



UNABHÄNGIGER
FINANZSENAT

Außenstelle Wien
Senat 20

GZ. RV/1245-W/12

Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der BW, Adr, vertreten durch Siemer-Siegl-Füreder & Partner Rechtsanwälte, 1010 Wien, Dominikanerbastei 10, gegen den Bescheid des Finanzamtes für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel vom 20. März 2012 betreffend Rechtsgebühr zu ErfNr***, StNr*** im Beisein der Schriftführerin ***** nach der am 6. November 2012 in 1030 Wien, Vordere Zollamtsstraße 7, durchgeführten Berufungsverhandlung entschieden:

Der Berufung wird Folge gegeben und der angefochtene Bescheid aufgehoben.

Entscheidungsgründe

1. Rechtsvorgang

Am 22. Juli 2011 unterzeichneten die XX-AG (kurz X-AG) und die BW (die nunmehrige Berufungswerberin, kurz Bw. oder EVU) einen Infrastruktturnutzungsvertrag und eine Zugrassenvereinbarung.

1.1. Inhalt Infrastruktturnutzungsvertrag

Der Infrastruktturnutzungsvertrag hat auszugsweise folgenden Inhalt:

"1. Vertragsgegenstand

1.1 Das EVU erbringt im eigenen Namen, in eigener Verantwortung und für eigene Rechnung Eisenbahnverkehrsleistungen im Personenverkehr auf der Grundlage der einheitlichen Rechtsvorschriften für den Vertrag über die internationale Eisenbahnbeförderung von Personen (CIV) sowie nach dem Eisenbahnbeförderungsgesetz in der jeweils geltenden Fassung.

1.2 Das EVU nutzt ausschließlich zu dem in Punkt 1.1 genannten Zweck die von der Infrastruktur bereitgestellte Schieneninfrastruktur nach den Bestimmungen dieses Vertrages und seiner Anlagen.

1.3. Der Infrastruktturnutzungsvertrag regelt die Grundlagen des Rechtsverhältnisses zwischen der X-AG und dem EVU betreffend die Nutzung der Schieneninfrastruktur. Über Art und Umfang der jeweils konkret durch das EVU genutzten Schieneninfrastruktur sowie die Erbringung von sonstigen Leistungen wird zwischen der X-AG und dem EVU für jede Netzfahrplanperiode gesondert eine Zugrassenvereinbarung geschlossen, die jeweils einen integrierenden Bestandteil des Infrastruktturnutzungsvertrages bildet.

2. Leistungen der X-AG

Gemäß den Bestimmungen des Eisenbahngesetzes, BGBl. Nr. 60/1957 in der jeweils geltenden Fassung, gestattet die X-AG dem EVU die Nutzung der Schieneninfrastruktur entsprechend dem in der jeweiligen Zugrassenvereinbarung festgelegten Umfang und erbringt die in diesem Vertrag und seinen Anlagen sowie in der jeweiligen Zugrassenvereinbarung festgelegten Leistungen.

3. Leistungen des EVU

Sämtliche im Rahmen dieses Vertrages nicht von der X-AG erbrachten Leistungen sind, ausgenommen den Fall der vorangehenden schriftlichen Zustimmung der X-AG, ausschließlich durch das EVU selbst zu erbringen - siehe Allgemeine Geschäftsbedingungen (Anlage 1) in der jeweils geltenden Fassung.

4. Entgelt

Das Entgelt für die gemäß Punkt 2. von der X-AG zu erbringenden Leistungen ergibt sich aus dem Produktkatalog Netzzugang (Anlage 2) in der jeweils geltenden Fassung sowie aus den Zugrassenvereinbarungen.

5. Vertragsdauer

Der Vertrag tritt am 01.07.2011 in Kraft und gilt bis zum 10.12.2011 und endet an diesem Tag automatisch, ohne dass es einer gesonderten Kündigung bedarf.

6. Sonstige Bestimmungen

6.1. Integrierende Bestandteile dieses Vertrages sind:

6.1.2. Anlage 1

Allgemeine Geschäftsbedingungen zum Infrastruktturnutzungsvertrag in der jeweils geltenden Fassung

6.1.2. Anlage 2

Produktkatalog Netzzugang in der jeweils geltenden Fassung

6.1.3. Anlage 3

Netznutzung Energie in der jeweils geltenden Fassung

6.1.4. Die jeweils längstens auf die Dauer einer Fahrplanperiode geschlossene(n) Zugrassenvereinbarung(en).

...

6.3 Sämtliche im Zusammenhang mit der Errichtung und Durchführung dieses Vertrages anfallenden Gebühren und Abgaben trägt das EVU, auch wenn sie der X-AG zur Zahlung vorgeschrieben werden."

1.2. Inhalt Zugrassenvereinbarung

Die Zugrassenvereinbarung hat auszugsweise folgenden Inhalt:

"1. Leistungen der X-AG

- a) die X-AG gestatten dem EVU ab 1.07.2011 bis 10.12.2011 die Nutzung der Schieneninfrastruktur gemäß den ausgearbeiteten und in der Beilage ./1 und ./2 dieser Zugtrassenvereinbarung enthaltenen Zugtrassen. Die Beilagen ./1 und ./2 bilden einen integrierenden Bestandteil der Zugtrassenvereinbarung.
- b) Die X-AG erbringt für das EVU Verschub-, Zugvorbereite- und sonstige Leistungen in dem in Beilage ./3 dieser Zugtrassenvereinbarung festgelegten Umfang. Die Beilage ./3 bildet einen integrierenden Bestandteil der Zugtrassenvereinbarung.
- ...
- e) Die Abrechnung für die vom EVU genutzte Schieneninfrastruktur sowie der von der X-AG erbrachten sonstigen Leistungen erfolgt zu den Preisen des Produktkatalogs in der jeweils geltenden Fassung und auf Basis der tatsächlich erbrachten Leistungen sowie der genutzten Schieneninfrastruktur.
- ...

5. Zugtrassen und Leistungen der X-AG für eine laufende Fahrplanperiode

Das EVU ist berechtigt, die Schieneninfrastruktur der X-AG gemäß der im Punkt 1. lit. a bzw. Beilage ./1 und ./2 vereinbarten Zugtrassen an den jeweils angeführten Verkehrstagen zu nutzen und die im Punkt 1. lit. b bzw. Beilage ./3 genannten Verschub-, Zugvorbereite- und sonstigen Leistungen der X-AG im vereinbarten Umfang in Anspruch zu nehmen.

Eine über den vereinbarten Umfang hinausgehende Nutzung der Schieneninfrastruktur durch das EVU oder eine darüber hinausgehende Erbringung von Verschub-, Zugvorbereite- oder sonstigen Leistungen durch die X-AG bedürfen jeweils einer gesonderten Bestellung durch das EVU. Die im Rahmen der gesonderten Bestellung zugewiesenen Zugtrassen und vereinbarten Verschub-, Zugvorbereite- oder sonstigen Leistungen ergeben sich aus den jeweiligen, von der X-AG auf Grundlage der Bestellung ausgearbeiteten Fahrplananordnungen. Die Fahrplananordnungen bilden einen integrierenden Bestandteil dieser Zugtrassenvereinbarung.

Gemäß den einschlägigen EU-Richtlinien sowie dem Eisenbahngesetz (§ 63) ist die Dauer der Zuweisung einer Zugtrasse an einen Zugangsberechtigten mit einer Netzfahrplanperiode begrenzt. In Entsprechung dessen, sind sämtliche Ihrem Unternehmen auf der Grundlage dieses Infrastruktturnutzungsvertrages zugewiesenen Zugtrassen längstens bis zum Ablauf der jeweiligen Netzfahrplanperiode gültig.

Die für die aktuelle Netzfahrplanperiode 2010/2011 geschlossenen Zugtrassenvereinbarungen enden daher automatisch mit 10. Dezember 2011. Für die Nutzung der Schieneninfrastruktur und den Bezug von sonstigen Leistungen über den 10. Dezember 2011 hinaus (Netzfahrplanperiode 2011/2012) sind daher neue Zugtrassenvereinbarungen abzuschließen.

6. Vertragsdauer

Diese Zugtrassenvereinbarung tritt am 01.07.2011 in Kraft und gilt bis zum 10. 12. 2011 und endet an diesem Tag automatisch, ohne dass es einer gesonderten Kündigung bedarf.

7. Ansprechpartner

...

8. Sonstige Bestimmungen

Integrierende Bestandteile der Zugtrassenvereinbarung sind:

- a) Beilage ./1: Verzeichnis der Zugtrassen – entfällt da nicht beantragt
- b) Beilage ./2: Verzeichnis der von der Zuweisung gemäß Beilage 1 ausgenommenen Kalendertage und Streckenabschnitte bei einzelnen Zügen – entfällt
- c) Beilage ./3: Verzeichnis der Verschub-, Zugvorbereite- oder sonstigen Leistungen – entfällt da nicht beantragt.
- d) Beilage ./4: Ansprechpartner (Punkt 12. AGB)"

1.3. Inhalt Allgemeine Geschäftsbedingungen

Die als Anlage 1 dem Infrastruktturnutzungsvertrag angeschlossenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten ua. im Punkt 1.4 folgende Begriffsbestimmung:

"Zugtrasse:

Fahrwegkapazität, die erforderlich ist, damit ein Zug zu einer bestimmten Zeit zwischen zwei Orten eingesetzt werden kann."

