Recht zur Kündigung.

Die Kündigung des Vertrages muss mittels eingeschriebenen Briefs erfolgen.

Unbeschadet des Kündigungsverzichtes des Nutzungsgebers ist dieser berechtigt den Vertrag mit sofortiger Wirkung aufzulösen:

a) Aus den Gründen des § 1118 ABGB.

b) Wenn die Anlage durch behördliche Verfügung (Bescheid der Baubehörde) oder durch gerichtliche Entscheidung zu entfernen ist.

c) Bei nachweislicher Funktionsstörung technischer zum Haus gehöriger Anlagen, die auf der Liegenschaft betrieben werden, durch den Betrieb der vertragsgegenständlichen Telekommunikationsanlage und keine für beide Vertragsteile akzeptable Lösung erzielt werden kann.

d) Wenn die Fläche, auf welcher Teile der Anlagen iSd. Vertrages errichtet sind, seitens des Nutzungsgebers für Schaffung zusätzlicher Räume oder sonstiger Maßnahmen, die für den Nutzungsgeber in der Erhaltung und Verwertung von wichtigem Interesse sind, benötigt werden.

Sollte sich jedoch auf der jeweiligen Liegenschaft vor Beginn des Bauvorhabens eine andere Aufstellungsfläche finden, so wird der Nutzungsgeber dem Nutzer diese zur Verfügung stellen und das Weiterbestehen des Nutzungsvertrages zu unveränderten Konditionen anbieten.

e) Wenn über das Vermögen des Mieters ein Konkurs- oder Ausgleichsverfahren eröffnet wird, oder dessen Eröffnung mangels kostendeckenden Vermögens abgewiesen wird, oder ein Zwangsverwalter eingesetzt wird.

2.3 Der Nutzer ist berechtigt mit sofortiger Wirkung den Vertrag aufzulösen, sobald feststeht, dass ihm die erforderliche behördliche Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb der Anlagen iSd. Vertrages nicht erteilt wird.

Entsprechendes gilt, wenn nicht innerhalb eines Jahres nach Unterzeichnung dieses Vertrages mit den Baumaßnahmen begonnen wird, oder falls sich herausstellt, dass der Grundbesitz zum Betrieb der Anlagen iSd. Vertrages als Sende- und Empfangsstation technisch ungeeignet ist. Ein sich daraus ergebender Anspruch des Nutzungsgebers auf Schaden- und Aufwandsersatz ist ausgeschlossen. Der Nutzer ist jedoch verpflichtet den ursprünglichen Zustand wieder herzustellen.

2.4 Selbiges gilt auch für den Fall, dass dem Nutzer die zugesprochene Konzession für die Errichtung und den Betrieb eines Telekommunikationsnetzes in Österreich wieder entzogen wird.

3.1 Das Nutzungsentgelt beträgt monatlich netto EUR 550.00 zuzüglich der gesetzlichen USt und erfolgt die Zahlung ab dem Monat des Baubeginns der vertragsgegenständlichen Anlage.

Weiters gilt für die Ausübung gegenständlicher Rechte zwischen dem Nutzer und dem Nutzungsgeber ein zusätzliches Entgelt in Höhe von einmalig netto EUR 3.300,00 (in Worten: Euro dreitausenddreihundert) zuzüglich der gesetzlichen USt als vereinbart und ist dieses binnen 30 Tagen nach Unterzeichnung dieses Vertrages zur Zahlung auf ein vom Nutzungsgeber anzugegebendes Konto fällig.

3.2 Zur Wertsicherung des unter Punkt 3.1 festgelegten Nutzungsentgeltes wird folgendes vereinbart:

Zur Berechnung der Wertbeständigkeit dient der von der Bundesanstalt Statistik Österreich monatlich verlautbarte Verbraucherpreisindex 2000 oder ein solcher an seine Stelle tretender Index, der dem VPI 2000 am ehesten entspricht. Bezugsgröße für diesen Betrag ist die für den Monat der Vertragsunterfertigung durch den letzten Vertragsteil veröffentlichte Indexzahl.