Weiters enthalten die Allgemeinen Geschäftsbedingungen ua. folgende Regelungen:

"15. Störungen in der Betriebsabwicklung

15.1

Zwischen dem EVU und der X-AG besteht bei drohenden oder eingetretenen Störungen in der Betriebsabwicklung eine gegenseitige und unverzügliche Informationspflicht, insbesondere bei jenen Störungen, die zu Abweichungen von der vereinbarten Zugtrasse (Verspätungen etc.) führen können, sowie über jeden drohenden oder eingetretenen Schaden, der sich auf die Sicherheit und Ordnung, die Pünktlichkeit, den korrekten Ablauf der Eisenbahnverkehrsleistungen, die Unversehrtheit der Schieneninfrastruktur oder die Umwelt, andere Nutzer oder Dritte auswirken könnte.

15.2

Abweichungen von der vereinbarten Zugtrasse (insbesondere Verspätungen oder Umleitungen) auf Grund von Störungen in der Betriebsabwicklung liegen im Rahmen des allgemeinen Betriebsrisikos und gehen, vorbehaltlich anders lautender Vereinbarungen, jeweils zu Lasten und Gefahr des im Einzelfall davon beeinträchtigten Vertragspartners."

.....

Freimachen der Schieneninfrastruktur

17.1

Das EVU hat die benutzte Schieneninfrastruktur, fristgerecht zum Ende der vereinbarten Nutzungsdauer freizumachen.

.....

28.

Betreten von Anlagen der X-AG

Die X-AG erteilt in dem Ausmaß, wie dies zur Durchführung der Eisenbahnverkehrsleistungen durch das EVU notwendig ist, ihre grundsätzliche Zustimmung zum Betreten der Schieneninfrastrukturanlagen durch die Mitarbeiter des EVU und durch Dritte, die im Sinne des Punktes 4 rechtmäßig beauftragt sind. Hierbei sind insbesondere die einen Teil der Betriebsvorschriften bildenden Sicherheitsbestimmungen der X-AG und § 43 EisbG einzuhalten."

.....

34.

Rechnungslegung, Anzahlung, Sicherheitsleistung

34.1

Die Rechnungslegung durch die X-AG an das EVU erfolgt nach den Bestimmungen der Zugtrassenvereinbarung."

1.4. Inhalt "Produktkatalog Netzzugang"

Die Anlage 2 "Produktkatalog Netzzugang" enthält in Punkt IV folgende Produktbeschreibung:

"1.1 Standardpaket Zugtrasse und Zugfahrt"

Basisentgelt

Das Standardpaket Zugtrasse und Zugfahrt umfasst die **Konstruktion der Zugtrasse** für Regeltrassen bzw. Bereitstellung von Fahrwegkapazität für Sonder- und Ad-hoc-Züge sowie die **Durchführung der Zugfahrt** auf dem Schienennetz der XX-AG.

Trassenkonstruktion für Regeltrassen (SNNB Punkt 4.3):

- Bearbeitung der Anfragen von zugangsberechtigten EVU auf Zuweisung von Zugtrassen, Prüfung auf deren Umsetzbarkeit, erforderliche Konfliktlösungen und die Ausarbeitung eines Zugtrassenangebotes.
- Ausarbeitung der Buchfahrpläne und Fahrplananordnungen.
- Übermittlung von Fahrplandatensätzen, soweit diese auf Grund der bei der XX-AG vorhandenen IT-Systeme verfügbar sind.

Bereitstellen von Fahrwegkapazität für Sonder- und Ad-hoc-Züge (SNNB Pkt 4.3.2) bei Trassenbestellung weniger als 5 Werktagen vor Abfahrt:

- Zuweisung von Fahrwegkapazität innerhalb eines Zeitrahmens jedoch ohne konkreter definierter nutzbarer Fahrplanlage (Entfall Zeit und Ortsbezug wie bei Regeltrassen) zur Ermöglichung der Durchführung der Zugfahrt oder
- Zuweisung der Fahrwegkapazität unter Angabe der frühesten Abfahrt und spätesten Ankunft für die beantragte Relation oder
- Zuweisung der Fahrwegkapazitäten laufend während der Durchführung der Fahrt für den jeweils nachfolgenden Abschnitt zum aktuellen Standpunkt.
- Erstellung der Fahrplananordnungen.
- Übermittlung von Fahrplandatensätzen, soweit diese auf Grund der bei der X-AG vorhandenen IT-Systeme verfügbar sind."

Durchführung der Zugfahrt:

- Benützung der für die vereinbarte Zugtrasse erforderlichen Gleise, Weichen und Oberleitungsanlagen (exklusive Energieversorgung) während den, in den Schienennetz-Nutzungsbedingungen, verlautbarten Streckenöffnungszeiten. ...
- Zugsteuerung einschließlich der Signalisierung und der damit verbundenen Informationsübermittlung sowie Benützung der für die Betriebsabwicklung vorgesehenen Telekommunikationsanlagen.
- Überwachung der vertraglich vereinbarten Verkehrsleistungen (Informationen gemäß Punkt 12.3 AGB, stichprobenweise sicherheitstechnische Überprüfungen).
- Administrative Hilfestellung bei Störungen in der Betriebsabwicklung einschließlich der Zuweisung von allfälligen alternativen Zugtrassen.

Das **Basisentgelt für das Standardpaket Zugtrasse und Zugfahrt** setzt sich zusammen aus:

- dem jeweiligen streckenbezogenen Benützungsentgelt - dem **Basispreis je Zugkilometer** (Zugkm) und dem **Basispreis je Bruttotonnenkilometer** (Btkm)"

2. Verfahren beim Finanzamt

2.1. Gebührenanzeige

Die über den Infrastrukturnutzungsvertrag und die Zugtrassenvereinbarung vom 22. Juli 20011 errichteten Urkunden wurden samt Anlagen von der X-AG am 3. August 2011 beim Finanzamt für Gebühren, Verkehrsteuern und Glückspiel gemäß § 33 TP 5 GebG zur

Vergebührung mit dem Ersuchen, die Gebührenvorschreibung an die Bw. zu richten, angezeigt. Die Erfassung der Urkunde beim Finanzamt erfolgte unter ErfNr***.

2.2. Vorhalteverfahren

Über entsprechenden Vorhalt teilte die X-AG dem Finanzamt mit Schreiben vom 14. März 2012 mit, dass die Bw. an die X-AG für die den Zeitraum 1. Juli 2011 bis 10. Dezember 2011 ein Entgelt lt. Punkt 2. des Vertrages und für diverse Leistungen lt. Produktkatalog in Höhe von € 159.000,06 zuzüglich 20 % Umsatzsteuer, sohin insgesamt € 190.800,07 entrichtet habe.

2.3. Gebührenbescheid

Auf Grund dieser Angaben setzte das Finanzamt mit Bescheid vom 20. März 2012 gegenüber der Bw. Rechtsgebühr gemäß § 33 TP 5 Abs. 1 Z. 1 GebG in Höhe von € 1.908,00 (1% von einer Bemessungsgrundlage von € 190.800,07) fest.

2.4. Berufung

Der Bescheid wurde von der Bw. wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit folgender Begründung angefochten:

"1. Unrichtige rechtliche Beurteilung

1.1. Keine Anwendbarkeit des § 33 TP 5 Abs 1 Z 1 GebG

1.1 .1. Kein gebührenpflichtiger Vertrag

Gemäß § 33 TP 5 Abs 1 Z 1 GebG sind allgemeine Bestandverträge (§§ 1090 ff ABGB) und sonstige Verträge, wodurch jemand den Gebrauch einer bestimmten unverbrauchbaren Sache auf eine gewisse Zeit und gegen einen bestimmten Preis erhält, mit 1 % zu vergebühren.

Wie nachstehend näher zu erörtern ist, handelt es sich bei dem gegenständlichen Vertrag zwischen der Berufungswerberin und der XX-AG (X-AG) weder um einen Bestandvertrag noch um einen sonstigen Vertrag, wodurch jemand den Gebrauch einer unverbrauchbaren Sache auf eine gewisse Zeit und gegen einen bestimmten Preis erhält.

Wesentliches Element eines Bestandvertrages ist unter anderem die Einigung darüber, dass ein bestimmter Bestandgegenstand gegen einen bestimmten Bestandzins auf eine bestimmte Zeit zum Gebrauch überlassen werden soll (etwa VwGH 28.2.2007, 2005/16/0142; OGH 1.10.1985, 5 Ob 66/85).

Durch den gegenständlichen Infrastruktturnnutzungsvertrag wird der Berufungswerberin nicht das Recht auf Gebrauch einer bestimmten unverbrauchbaren Sache (eines bestimmten Bestandgegenstands) für eine gewisse Zeit und gegen einen bestimmten Preis eingeräumt.

Vielmehr ergibt sich aus den Verträgen, insbesondere aus Punkt 15.1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen zum Infrastruktturnnutzungsvertrag, dass die X-AG das jederzeitige Recht hat, von der vereinbarten Zugtrasse abweichen zu können. Die Formulierung dieser Regelung bedeutet, dass der Berufungswerberin durch den Vertrag kein bestimmter Bestandgegenstand zum Gebrauch überlassen wird. Auch die Bestimmung des Begriffes "Zugtrasse" in Punkt 1.4 der AGB zeigt dies unzweifelhaft. Danach liegt kein bestimmter Gegenstand, keine bestimmte Sache dem Vertrag zu Grunde. Vielmehr wird in dem Vertrag das Recht der Nutzung einer abstrakten "Kapazität" eingeräumt, die "erforderlich ist, damit ein Zug zu einer bestimmten Zeit zwischen zwei Orten eingesetzt werden kann". Welche

konkrete Kapazität dies ist, ist nicht definiert und sohin unbestimmt. Die vertragliche Verpflichtung der X-AG besteht einzig darin, sicherzustellen, dass ein Zug zu einer bestimmten Zeit zwischen zwei Orten eingesetzt werden kann.

Auch aus der Zusammenschau mit den Erläuternden Bemerkungen (349 BlGNR XXII GP S. 8 ff.) zeigt sich, dass durch den Infrastruktturnutzungsvertrag kein Bestandgegenstand für eine gewisse Zeit zur Nutzung überlassen werden soll. Vielmehr wird mit der Vereinbarung ein bloßer "Zugang zur Schieneninfrastruktur" eingeräumt. Es wird mit dem Vertrag also nicht das Recht zum Gebrauch einer bestimmten Sache, sondern vielmehr ein Recht auf Zugang zu einem Netzesystem, zu einer abstrakten Kapazität, eingeräumt.

Da Gegenstand des Vertrages nicht eine bestimmte Sache sondern lediglich ein Recht (auf Zugang zu einer Infrastruktur) ist, kann denkunmöglich ein Bestandvertrag vorliegen (LGZ Wien, 7.3.1984, 41 R 91/84). Es liegt auch kein Vertrag vor, wodurch jemand den Gebrauch einer bestimmten unverbrauchbaren Sache auf eine gewisse Zeit und gegen einen bestimmten Preis erhält. Im Allgemeinen stellt der Infrastruktturnutzungsvertrag die Zugangsvoraussetzung und somit Schlüssel zu sämtlichen Dienstleistungen der X-AG dar.

Vergleichbar mit Abnehmerverträgen mit Energieversorgungsunternehmen, wo es Stromabnehmern darauf ankommt, den für ihren Betrieb notwendigen Strom zu erhalten und es dabei von bloß untergeordnetem Interesse ist, durch welche Anlagen und über welche Netze sie diesen geliefert bekommen. berechtigt der gegenständliche Vertrag zur Nutzung einer Zugtrasse als bloße Kapazität, damit ein Zug zu einer bestimmten Zeit zwischen zwei Orten eingesetzt werden kann. Welches konkrete Gleis für den Einsatz des Zuges zwischen zwei Orten zur Verfügung gestellt wird, ist in dem Vertrag nicht definiert. Vielmehr erfolgt die Zuweisung von konkreten Gleisen durch die X-AG (§ 7 des Produktkataloges Netzzugang; Zugtrasse, Zugfahrt und sonstige Leistungen 2012).

Auch Abnahmeverträge von Energieversorgungsunternehmen wurden vom VwGH als nicht gebührenpflichtige Verträge qualifiziert (VwGH 29.9.1966, 513/66; Fellner, Kommentar Gebühren und Verkehrssteuern, Band I¹⁰ (2010). § 33 TB 5 GebG Rz 22). Da auch gegenständlich - vergleichbar mit Abnahmeverträgen - ein dem Vertragspartner überlassener Gebrauch an konkreten und bestimmten Anlagen bzw. Sachen nicht vorliegt, ist auch dieser nicht als gebührenpflichtiger Vertrag zu qualifizieren.

Weiteres sei darauf hingewiesen, dass es zusätzliches Wesensmerkmal des Bestandvertrages ist, dass sich der Bestandgeber für eine gewisse Zeit an den Vertrag und sohin zur Überlassung des Gebrauchs einer bestimmten Sache binden muss.

Wie erörtert, liegt auch dieses Tatbestandsmerkmal gegenständlich nicht vor. Die X-AG hat das jederzeitige Recht, vertragliche Änderungen vorzunehmen, solange dadurch nicht vereitelt wird, dass ein Zug zu einer bestimmten Zeit zwischen zwei Orten eingesetzt werden kann.

Der Vertrag ist daher schon aus diesen Gründen nicht als gebührenpflichtiger Vertrag zu qualifizieren.

1.1 .2. Unzumutbarkeit der Beurteilung als Bestandvertrages

Weiters ist hervorzuheben, dass durch den Infrastrukturvertrag nicht nur der Zugang zur Schieneninfrastruktur eingeräumt bzw die Nutzung einer abstrakten Kapazität vereinbart wird.

Die X-AG verpflichtet sich durch den Infrastruktturnutzungsvertrag nicht nur, das Zugangsrecht zu der notwendigen Infrastruktur zur Erbringung von Eisenbahnverkehrsleistungen im Güter- und Personenverkehr, welche gemäß 1.3. des Infrastruktturnutzungsvertrages in der Zugtrassenvereinbarung näher definiert wird, sondern offeriert eine breite Bandbreite an unterschiedlichen Leistungen, die in den Anlagen 2 und 3 (Produktkatalog Netzzugang und Netznutzung Energie) beschrieben sind. Ebenso ist in Punkt 1.1. des Infrastruktturnutzungsvertrages und in Punkt 2.1. der AGBs der Zugang auf Güter- und Personenverkehr beschränkt bzw. besteht ohne entsprechende Nachweise keine Berechtigung, die Rechte aus dem Infrastruktturnutzungsvertrag auszuüben.

Der Vertrag stellt sohin einen Dienstleistungsvertrag dar. Diese Regelungen sind aufgrund der §§ 56 ff EisbG, insbesondere § 58 EisbG, zwingend vom Eisenbahninfrastrukturunternehmen zu leisten und stellen neben der Zuweisung der Zugrassen eine verpflichtende sonstige Leistung, die "über den Zugang hinaus" (§ 58 Abs 1 EisbG) angeboten werden muss, dar. Die Leistungen aus dem Produktkatalog sind somit einerseits in das vom Gesetz vorgeschriebene "Mindestzugangspaket" und andererseits in sonstige Leistungen unterteilt. Das Mindestzugangspaket wird durch Infrastrukturbenützungsentgelt und Stationsentgelt abgegolten, optional zubuchbare Leistungen werden separat verrechnet. Diese Zubuchbarkeit von Leistungen, die nicht im Zugangspaket enthalten sind, ist aber nur dann möglich, wenn ein zugrundeliegender Infrastruktturnutzungsvertrag vorliegt. Der Infrastruktturnutzungsvertrag stellt somit klar den Schlüssel dar, durch den man den Zugang zu den Dienstleistungen der XX-AG erhält.

In der Zugrassenvereinbarung werden etwa in 1.b) - e) folgende Tätigkeiten näher dargestellt, die allesamt als Dienstleistungen zu qualifizieren sind:

- Verschubleistungen
- Zugvorbereitungsleistungen
- administrative Hilfestellung bei Störung der Betriebsabwicklung
- Erfassung der Zugdaten mittels EDV-System

Ausführlicher definiert und aufgegliedert sind alle den Infrastruktturnutzungsvertrag behandelnde Leistungen schließlich im Produktkatalog Netzzugang, der als Anlage 2 des Infrastruktturnutzungsvertrages einen integrierten Bestandteil des Vertrages bildet.

Im ersten Teil des Produktkataloges "Anlagen" wird zunächst auf Abstellkapazitäten und Manipulationsgleise, sowie auf die Nutzung von sonstigen Leistungen (wie zB Vorheizen und Klimatisieren, Druckluftversorgung, Fäkalentsorgung, Wasserbefüllung) eingegangen. Einerseits werden die einzelnen Preise zu bestimmten Einheiten dargelegt, andererseits jedoch ist eine derartige Nutzung teilweise nur durch die Stellung von Betriebspersonal der X-AG möglich. Beispielsweise ist eine Wasserfüllanlage sehr wohl bestellbar, jedoch benötigt das Eisenbahnverkehrsunternehmen hierzu zwingend Betriebspersonal der X-AG. Die Personaleinsatzstunden dieser Leistungen sind in 2.1. des Produktkatalog Netzzugang festgelegt. Dass dies klar eine Dienstleistung darstellt, steht außer Frage.