Veränderungen der Indexzahl nach oben und unten bis ausschließlich 3% bleiben unberücksichtigt. Auch bleibt das aufgrund der jeweiligen zu berücksichtigten Indexveränderungen errechneten Nutzungsentgelt so lange unverändert, solange nicht zumindest eine 3%ige Änderung eintritt. Dann jedoch wird jeweils die gesamte Veränderung voll berücksichtigt. Sollte bei Vorliegen der genannten Voraussetzung eine Valorisierung nicht vorgenommen

werden, ist das nicht als Verzicht des Nutzungsgebers anzusehen, sondern Ist dieser vielmehr berechtigt, solche Beträge rückwirkend bis zu 3 Jahren nachzuverrechnen.

Der Nutzungsgeber kann statt des nationalen, vom Statistischen Zentralamt bekannt gegebenen Wertmessers jenen Index heranziehen, welcher nach gleicher Funktion für den Euro verlautbart wird, sofern dieser wirtschaftlich gleichwertig ist, oder einvernehmlich ein gleichwertiger Verbraucherpreisindex festgelegt wird.

Dieses Wahlrecht kann der Nutzungsgeber mittels eingeschriebenen Briefes an den Nutzer wahrnehmen und gilt ab dem auf die Schriftlichkeit folgenden Monatsersten der für die Europäische Union genannte Index. Als Basis gilt der letztbekannte amtlich festgestellte Wertmesser.

Alle anderen Bestimmungen der vorgenannten Indexvereinbarung bleiben unberührt.

3.3 Das Nutzungsentgelt ist jeweils am 1. eines jeden Kalendermonates mit einem 5tägigen Respiro zu entrichten.

3.4 Der in § 3.1 genannte Betrag beinhaltet alle anfallenden Neben- und Betriebskosten (Ausnahme: Energiekosten der technischen Anlage) für die genutzte Sache.

3.5 Die anfallenden nutzerspezifischen Energiekosten werden vom Nutzer unmittelbar mit dem jeweiligen Energieversorgungsunternehmen abgerechnet.

3.6 Der Nutzungsgeber ist verpflichtet, dem Nutzer eine ordnungsgemäße Rechnung auszustellen.

4.1 Der Nutzer darf die Anlagen iSd. Vertrages nur mit Zustimmung des Nutzungsgebers durch Dritte im Rahmen des vereinbarten Nutzungsumfangs mitbenutzen zu lassen. Gleiches gilt für eine Untervermietung oder Verpachtung der Anlagen iSd. Vertrages. Der Nutzer hat dafür Sorge zu tragen, dass die Vergütung aus der Untervermietung nicht das Entgelt, welches im § 3 des Nutzungsvertrages vereinbart wurde, um mehr als um die Hälfte übersteigt.

5.1 Der Nutzungsgeber verpflichtet sich, bei einem Eigentümerwechsel die in § 1 genannten Liegenschaft seinem Rechtsnachfolger die gleichen Verpflichtungen aufzuerlegen, die ihm selbst durch diesen Vertrag auferlegt wurden.

5.2 Auf den gegenständlichen Nutzungsvertrag gelangen analog die Bestimmungen des § 12a MRG in der Fassung WRN 2000 zur Anwendung.

6.1 Mit Beendigung des Vertragsverhältnisses steht dem Nutzungsgeber das Recht zu, eine dem früheren Zustand entsprechende Wiederherstellung der genutzten Sache zu verlangen, sofern keine anders lautenden Vereinbarungen zwischen den Vertragsparteien getroffen werden.

6.2 Mit Zustimmung des Nutzers kann der Nutzungsgeber auf dessen Wunsch hin die vom Nutzer geschaffenen Einrichtungen ganz oder teilweise übernehmen, wobei die Konditionen einer Nachtragsvereinbarung vorbehalten bleiben.

7.1 Der Nutzer haftet im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen für Schäden, die durch die Errichtung und den Betrieb der Anlagen iSd. Vertrages verursacht werden und hält den Nutzungsgeber hinsichtlich sämtlicher Ansprüche, die im Zusammenhang mit den Anlagen iSd. Vertrages einschließlich Nebeneinrichtungen entstehen, schad- und klaglos.

Der Nutzer hat die Anlagen nach derzeit geltenden Regeln von Wissenschaft und Technik zu errichten und den jeweiligen Entwicklungen von Wissenschaft und Technik entsprechend zu warten. Weiters sichert der Nutzer zu, dass nach heutigem Wissensstand keine Gesundheitsgefährdung von den Anlagen ausgeht.