Im zweiten Teil des Produktkataloges "Station" wird auf die Leistungen eingegangen, die durch das Stationsentgelt abgegolten werden und andererseits für kleinere, meist regionale Bahnhöfe, optional zubuchbar sind. Klar ersichtlich ist, dass die Basisleistung in allen Stationen Dienstleistungen der X-AG, wie Beschilderung, Erstellung und Druck von Aushangfahrplänen sowie die Bereitstellung von Flächen für diesen und ebenso die Reinigung der Station, darstellen. Neben diesen Dienstleistungen wird auch eine dynamische Fahrgastinformation, welche Lautsprecherdurchsagen und Zugzielanzeigen beinhaltet, durchgeführt, die einen großen betriebswirtschaftlichen Wert darstellt. In den größeren Bahnhöfen, wie Wien Westbahnhof, Linz Hauptbahnhof und Salzburg Hauptbahnhof kommen zu oben dargestellten Dienstleistungen noch Sicherheitsleistungen hinzu, dazu zählt die Bereitstellung von Securitypersonal.

Überblickt man abschließend den Teil "Stationen" des Produktkataloges, so stellt man weiters fest, dass auch die durch den Infrastruktturnutzungsvertrag bestellten Leistungen Dienstleistungen darstellen. Die oben beispielhaft dargestellten Dienstleistungen sind keine Sonderleistungen oder zubuchbaren Leistungen, sondern gemäß §§ 56 ff EisbG zu erbringende Dienstleistungen der InfrastrukturAG.

Im dritten Teil des Produktkataloges "Verschub" sind Verschubleistungen geregelt. Zu Punkt 6 ist unzweifelhaft festzustellen, dass sämtliche Leistungen als Dienstleistungen zu qualifizieren sind.

Die Kernleistung des Verschubs besteht aus

- der Zugzerlegung und Zugbildung mit Zugvorbereitung,
- der Sonderbehandlung von Zugbildegruppen, etc wenn das Triebfahrzeug durch das Eisenbahnverkehrsunternehmen bereitgestellt wird,
- der Sonderbehandlung von Zugbildegruppen, etc. wenn das Triebfahrzeug durch die X-AG bereitgestellt wird und

Für ausnahmslos jede dieser Leistungen ist ein Lokführer bzw. Triebfahrzeugführer, ein Verschieber, ein Bediener der Stellwerks~ und Sicherungsanlagen sowie die Einbindung der Disposition notwendig und bereits in der Kernleistung inkludiert.

Zusätzliche Dienstleistungen, die neben dem Verschub angeboten werden, sind zB für die Kernleistungen im Verschubknotenbahnhof in Punkt 6.1,2,6 dargelegt und behandeln ebenso ausschließlich Dienstleistungen wie Be- und Entladetätigkeiten, Bedienung sonstiger Anlagen, Bezetteln und Plombieren von Wagen, Fahrzeugreinigung uvm.

Eine abschließende Aufzählung aller Dienstleistungen wäre zu umfangreich, darum wird hier pauschal auf den gesamten Teil III, Produkt- und Leistungsbeschreibung, Punkt 6. "Verschub" verwiesen, der ausschließlich aus Dienstleistungen besteht. Hiermit ist klar dargelegt, dass ein Verschub ohne eine entsprechende Personalleistung durch die X-AG nicht möglich ist und sohin von keinem Bestandverhältnis auszugehen ist.

Im vierten Teil des Produktkataloges "Zugtrasse, Zugfahrt und sonstige Leistungen" (im Folgenden kurz Produktkataloge "Trassen") wird auf das Recht auf Zugang zum Schienennetz der X-AG eingegangen und die Berechnung des Infrastrukturbenützungsentgelts aufgeschlüsselt. Neben dem "Mindestzugangspaket" für Zugtrasse und Zugfahrt beinhaltet dies auch leistungsabhängige Entgeltbestandteile (Performance Regime), Leistungen außerhalb der Streckenöffnungszeiten, Zuginformation ARAMIS und sonstige Leistungen.

Betrachtet man das Basisentgelt in Punkt 1.1. des Produktkataloges für das Mindestzugangspaket von Zugtrasse und Zugfahrt zeigt sich, dass auch hier Gegenstand des Vertrages Dienstleistungen sind. Umfasst ist einerseits die Konstruktion der Zugtrasse und andererseits die Durchführung der Zugfahrt auf dem Schienennetz der X-AG.

Die Trassenkonstruktion und die Durchführung der Zugfahrt für Regeltrassen in 1.1. des Produktkataloges "Trassen" beinhaltet unter anderem:

- die Bearbeitung der Anfragen von zugangsberechtigen Eisenbahnverkehrsunternehmen von Zugtrassen, die Prüfung auf deren Umsetzbarkeit, erforderliche Konfliktlösungen und Ausarbeitung eines Zugtassenangebotes,
- Ausarbeitung der Buchfahrpläne und Fahrplananordnungen,
- Übermittlung der Fahrplandatensätze und
- Zuweisung der Fahrwegkapazität,
- Zugsteuerung einschließlich der Signalisierung,
- Überwachung der vertraglich vereinbarten Verkehrsleistung und
- die administrativen Hilfestellungen bei Störungen in der Betriebsabwicklung einschließlich der Zuweisung von allfälligen alternativen Zugtrassen.

Alle diese Inhalte stellen Dienstleistungen dar. Die Beurteilung als Bestandsvertrag ist denkunmöglich.

Aus all dem ergibt sich, dass der gegenständliche Vertrag als ein gemischtes Dauerschuldverhältnis, überwiegend mit Elementen eines Dienstleistungsvertrages zu qualifizieren ist. Der Umstand, dass die Berufungswerberin auch bloßen Zugang zur

Infrastruktur der X-AG erhält, rechtfertigt nicht die Annahme, das gegenständliche Vertragsverhältnis sei seiner Natur nah ein Bestandvertrag.

Alles in allem stellt das Recht auf Zugang zu Schienen - welche im Übrigen kein bestimmtes Bestandobjekt darstellen - eine Nebensache dar. Die von der X-AG erbrachten Dienstleistungen sind die Hauptsache.

Ausgehend von der für die rechtliche Beurteilung von gemischten Verträgen anzuwendenden Kombinationstheorie kommt die rechtliche Qualifikation des gegenständlichen Vertrages als gebührenpflichtiges Rechtsgeschäft auch aus diesem Grund nicht in Frage (vgl. etwa auch VwGH 10.5.2010, 2009/16/0316).

In diesem Zusammenhang wird auch auf die zwischen Flughafenbetriebsgesellschaften und Fluggesellschaften abgeschlossenen Linienflugverkehrsverträge verwiesen. Auch dort werden Rechte auf Zugang zu Flughafeninfrastruktur (unter anderem Landebahnen) eingeräumt. Die Zuweisung konkreter Landebahnen erfolgt aber erst unmittelbar vor Landung. Auch diesen Verträgen liegt sohin kein bestimmtes konkretes Bestandobjekt zu Grunde. Außerdem überwiegen auch bei Linienflugverkehrsverträgen als gemischte Verträge die von Flughafenbetriebsgesellschaften zu erbringende Dienstleistungen, welche die Hauptsache der Verträge darstellen. Das Recht auf Zugang zur Landebahn ist lediglich eine Nebensache. Dies gilt auch für den gegenständlich zu beurteilenden Vertrag. Auch er ist daher nicht als gebührenpflichtiges Rechtsgeschäft zu qualifizieren.

Lediglich für den Fall, dass rechtsunrichtig davon ausgegangen würde, der gegenständliche Infrastrukturnutzungsvertrag sei Bestandvertrag und daher gebührenpflichtig, wird ausdrücklich vorgebracht, dass die Leistungen für obgenannte Dienstleistungen selbstverständlich nicht Bemessungsgrundlage für die Festsetzung der Gebühr sind. Diese Leistungen wurden jedenfalls nicht für die Überlassung des Gebrauches iSd § 33 TB 5 Abs 2 GebG vereinbart,

1.1.3. Gänzlich wesensfremde Elemente des Vertrages

Lediglich der Vollständigkeit halber wird abschließend darauf hingewiesen, dass gegenständlich anders als bei klassischen Bestandverträgen das Entgelt erst im Nachhinein für die tatsächlich in Anspruch genommenen Leistungen zu entrichten ist.

Klassische Bestandverträge nehmen demgegenüber keine Rücksicht darauf, ob das Bestandobjekt tatsächlich genutzt wurde oder nicht."

Die Bw. beantragte die Durchführung einer mündlichen Verhandlung und Einvernahme der Bw. sowie die ersatzlose Aufhebung des angefochtenen Bescheides.

2.5. Ermittlungen seitens des Finanzamtes

Zur Aufforderung des Finanzamtes, die Beilagen ./1 und ./2/ zur Zugtrassenvereinbarung zu übersenden, teilte die ÖBB X-AG dem Finanzamt mit email vom 7. Mai 2012 mit, dass die Beilagen ./1 und ./2/ zur Zugtrassenvereinbarung entfallen, da die Bw. im Zeitraum vom 1. Juli 2001 bis 10. Dezember 2011 keine Planzugtrassen bestellt habe, sondern nur Adhoc-Züge geführt habe. Darüber hinaus seien keine Zusatzleistungen angefordert worden.