Sollte wider Erwarten, nachweislich eine Gesundheitsgefährdung durch die vom Nutzer errichtete Anlage eintreten, so ist der Nutzer verpflichtet alles zu unternehmen, um diese Gefährdung zu beseitigen. Sollte dies nicht möglich sein, kann der Nutzungsvertrag vom Nutzungsgeber mit sofortiger Wirkung aufgelöst werden. Der Nutzer ist in diesem "Fall verpflichtet den Standort umgehend außer betrieb zu nehmen und die Anlage zu beseitigen.

Der Nutzungsgeber wird von geplanten „Bauarbeiten“ an der Anlage, die über die laufende Erhaltung hinausgehen - außer bei Gefahr in Verzug rechtzeitig, jedoch zumindest 14 Tage im Voraus vom Nutzer verständigt.

Der Nutzer verpflichtet sich zum Abschluss einer angemessenen Haftpflichtversicherung zur Abdeckung allfälliger Schäden.

7.2 Der Nutzungsgeber haftet für die von Personen, die mit seiner Zustimmung oder über seine Veranlassung die Anlagen vom Nutzer betreten, vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführten Schäden an den Einrichtungen des Nutzers.

Der Nutzer ist darüber informiert, dass der Nutzungsgeber sich das Recht vorbehält, auch mit Dritten Nutzungsverträge für Sendeanlagen auf der gegenständlichen Liegenschaft abzuschließen. Der Nutzungsgeber wird in diesem Fall den Nutzer frühestmöglich darüber informieren, damit der Nutzer mit einem solchen Dritten die entsprechenden Abstimmungen

vornehmen kann, um technische Beeinträchtigung der Telekommunikationsanlage zu vermeiden.

Sollte durch die Errichtung der Telekommunikationsanlage des Dritten der Betrieb der vertragsgegenständlichen Funkübertragungsstelle beeinträchtigt werden, so hat der Nutzer dies dem Nutzungsgeber mitzuteilen.

Der Nutzungsnehmer nimmt jedoch zur Kenntnis, dass er sich direkt mit störenden Dritten auseinanderzusetzen haben wird. Dies gilt auch für den Fall, dass der Nutzer selbst Störer einer anderen Mobilfunk Anlage ist. Für die Dauer der Störung steht dem Nutzer kein Recht auf Minderung des Nutzungsentgeltes zu.

8.1 Falls einzelne Bestimmungen dieses Vertrages unwirksam sind oder werden sollten, so müssen sie derart schriftlich ergänzt werden, dass der mit der betroffenen Bestimmung verbundene wirtschaftliche Zweck weitestgehend erreicht wird. Die Gültigkeit der übrigen Bestimmungen wird dadurch nicht berührt.

8.2 Änderungen oder Ergänzungen dieses Vertrages bedürfen ausschließlich der Schriftform. Mündliche Nebenabreden zu diesem Vertrag bestehen nicht. Die zu errichtenden Nachtragsurkunden sind fortlaufend zu nummerieren und zum Hauptvertrag zu nehmen.

8.3 Als ausschließlicher Gerichtsstand für alle Streitigkeiten aus diesem Vertrag wird das Bezirksgericht Innere Stadt, Wien vereinbart.

8.4 Für die Errichtung dieses Vertrages wird kein gesondertes Entgelt verlangt. Der Nutzer verpflichtet sich jedoch, alle mit der Vergebühung des Vertrages verbundenen Stempel- und Rechtsgebühren - auch wenn diese erst in einem späteren Abgabeverfahren festgestellt werden - zu entrichten, jedenfalls jedoch den Nutzungsgeber diesbezüglich schad- und klaglos zu halten.

Weder der Nutzungsgeber noch der zur Vergebühung Beauftragte, haben eine Verpflichtung, gegen allfällige Nachtrags- und/oder Ergänzungsbescheide Anträge einzuleiten.

Zu diesem Zweck verpflichtet sich der Nutzer mit Fälligkeit bei Unterfertigung dieses Vertrages die Vertragsgebühren gemäß § 33, TP 5, im Betrag von EUR 277,20 an den Beauftragten auf dessen Konto zu bezahlen.