3. Verfahren vor dem UFS

3.1. Vorlage der Berufung

Die Berufung wurde vom Finanzamt dem UFS ohne vorheriger Erlassung einer Berufungsvorentscheidung vorgelegt. Im Vorlagebericht (der in Kopie auch der Bw. übermittelt wurde) führte das Finanzamt Folgendes aus:

"Gemäß § 33 TP 5 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, einer Gebühr. Aus der im § 33 TP 5 GebG enthaltenen Erweiterung des gebührenpflichtigen Tatbestandes auf "sonstige Verträge, wodurch jemand den Gebrauch einer unverbrauchbaren Sache auf eine gewisse Zeit und einen bestimmten Preis erhält", folgt, dass auch Verträge die nach der zivilrechtlichen Begriffsbestimmung nicht zu den Bestandverträgen zählen, bei denen aber die Überlassung einer Bestandsache für eine bestimmte oder bestimmbare Zeit gegen Entgelt den Vertragsgegenstand darstellt, der Gebühr gemäß § 33 TP 5 GebG unterliegen. Diese Verträge weichen zwar von den Regeln der §§ 1090 ff ABGB ab, sind aber auf Grund der für Bestandverträge charakteristischen Merkmale als "Bestandverträge" im weiteren Sinn anzusehen.

Im gegenständlichen Infrastruktturnutzungsvertrag wird zweifelsfrei festgehalten, dass die X-AG die Nutzung der Schieneninfrastruktur gestattet.

Aus der in der Berufung zitierten Rechtsprechung des VwGH (Erkenntnis zu Abnehmerverträgen mit Energieversorgungsunternehmen) lässt sich für den berufungsgegenständlichen Fall nicht gewinnen, steht doch bei den Abnehmerverträgen mit EVU die Lieferung von Strom im Vordergrund und wird darin dem Abnehmer kein Gebrauchsrecht an unverbrauchbaren Sachen eingeräumt.

Im Gegensatz dazu wird im Punkt 2 des Vertrages über die Nutzung der Schieneninfrastruktur der Bw. zweifelsfrei ein Nutzungsrecht an einer unverbrauchbaren Sache eingeräumt. Auch wenn - wie die Bw vermeint - die Bestandsache nicht bestimmt ist, ist sie zumindest bestimmbar. Die Bestandsache muss lediglich bestimmbar sein. Diesbezüglich wird auf die Abhandlung von Sprung - König, Bestimmbarkeit der Bestandsache und Garagen-Kurzparkvertrag, RdW 1986, 200 verwiesen, wo die Autoren im Ergebnis festhalten, dass die Bestimmbarkeit der Sache bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen des § 1090 ABGB für die Qualifikation eines Vertragsverhältnisses als Bestandvertrag ausreicht.

Dass der Vertragspartner der Bw neben der Gestattung der Nutzung der Schieneninfrastruktur auch andere Leistungen erbringt, vermag an der Gebührenschuld nichts zu ändern. Hier liegt ein Bestandvertrag iSd § 33 TP 5 GebG mit anderstypischen Nebenverpflichtungen vor. Die Bw führt in der Begründung ihrer Berufung selbst aus, dass diese sonstigen Leistungen zwingend durch das Eisenbahninfrastrukturunternehmen zu leisten sind und neben der Zuweisung der Zugtrasse eine verpflichtende sonstige Leistung darstellen. Das bedeutet, dass die Benützung der Schieneninfrastruktur ohne diese sonstigen Leistungen nicht möglich ist."

3.2. Ergänzende Stellungnahme der Bw. vom 4.6.2012

Dem erwiderte die Bw. in ihrer beim Finanzamt eingebrachten Stellungnahme vom 4.6.2012 (die vom Finanzamt an den UFS weitergeleitet wurde) Folgendes:

*"Zunächst ist hervorzuheben, dass gegenständlich kein gebührenpflichtiger Vertrag vorliegt.
1. Kein gebührenpflichtiger Vertrag*

Wie bereits in der Berufung festgehalten, ist wesentliches Element eines Bestandvertrages unter anderem die Einigung darüber, dass ein bestimmter Bestandgegenstand vorliegt. Entgegen der Rechtsansicht des Finanzamtes liegt gegenständlich weder eine bestimmte, noch eine bestimmbare Bestandsache vor. Der diesbezügliche Verweis auf die Abhandlung Sprung/König, Bestimmbarkeit der Bestandsache und Garagen-Kurzparkvertrag, RDW 1986,

200 ff, ändert an dieser Rechtsansicht nichts. Einerseits werden in dieser Abhandlung vorwiegend Gesichtspunkte der vertraglichen Haftung dargelegt und erörtert. Weiters übersieht das Finanzamt, dass gerade bei Garagierungsverträgen - anders als gegenständlich - ein bestimmtes bzw. bestimmbarer Bestandobjekt vorliegt, weil es darin um einen Platz innerhalb einer Garage geht (Fellner, Stempel- und Rechtsgebühren, Band I (2010) § 33 TB 5 GebG Rz 31).

Ungeachtet dessen ist hervorzuheben, dass auch ein Vertrag der das "Recht, einen austauschbaren Heimplatz, der vom Heimausschuß frei vergeben wird und nicht von vornherein vertraglich bestimmt ist, zu erhalten" einräumt, kein Bestandvertrag ist (LGZ Wien 7.3.1984, 41 R 91/84). Diese völlig unzweifelhafte gerichtliche Klarstellung ist evident diametral zur vom Finanzamt in seinem Vorlagebericht vertretenen Rechtsansicht hinsichtlich der Bestimmbarkeit eines Bestandgegenstandes. Weiters wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass nach der höchstgerichtlichen Judikatur des OGH hinsichtlich der rechtlichen Qualifikation des Vertrages für die Hangarierung von mehreren Kleinflugzeugen in einem Rundhangar ausdrücklich festgehalten wurde, dass die Annahme eines Bestandvertrages über eine solche Abstellfläche nur dann In Frage kommt, "wenn die Benutzer des Aufbewahrungsraumes diesen ausschließlich zu benützen befugt sind und durch Absperrung die Möglichkeit haben, dritte Personen davon auszuschließen" (OGH 18.4.2012, 3 Ob 34/12i).

Wie bereits festgehalten, hat gegenständlich die X-AG das jederzeitige Recht, von der vereinbarten Zugtrasse abweichen zu können. Ausgehend von der im vorigen Absatz genannten Judikatur wurde auch gegenständlich der Berufungswerberin lediglich ein Recht eingeräumt, Zugang zu einer abstrakten Kapazität zu erhalten, die erforderlich ist, damit ein Zug zu einer bestimmten Zeit zwischen zwei Orten eingesetzt werden kann. Welche konkrete Kapazität dies ist, ist nicht definiert und obliegt – genauso wie bei dem obgenannten frei vom Heimausschuss austauschbaren Heimplatz – der freien Einteilung durch die X-AG. Im Übrigen ist das Recht auf Zugang zu der genannten abstrakten Kapazität nicht "ausschließlich", da auch andere Schienenunternehmen Zugang zu der abstrakten Kapazität haben.

Der Bestandgegenstand ist sohin weder bestimmt und da das Recht zu derartigen Abweichungen ausschließlich bei der X-AG liegt, ist der Bestandgegenstand auch nicht bestimmbar. Anders als bei den vom Finanzamt genannten Garagierungsverträgen liegt gegenständlich kein räumlich und baulich abgeschlossener Ort – wie dies bei Garagen der Fall ist – vor bzw. ist das Recht der Berufungswerberin nicht "ausschließlich".

In dem gegenständlichen Vertrag wurde lediglich vereinbart, dass ein Zug zu einer Zeit zwischen zwei Orten eingesetzt werden kann. In welcher Weise und auf welcher konkreten Zugtrasse dies erfolgt, bleibt völlig offen und die entsprechende diesbezügliche Einteilung – auf die die Berufungswerberin keinen Einfluss hat – liegt ausschließlich bei der X-AG. Da sich die X-AG trotz Entgeltlichkeit des Vertrages das Recht vorbehalten hat, derartige Änderungen nach ihrem Gutdünken zu verlangen, liegt auch mangels der Voraussetzung der Überlassung – der gegenständlich im Übrigen nicht als Sache zu qualifizierenden abstrakten Kapazität – auf eine gewisse Zeit denkmöglich ein Bestandvertrag vor (RIS-Justiz, Rs 0025312).

Es ist also nochmals hervorzuheben, dass gegenständlich kein Bestandgegenstand für eine gewisse Zeit zur Nutzung überlassen werden soll. Die Bezeichnung des Vertrages als Infrastruktturnutzungsvertrag schadet in diesem Zusammenhang nicht. Es handelt sich dabei um eine für die rechtliche Qualifikation des Vertrages nicht relevante Bezeichnung der Vereinbarung durch die Parteien (VwGH 10,5,2010, 2009/16/0136, LGZ Wien, 26.7.1984, 41 R 144/84). Gegenstand der Vereinbarung ist ein Zugang zu einer Infrastruktur und die Erbringung zahlreicher Dienstleistungen. Das Recht auf diesen Zugang stellt im Übrigen kein "nutzbares" Recht wie etwa Patent-, Urheber- oder Jagdrechte dar. Es kann daher denkmöglich Gegenstand eines Bestandvertrages sein (Fellner, Stempel- und Rechtsgebühren, Band I (2010) § 33 TB 5 GebG Rz 8).