Sollte der Nutzer dieser Zahlungsverpflichtung nicht binnen 14 Tagen ab Zugang eines entsprechenden Aufforderungsschreibens nachkommen, gelangen Verzugszinsen in Höhe von 12% pa. sowie die zur zweckentsprechenden Einbringung der Forderung notwendigen Kosten zur Verrechnung.

In der Folge wurde gegenüber der Bw. mit dem im Spruch dieser Entscheidung angeführten Bescheid die Rechtsgebühr gemäß § 33 TP 9 GebG in Verbindung mit § 15 Abs.2 BewG mit € 1.504,80 festgesetzt, unter Zugrundelegung von € 75.240 (= 550,00 € monatliches Nutzungsentgelt zuzüglich USt mal 12 mal 9 plus einmaliges Entgelt von € 3.300,00 zuzüglich USt).

Dagegen erhob die Bw. fristgerecht Berufung mit der Begründung, dass mit dem gegenständliche Vertrag keine Dienstbarkeit eingeräumt worden wäre und der Bemessung der Rechtsgebühr der dreifache Jahreswert gemäß § TP 5 Abs.3 GebG zu Grunde zu legen gewesen wäre.

Mit Berufungsvorentscheidung des Finanzamtes für Gebühren und Verkehrsteuern wurde diese Berufung als unbegründet abgewiesen und dazu ausgeführt, dass gemäß dem vereinbarten Vertragsgegenstand vom Vorliegen eines Bestandvertrages gemäß § 33 TP5 Abs.1 Z 1 keine Rede sein könne, da- im Falle, dass ein einheitlicher Vertrag verschiedenen Vertragstypen entnommene Elemente beinhalten würde- dieser gebührenrechtlich nach seinem überwiegenden rechtlichen bzw. wirtschaftlichen Zweck zu beurteilen wäre.

Dagegen stellte die Bw. durch ihre bis zum 31 .Dezember 2007 bevollmächtigte Rechtsvertreterin fristgerecht den Antrag, ihre Berufung dem Unabhängigen Finanzsenat; (UFS), als Abgabenbehörde zweiter Instanz vorzulegen, beantragte darin die Abänderung des bekämpften Gebührenbescheides dahingehend, dass als Bemessungsgrundlage für die Bemessung der Rechtsgebühr der dreifache Jahreswert gemäß § 33 TP5 Abs.3 GebG herangezogen werde bzw. beantragte darin in eventu die Aufhebung des bekämpften Bescheides unter Zurückverweisung an die Abgabenbehörde erster Instanz zur neuerlichen Entscheidung, und führte dazu im Wesentlichen nachstehendes aus:

Der vorliegende Nutzungsvertrag würde alle Wesensmerkmale eines Bestandvertrages enthalten. Es wäre eine unverbrauchbare Sache auf unbestimmte Zeit- unter Abgabe eines Kündigungsverzichtes auf die Dauer von zwanzig Jahre durch die Nutzungsgeberin –gegen Entgelt zum Gebrauch überlassen worden. Wenn Elemente eines Dienstbarkeitsvertrages darin enthalten sein sollten, so würden diese sicherlich nicht in einem derartigen Ausmaß überwiegen, dass dessen gebührenrechtliche Qualifikation als Dienstbarkeitsvertrag gerechtfertigt wäre. Die vertraglich übernommenen Duldungs- und Unterlassungspflichten der Nutzungsgeberin wären typische bestandvertragliche Nebenverpflichtungen. Auch die mangelnde Verbücherung des gegenständlichen Vertrages bzw. das gänzliche Fehlen einer entsprechenden vertraglichen Bestimmung würde gegen das Vorliegen eines Dienstbarkeitsvertrages sprechen. Darüber hinaus hätte der OGH mehrmals ausgesprochen, dass bei entgeltlicher Gebrauchsüberlassung von einem Bestandvertrag auszugehen wäre, da

typische Vertragsfiguren grundsätzlich typisierte Rechtsfolgen nach sich ziehen würden, und überdies einer Umgehung von Mieterschutzbestimmungen vorzubeugen wäre.

Über die Berufung wurde erwogen:

Die auf den vorliegenden Fall bezogenen wesentlichen gesetzlichen Bestimmungen lauten in ihrer verfahrensrelevanten Fassung wie folgt:

Gemäß § 33 TP 9 Gebührengesetz 1957, (GebG), unterliegen Dienstbarkeiten, wenn jemandem der Titel zur Erwerbung einer Dienstbarkeit entgeltlich eingeräumt oder die entgeltliche Erwerbung von dem Verpflichteten bestätigt wird, einer Rechtsgebühr in der Höhe von 2 v.H. von dem Wert des bedungenem Entgeltes.

Gemäß § 472 Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, (ABGB), wird durch das Recht der Dienstbarkeit ein Eigentümer verbunden, zum Vorteil eines anderen in Rücksicht seiner Sache etwas zu dulden oder zu unterlassen. Es ist ein dingliches, gegen jeden Besitzer der dienstbaren Sache wirkendes Recht.

Gemäß § 26 GebG gelten für die Bewertung der gebührenpflichtigen Gegenstände, insoweit nicht in den Tarifbestimmungen abweichende Bestimmungen getroffen sind, die Vorschriften des Bewertungsgesetzes 1995 BGBl.Nr.148, mit der Maßgabe, dass bedingte Leistungen und Lasten als unbedingte, betagte Leistungen und Lasten als sofort fällige zu behandeln sind und dass bei wiederkehrenden Leistungen die Anwendung der Bestimmungen des § 15 Abs.1 über den Abzug der Zwischenzinsen unter Berücksichtigung von Zinseszinsen und des § 16 Abs.3 des vorerwähnten Gesetzes ausgeschlossen ist.

Gemäß § 15 Abs.2 Bewertungsgesetz 1955, (BewG), sind immerwährende Nutzungen oder Leistungen mit dem Achtzehnfachen des Jahreswertes, Nutzungen oder Leistungen von unbestimmter Dauer vorbehaltlich des § 16 mit dem Neunfachen des Jahreswertes zu bewerten.

Den Einlassungen der Bw. nach erfolgte im vorliegenden Fall die Bemessung der Rechtsgebühr gemäß § 33 TP 9 GebG zu Unrecht, weil, ihrer Ansicht nach, mit dem o.a. Vertrag keine Dienstbarkeit sondern ein Bestandverhältnis gemäß § 33 TP5 GebG begründet worden wäre.

Ein Bestandvertrag im Sinne des § 33 TP5 GebG kommt als Konsensualvertrag mit der Einigung darüber zu Stande, dass ein bestimmter (bestimmbarer) Gegenstand gegen einen bestimmten (bestimmbaren) Bestandzinns auf eine bestimmte (bestimmbare) Zeit zum

Gebrauch überlassen wird. Wobei die Gebrauchsüberlassung auch mit einem unbestimmten Endtermin erfolgen kann. (VwGH 28.2.2007,2005/16/0142)

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. (OGH RdW 1988,88 u.a.)

Für die Zuordnung eines Rechtsgeschäftes zu einem Gebührentatbestand sind das Gesamtbild und nicht einzelne Sachverhaltselemente maßgebend. Die Beurteilung der Rechtsnatur eines Vertrages hat sich am Zweck des Vertrages zu orientieren. Ergibt sich aus dem Vertragszweck eine eindeutige rechtliche Qualifikation, kommt der Regelung von Nebenbestimmungen eines Vertrages bei dessen rechtlicher Zuordnung keine Bedeutung zu. (VwGH 5.3.1990,89/15/0014)

Wenn auch hinsichtlich des zu beurteilenden Vertrages der Bw. dahingehend zu folgen ist, dass darin (vordergründig) Abreden enthalten sind, welche häufig in Bestandverträgen zu finden sind, so ergibt sich doch aus der Art des Rechtsgeschäftes und seines spezifischen Regelungsinhalt, dass der wahre Vertragswille auf die Erzielung eines Erfolges- hier den Betrieb von Telekommunikationsdiensten- gerichtet ist, der typischerweise mit Verträgen über Leistungsdienstbarkeiten verbunden ist. Die Vertragspartnerin der Bw. hat sich dafür zum Vorteil der Bw, welche Telekommunikationsdienste gewerbsmäßig anbietet, zu bestimmten Duldungspflichten auf ihrer Liegenschaft verbunden.