Zur Rechtsansicht des Finanzamtes, wonach Abnehmerverträge mit Energieversorgungsunternehmen auf den gegenständlichen Sachverhalt nicht analog

anzuwenden wären, ist festzuhalten, dass auch gegenständlich als Hauptgeschäft des Vertrages der Zugang zu einer Kapazität im Vordergrund steht. Ähnlich wie bei den genannten Abnehmerverträgen - wo Hauptgeschäft die Lieferung von Strom darstellt - geht es nicht vordergründig um den Gebrauch von Anlagen, sondern will die Berufungswerberin Zugang zu der für ihren Betrieb erforderlichen Kapazität.

Zusammengefasst ist daher hervorzuheben, dass Gegenstand des Vertrages nicht eine bestimmte Sache, sondern lediglich das Recht, eine austauschbare Kapazität, die von der X-AG frei vergeben werden kann und nicht von vornherein vertraglich bestimmt ist, darstellt. Es liegt sohin weder ein Bestandvertrag noch ein sonstiger Vertrag, wodurch jemand den Gebrauch einer unverbrauchbaren Sache auf eine gewisse Zeit und gegen einen bestimmten Preis erhält, vor.

Schon aus diesen Gründen handelt es sich gegenständlich jedenfalls nicht um einen gebührenpflichtigen Vertrag.

Weiters wird ausdrücklich festgehalten, dass das Entgelt gegenständlich nach dem konkreten Zugang zur Kapazität und der erbrachten Dienstleistungen und nicht nach der vereinbarten Dauer des Vertrages bemessen bzw. entrichtet wird. Das zeitliche Element des Vertrages tritt sohin in den Hintergrund und steckt nur den rechtlichen Rahmen ab, innerhalb dessen ein Zugang zur Kapazität stattfinden können soll.

Nach ständiger Rechtsprechung unterliegt ein Vertrag dann keiner Rechtsgebühr, wenn das Entgelt nach erhaltenem Zugang und erbrachten Dienstleistungen und nicht nach der Zeitdauer - unabhängig von erbrachten Leistungen - bestimmt wird (vgl. etwa VwGH 10.5.2010, 2009/16/0316).

Auch aus diesem Grund liegt gegenständlich kein gebührenpflichtiger Vertrag vor,

Weiters ist nochmals hervorzuheben, dass gegenständlich ein gemischter Vertrag vorliegt. Qualifiziert man diesen Vertrag aus bürgerlich rechtlicher Sicht, überwiegen Elemente eines Dienstleistungsvertrages beträchtlich. Wie dargelegt, enthält der Vertrag in keinem Fall aber die Elemente der gebührenrechtlichen Umschreibung eines Bestandsvertrags. Der Zugang zur gesamten Infrastruktur ist weitaus komplexer und vorwiegend mit Dienstleistungen der X-AG verknüpft.

Daraus ergibt sich, dass die Elemente eines Dienstleistungsvertrages in dem gegenständlichen Vertrag weit überwiegen. Das Recht auf Zugang zur Infrastruktur stellt lediglich eine Nebensache dar, während die von der X-AG erbrachten Dienstleistungen die Hauptsache sind.

Nach der Judikatur ist maßgeblich für die rechtliche Beurteilung von Verträgen "immer die individuelle Vertragsgestaltung". Dabei ist je nach dieser Ausgestaltung die Frage zu beantworten, ob bei einem Vertrag die Elemente eines gesetzlich vorgesehenen Vertrages überwiegen oder ob, was wegen der herrschenden Vertragsfreiheit denkbar ist - ein Vertrag "sui generis" vorliegt (OGH 19.5.2009, 3 Ob 12/09z).

Gegenständlich überwiegen die Elemente des Dienstleistungsvertrages beträchtlich. Die Qualifikation des Vertrages als gebührenpflichtiges Rechtsgeschäft ist daher denkunmöglich. Selbst wenn man davon ausgehen würde, es liege ein Vertrag *sui generis* vor, wäre - ausgehend von der konkreten Ausgestaltung des Vertrages - dessen gebührenrechtliche Behandlung rechtswidrig. Auch bei diesem Vertrag "*sui generis*" stünde nämlich die Erbringung von Dienstleistungen im Vordergrund.

Eine gebührenrechtliche Behandlung des Vertrages ist daher auch aus diesem Grund rechtswidrig."

3.3. Vorbereitender Schriftsatz der Bw. vom 25.10.2012

In Ergänzung ihres bisherigen Vorbringens erstattete die Bw. zur Vorbereitung der mündlichen Verhandlung am 6.11.2012 noch nachstehende Stellungnahme gegenüber dem UFS (dessen Inhalt dem Finanzamt mittels email weitergeleitet wurde):

"1.

Zusammengefasst wird nochmals festgehalten, dass gegenständlich weder ein Bestandvertrag noch ein sonstiger Vertrag vorliegt, wodurch jemand den Gebrauch einer unverbrauchbaren Sache auf eine gewisse Zeit und gegen einen bestimmten Preis erhält.

Dies insbesondere deswegen, weil der Bestandgegenstand einerseits nicht ausreichend bestimmt bzw bestimmbar ist. Andererseits überwiegen in der gegenständlichen Vereinbarung die von der X-AG zu erbringenden Dienstleistungen beträchtlich. Letztlich ergibt sich aus den Allgemeinen Geschäftsbedingungen zum Infrastruktturnutzungsvertrag, dass die X-AG das jederzeitige Recht hat, von der vereinbarten Zugtrasse abweichen zu können.

Dies bedeutet, dass der Berufungswerberin durch den Vertrag kein bestimmter Bestandgegenstand zum Gebrauch überlassen wird. Auch die Bestimmung des Begriffes "Zugtrasse" in Punkt 1.4 der AGB zeigt dies unzweifelhaft.

Danach wird in dem Vertrag das Recht zur Nutzung einer abstrakten "Kapazität" ' zur Einsetzung eines Zuges zu einer bestimmten Zeit zwischen zwei Orten vereinbart. Die X-AG hat sohin einzig sicherzustellen, dass ein Zug zu einer bestimmten Zeit zwischen zwei Orten eingesetzt werden kann. Nicht das Recht zum Gebrauch einer bestimmten Sache, sondern das Recht auf Zugang zu einem Netzsystem, zu einer Kapazität, wird durch den Vertrag eingeräumt.

In welcher Weise und auf welcher konkreten Zugtrasse dies erfolgt, bleibt völlig offen und auf die entsprechende diesbezügliche Einteilung hat die Berufungswerberin keinen Einfluss. Da sich die X-AG trotz Entgeltlichkeit des Vertrages das Recht vorbehalten hat, derartige Änderungen nach ihrem Gutdünken zu verlangen, liegt keine Überlassung vor. Im Übrigen ist die abstrakte Kapazität nicht als Sache zu qualifizieren.

Auch etwa ein Vertrag der das "Recht, einen austauschbaren Heimplatz, der vom Heimausschuß frei vergeben wird und nicht von vornherein vertraglich bestimmt ist, zu erhalten" einräumt) ist kein Bestandvertrag (LGZ Wien 7.3.1984, 41 R 91/84).

Letztlich kann auch nach der Judikatur des OGH eine dem gegenständlichen Vertrag vergleichbare Vereinbarung nur dann als Bestandvertrag gewertet werden, wenn Benutzer zur ausschließlichen Benützung befugt sind und die Möglichkeit haben, etwa durch Absperrung dritte Personen auszuschließen (OGH 18.4.2012, 3 Ob 34/12i).

Ausgehend davon, und da die wesentlichen Merkmale eines (auch nicht-lupenreinen) Bestandvertrages fehlen, handelt es sich gegenständlich um keinen gebührenpflichtigen Bestandvertrag.

2.

Weiters offeriert die X-AG eine große Bandbreite an unterschiedlichen Dienst-Leistungen.

Der Vertrag hat sohin ein umfassendes Pflichtleistungspaket zum Gegenstand, das weitaus mehr beinhaltet, als die bloße Berechtigung zur Nutzung einer Kapazität. Der Vertrag setzt sich aus einem Leistungsbündel zusammen, das sich von Bestandverträgen ganz wesentlich unterscheidet.

Es erfolgt durch den Vertrag keine Überlassung zum Besitz sondern wird damit lediglich die Möglichkeit zur Mitbenützung einer Kapazität und vor allem Inanspruchnahme von Dienstleistungen eingeräumt. Die zu erbringenden Dienstleistungen überwiegen beträchtlich.

Auch unter Zugrundelegung der Kombinationstheorie kommt die rechtliche Qualifikation des gegenständlichen Vertrages als Bestandvertrag denkunmöglich in Frage.

3.

Aus allen bisher vorgebrachten Gründen hält die Berufungsverberin sämtliche ihrer bisher vorgebrachten Anträge aufrecht."

3.4. Mündliche Berufungsverhandlung

In der am 6. November 2012 abgehaltenen Berufungsverhandlung erklärten die Vertreter der Bw., nach dem der Sachverhalt von der Referentin wie in den Anwesenden überreichten Beilage zur Niederschrift vorgetragen wurde, zum Sachverhalt noch Folgendes:

Gemäß Punkt 1.4 der AGB schulde die X-AG lediglich eine Kapazität, damit ein Zug zu einer bestimmten Zeit zwischen zwei Orten eingesetzt werden kann. Welches konkretes Gleis im Rahmen dieser Kapazitätszuweisung letztlich von der Bw. benutzt werde bzw. benutzt werden dürfe, bestimme die X-AG. Der Vertrag regle nicht die Nutzung einer Sache, sondern bloß den Zugang zur genannten Kapazität. Weiters werde nochmals darauf hingewiesen, dass die X-AG das einseitige Recht habe, von der zugewiesenen Trassenkapazität einseitig abzuweichen.

Das Finanzamt verwies in diesem Zusammenhang auf das Urkundenprinzip des Gebührengesetzes. In der Urkunde sei ausdrücklich die Nutzung der Schieneninfrastruktur genannt und nicht nur die Bereitstellung von Kapazitäten. Die in den Schriftsätzen der Bw. genannten Dienstleistungen würden Nebenleistungen darstellen, die für den Gebrauch des bestimmabaren Bestandgegenstandes erforderlich sind.

Dem erwiderte der Vertreter der Bw., dass diese Aussage nur zum Teil richtig sei: Die "Dienstleistungen oder Nebenleistungen" müssten zum Teil von der ÖBB bezogen werden wie z.B. Zugsteuerung (es gehe dabei um das Stellen von Weichen, das Stellen von Signalen), sämtliche sonstige Leistungen wie Verschubleistungen könnten auch vom Eisenbahnverkehrsunternehmen selbst erbracht werden.

Nach Hinweis des Finanzamtes auf die Entscheidung des UFS 28.6.2006, RV/1491-W/04, in der sich der UFS ausführlich mit der Problematik der Nutzung der Schieneninfrastruktur auseinandergesetzt habe und zur Gebührenpflicht gekommen sei, merkte der Vertreter der Bw. an, dass sich der UFS in der Entscheidung vom 28.6.2006 nicht besonders ausführlich mit der gegenständlichen Rechtsfrage auseinandergesetzt habe. Dementsprechend sei in den Schriftsätzen auf diverse andere Judikate und Literaturstellen verwiesen worden. Aus der Begründung der Entscheidung vom 28.6.2006 ergebe sich, dass das damals verfahrensgegenständliche Vorbringen in eine andere Richtung gelenkt gewesen sei und vorwiegend auf europarechtliche Rechtsfragen abgestellt habe.

Abschließend ersuchten die Vertreter des Finanzamtes, die Berufung als unbegründet abzuweisen.

Der Vertreter der Berufungswerberin ersuchte abschließend, der Berufung Folge zu geben.

Über die Berufung wurde erwogen:

Gesetzliche Grundlagen – Judikatur/Literatur

Gemäß § 33 TP 5 Z. 1 GebG unterliegen Bestandverträge (§§ 1090ff. 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 nach dem Wert in Höhe von 1 v.H.

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.

Jede Urkunde, die eine Rechtsgebühr auslöst, ist für sich nach Maßgabe ihres Inhaltes zu vergebühren. Auf andere Urkunden ist nur Bedacht zu nehmen, wenn dem Gebührenschuldner ein Gegenbeweis zusteht (Fall des § 17 Abs 2 GebG bei undeutlichem Urkundeninhalt und des trotz Beurkundung nicht zustande gekommenen Rechtsgeschäftes) oder wenn ein Schriftstück über einzelne gebührenrechtlich bedeutsame Umstände keinerlei Angaben enthält, ohne damit den Urkundencharakter zu verlieren. Als Prinzip (URKUNDENPRINZIP) gilt jedenfalls, dass das Rechtsgeschäft der Gebühr unterliegt, so wie es beurkundet ist (vgl. VwGH 11.9.1980, 2909/79). Die Abgabenbehörde ist nicht gehalten, Erhebungen über einen vom Urkundeninhalt allenfalls abweichenden Willen der Parteien anzustellen (vgl. VwGH 14.11.1996, 95/16/0278).

Von § 33 TP 5 GebG sind sowohl die „lupenreinen“ Bestandverträge im Sinne der §§ 1090 ff ABGB als auch Verträge umfasst, die sich ihrem Wesen nach „als eine Art Bestandvertrag“ darstellen, weil sie zwar von den Regeln der §§ 1090 ff ABGB abweichen, aber auf Grund von für Bestandverträge charakteristischen Merkmalen noch als Bestandvertrag im weiteren Sinn anzusprechen sind. In der Verordnung BGBl II 1999/241 werden solche Rechtsgeschäfte als gemischte Rechtsgeschäfte bezeichnet, die sowohl Elemente eines Bestandvertrages als auch solche eines anderen Vertrages enthalten. Derartige Rechtsgeschäfte sind von der

Verpflichtung zur Selbstberechnung ausgenommen (vgl Fellner, Gebühren und Verkehrsteuern, Band I, Stempel- und Rechtsgebühren, § 33 TP 5 GebG Rz 4 unter Hinweis auf VwGH 15.11.1984, 83/15/0181, 0182, VwGH 2.4.1990, 89/15/0147, VwGH 24.3.1994, 92/16/0129, und VwGH 11.3.2010, 2008/16/0182).

Weder als Bestandverträge im Sinne der §§ 1090 ff ABGB noch als "sonstige Verträge" im Sinn des § 33 TP 5 Abs. 1 GebG können Vereinbarungen gewertet werden, die ihrem Wesen nach einer anderen Art von Rechtsgeschäft entsprechen, das entweder einer anderen Tarifpost des § 33 GebG unterliegt oder das von dem auf bestimmte Rechtsgeschäftstypen abgestellten Tarif des § 33 GebG überhaupt nicht erfasst wird. Ob ein Bestandvertrag oder ein sonstiger Vertrag im Sinne des § 33 TP 5 GebG vorliegt, ist nach zivilrechtlichen Grundsätzen zu prüfen (vgl. ua. VwGH 24.3.1994, 92/16/0129).

Wenn ein einheitlicher Vertrag verschiedenen Vertragstypen entnommene Elemente enthält, ist er gebührenrechtlich nach seinem überwiegenden rechtlichen bzw. wirtschaftlichen Zweck zu beurteilen. Für die Rechtsnatur 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 (VwGH 28.6.1995, 94/16/0045).

Enthält ein einheitlicher Vertrag verschiedenen Vertragstypen entnommene Elemente, ist er gebührenrechtlich nach seinem überwiegenden rechtlichen bzw. wirtschaftlichen Zweck zu beurteilen (vgl VwGH 11.3.2010, 2008/16/0182 und VwGH 24.6.2010, 2010/16/0053). 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 (VwGH 5.3.1990, 89/15/0014; VwGH 28.6.1995, 94/16/0045, 94/16/0104 und VwGH 24.6.2010, 2010/16/0053). Für die Zuordnung eines Rechtsgeschäftes zu einem Gebührentatbestand sind das Gesamtbild und nicht einzelne Sachverhaltselemente maßgebend (vgl VwGH 18.9.1980, 51/79, VwGH 5.3.1990, 89/15/0014, VwGH 28.6.1995, 94/16/0045, 94/16/0104, und VwGH 11.3.2010, 2008/16/0182).

Infolge der Bestimmung des § 17 Abs. 1 GebG ist auch die Frage, welchen rechtlichen bzw. wirtschaftlichen Zweck Verträge verfolgen, an Hand des Urkundeninhaltes zu bestimmen (vgl. UFS 09.11.2009, RV/2270-W/05).

Für einen Werkvertrag (gem. §§ 1165 ff ABGB) ist nach herrschender Lehre und Judikatur wesentlich, dass sich der Werkunternehmer gegenüber dem Werkbesteller gegen Entgelt zur selbständigen Erbringung eines bestimmten faktischen Erfolges verpflichtet (vgl. VwGH

5.11.2009, 2008/16/0084 unter Hinweis auf Krejci in Rummel ABGB I3 Rz 4 und 9 zu §§ 1165, 1166 ABGB uva).

Ein Bestandvertrag besteht in der Überlassung des Gebrauchs einer unverbrauchbaren Sache oder deren Teile gegen Entgelt auf "gewisse Zeit" (Würth in Rummel, ABGB, Rz 1 zu § 1092). Aus der in § 33 TP 5 Abs. 1 GebG enthaltene Erweiterung des gebührenpflichtigen Tatbestandes auf "sonstige Verträge, wodurch jemand den Gebrauch einer unverbrauchbaren Sache auf eine gewisse Zeit und gegen einen bestimmten Preis erhält" folgt, dass auch gemischte Verträge, die nach der zivilrechtlichen Begriffsbestimmung nicht zu den Bestandverträgen zählen, bei denen aber die Überlassung einer Bestandsache für eine bestimmte oder bestimmbare Zeit gegen Entgelt den Vertragsgegenstand darstellen, der Gebühr nach § 33 TP 5 GebG unterliegen.