Dem steht auch der Umstand, dass keine vertragliche Verpflichtung zur Verbücherung des eingeräumten Rechtes enthalten ist nicht entgegen, da es sich auf Grund der Art der Belastung des dienenden Grundstückes um eine erkennbare Duldungsverpflichtung und daher um den Fall einer offenkundigen Dienstbarkeit handelt, wenn sichtbare Anlagen auf dem dienenden Grund oder sonstige Einrichtungen und Vorgänge, die von dort aus bei einiger Aufmerksamkeit wahrgenommen werden können, das Bestehen einer Dienstbarkeit vermuten lassen.(vgl. Petrasch in Rummel, ABGB, Rz 2 zu § 481). Die Eigentümerin des dienenden Grundstückes verpflichtete sich im Falle eines Eigentümerwechsels dem neuen Grundstückseigentümer die gleiche Verpflichtung aufzuerlegen, die ihr selbst durch den vorliegenden Vertrag auferlegt wurde. Somit ist die Bw. als Inhaberin eines gültigen Titels gegenüber jeden Dritten, trotz Nichtverbücherung ihres Rechtes geschützt. (vgl. VwGH 17.2.1986,84/15/0056)

Darüber hinaus ist in der Lehre und Rechtssprechung anerkannt, dass Rechte die inhaltlich eine Dienstbarkeit bedeuten, auch ohne Eintragung in das Grundbuch mit obligatorischem Charakter begründet werden können. (vgl. OGH SZ 44/41, SZ 57/155).

Der VwGH sieht im Erkenntnis vom 17. Februar 1986 ZI.84/15/0056 die, die Eigentümerin des dienenden Grundstückes treffende, Verpflichtung zur Duldung der Errichtung, des Bestandes, des Betriebes und der Instandhaltung von Leitungsanlagen als Leitungsdienstbarkeit an.

Dieses Höchstgericht spricht mit Erkenntnis vom 5. März 1990 ZI.89/15/0014 aus, dass weder die Vereinbarung eines periodisch zu entrichtenden Entgeltes und der Tragung der Betriebskosten noch die vertragliche Einräumung von Kündigungsmöglichkeiten gegen die Qualifikation eines Vertrages als Titel zur Erwerbung einer Dienstbarkeit spricht.

Zu den von der Bw. ins Treffen geführten Aussprüchen des OGH ist einerseits festzustellen, dass diese nicht im Zusammenhalt mit einer gebührenrechtlichen Beurteilung getroffen wurden. Zum anderen ist festzustellen, wenn so wie im vorliegenden Fall, die Eigentümerin einer Liegenschaft einer anderen Person eine Dienstbarkeit an dieser Liegenschaft einräumt, so überlässt sie dieser Person auch, die dienende Liegenschaft auf eine bestimmte Weise zu gebrauchen.

Dem eindeutigen Willen des Gesetzgebers nach ist die entgeltliche Einräumung einer Dienstbarkeit im Sinne des § 472 ABGB ausnahmslos gemäß § 33 TP 9 GebG zu vergebühren. Es gibt nicht den geringsten Anhaltspunkt dafür, dass der Gesetzgeber etwas anderes gewollt hat, als er zum Ausdruck gebracht hat.

Würde im zu beurteilenden Fall lediglich aufgrund der, der vorliegenden Dienstbarkeitsverpflichtung immanenten, entgeltlichen Gebrauchsüberlassung mit Vergebührung gemäß § 33 TP 5 GebG vorgegangen werden, so würde damit ungerechtfertigter Weise dem § 33 TP 9 GebG ein bedeutungsloser Inhalt unterstellt werden bzw. dem Gesetzgeber unterstellt werden, eine bedeutungslose Norm geschaffen zu haben.

Aus den aufgezeigten Gründen erfolgte daher die Vergebührung des vorliegenden „Nutzungsvertrages“ gemäß § 33 TP 9 GebG sowohl dem Grunde nach, als auch- in Ansehung der §§ 26 GebG, 15 Abs.2 BewG- der Höhe nach zu Recht.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 24. Juni 2009