Ein Bestandvertrag kommt als Konsensualvertrag mit der Einigung darüber zu Stande, dass ein bestimmter (bestimmbarer) Bestandgegenstand gegen einen bestimmten (bestimmbaren) Bestandzins auf eine bestimmte (bestimmbare) Zeit zum Gebrauch überlassen werden soll, wobei die Gebrauchsüberlassung jedoch auch mit unbestimmtem Endtermin erfolgen kann (vgl. VwGH 2.4.1990, 89/15/0147 und VwGH vom 28.2.2007, 2005/16/0142).

Zum Begriff der Sache im Sinne des § 33 TP 5 GebG ist davon auszugehen, dass der weite Sachbegriff des § 285 ABGB sowohl körperliche als auch unkörperliche Sachen umfasst (vgl VwGH 19.12.1986, 85/15/0249 bis 0253). Auch die Überlassung von nutzbaren Rechten im Sinne des § 1093 ABGB fällt daher unter diese Tarifpost, da auch Rechte gemäß § 292 ABGB als Sachen im Rechtssinn anzusprechen sind und durch die Überlassung zur Nutzung nicht verbraucht werden können (vgl. Fellner aaO, Rz 8). Als Gegenstand des Bestandvertrages kommen auch nutzbare Rechte wie Patent- und Urheberrechte, Jagd- und Fischereirechte sowie Gewerbeberechtigungen in Betracht (VwGH 27.6.1994, 92/16/0165).

Das Bestandrecht ist ein obligatorisches Recht; es können daher auch unselbstständige Teile einer Sache vermietet oder verpachtet werden. Es kommt daher auch die Begründung von Bestandrechten an Wandflächen, insbesondere zu Reklamezwecken, oder zur Anbringung von Schaukästen in Betracht. Ebenso ist die Miete zukünftiger Sachen möglich. Der Gegenstand muss aber hinreichend bestimmt sein (vgl. VwGH 2.4.1990, 89/15/0147).

Der Mietgegenstand ist ausreichend bestimmt bzw. bestimmbar, wenn in einer genau festgelegten Liegenschaft, ein bestimmter Wohnungstyp mit festgelegter Kapazität in einer bestimmten Kalenderwoche angemietet wird und von der Bw. lediglich von den zur Verfügung stehenden gleichartigen Wohnungstypen eine zugewiesen wird (UFS 20.4.2004, RV/0134-S/02 vom 20.04.2004).

Vom (gebührenrechtlich irrelevanten) Vertrag, der den Umfang der Nutzung nicht bestimmt, zu unterschieden ist der (gebührenrechtlich sehr wohl relevante) Gattungsmietvertrag (vgl. Arnold/Arnold, Rechtsgebühren⁹, § 33 TP 5 GebG, Rz 5c unter Hinweis auf Klang in Klang, ABGB 2, V, 11, zum § 1090). Als Beispiel führen Arnold/Arnold an:

"Für eine Festveranstaltung werden 120 Stühle gemietet. Der Mieter kann aus einem Vorrat des Vermieters von vielleicht 500 Stühlen für den vereinbarten Gebrauch die Lieferung von 120 Stück mittlerer Art und Güter verlangen und die Auswechselung unbrauchbarer Stühle begehrn. Hier liegt (auch gebührenrechtlich) ein Bestandvertrag vor."

Auch ein Garagen-Kurzparkvertrag ist ein reiner Mietvertrag. Dass er nur einen Abstellplatz, nicht aber einen bestimmten Abstellplatz betrifft, schadet nicht (vgl. Fellner, aaO unter Hinweis auf OGH 25.4.1995, 4 Ob 522/95).

Zum Argument der Bw., dass ein Vertrag, der das "Recht, einen austauschbaren Heimplatz, der vom Heimausschuß frei vergeben wird und nicht von vornherein vertraglich bestimmt ist, zu erhalten" einräumt, kein Bestandvertrag sei (LGZ Wien 7.3.1984, 41 R 91/84), wird auf die Erläuterungen der Regierungsvorlage zum Heimvertragsgesetz (202 BlgNR 22. GP) verwiesen, in denen Folgendes ausgeführt wird:

„§ 27b Abs. 2 KSchG stellt auf Grund mehrerer Stellungnahmen im Begutachtungsverfahren klar, dass Heimverträge über die Unterkunft, die Betreuung und die Pflege von Menschen in Alten- und Pflegeheimen und in sonstigen stationären Einrichtungen nicht der Gebührenpflicht nach § 33 Tarifpost 5 des Gebührengesetzes 1957 unterliegen. Es handelt sich dabei nicht etwa um Bestandverträge im Sinn dieser Gebührenbestimmung, sondern um gemischte Verträge, die sich aus mehreren Leistungselementen zusammensetzen, wobei im Allgemeinen die Betreuungs- und Pflegekomponente im Vordergrund steht. Anders verhält es sich freilich bei Verträgen, die im Kern bestandrechtlicher Natur sind, etwa bei „Seniorenwohngemeinschaften“ (mehrere Senioren mieten gemeinsam eine dafür geeignete Wohnung und versorgen sich grundsätzlich selbst) oder bei den Formen „betreibaren Wohnens“ (ältere Menschen mieten in einer Anlage eine ihren Bedürfnissen entsprechende und mit einem Notruf ausgestattete Wohnung, wobei sie sich bestimmte Dienstleistungen „zukaufen“ können). In diesen Fällen liegen keine gemischten Verträge, sondern Bestandverträge im Sinn des Zivil- und des Gebührenrechts vor, deren schriftlicher Abschluss die Gebührenpflicht auslösen kann.“

Nach Arnold/Arnold, Rechtsgebühren⁹, § 33 TP 5 GebG, Rz 5i stellen (Mit-)Benützungsrechte an Stromleitungen, Schienensträngen, Einrichtungen etc nicht per se Bestandverträge (im weiten – gebührenrechtlichen – Sinn) dar, sondern sind nach ihrer jeweiligen vertraglichen Ausgestaltung zu beurteilen. An sich muss der Gebrauch nach § 1090 ABGB kein ausschließlicher sein (auch Mitbenützung oder zeitweilige Benützung kann – siehe Bettgeherverträge OGH SZ 12/71 oder Vermietung jeweils nur "im Winter" OGH SZ 46/92 – Gegenstand des Bestandvertrages sein).

Wenn Energieversorgungsunternehmen mit Stromkunden Verträge abschließen, nach denen das Unternehmen dem „Abnehmer“ zur Entnahme elektrischer Energie dem Unternehmen

gehörende besondere Anlagen aufstellt und für die Beistellung von Transformatoren, Schaltanlagen usw Baukostenzuschüsse und „Mieten“ verlangt, so sind derartige Verträge keine gebührenpflichtigen Bestandverträge, weil diese Anlagen durch Verschluss nur der Elektrizitätsgesellschaft zugänglich bleiben und der „Abnehmer“ kein Benützungsrecht an diesen Anlagen, also nicht den Gebrauch der Anlagen erhält. Außerdem ist das Hauptgeschäft (im Sinne des § 19 Abs 2 1. Satz GebG) die Lieferung des Stromes und nicht das der Errichtung und Miete der Anlagen; der Stromabnehmer will nur den für seinen Betrieb notwendigen Strom, durch welche Anlagen er ihn geliefert erhält, ist Sache des Stromerzeugers; daher liegt kein dem Abnehmer überlassener Gebrauch der Anlagen vor (vgl. Fellner aaO, Rz 22 unter Hinweis auf VwGH 29.9.1966, 513/66).

Es ist kein Erfordernis der Miete, dass sich der gemietete Gegenstand im alleinigen unmittelbaren Besitz des Mieters befindet. Hatte die Beschwerdeführerin ihrer Vertragspartnerin für die Dauer von zwanzig Jahren das Nutzungsrecht an dem vertragsgegenständlichen Glasfaserkabel eingeräumt, so lagen iVm dem von der Vertragspartnerin unstrittig zu entrichtenden Entgelt die Essentialia eines Bestandvertrages vor (vgl. Fellner aaO, Rz 8 unter Hinweis auf VwGH 11.3.2010, 2008/16/0094).

Auch bei einem Vertrag, in dem die ASFINAG dem ORF gestattete, Tunnelantennensysteme zu benützen, handelt es sich um einen Bestandvertrag iSd § 33 TP 5 GebG. Von den Regeln des ABGB abweichende Abreden stehen der Gebührenpflicht einer über ein Rechtsgeschäft iSd TP 5 Abs 1 Z 1 GebG errichteten Urkunde nicht entgegen, wenn sowohl der Vertragsgegenstand als auch die Vertragsdauer und der Preis bestimmt sind (vgl. VwGH 5.11.2009, 2008/16/0084).

Zu einem als „Dienstleistungsvereinbarung“ bezeichneten Vertrag, mit dem der Vertragspartner

- dem Kunden einen Stellplatz für seine Server zur Verfügung stellt,
- darin dem Kunden die entsprechende Infrastruktur (insbesondere Schnittstellen) bietet, durch die der Kunde über Glasfaserverbindungen Zugang zu europäischen Internetknotenpunkten erhält,
- durch eigene Notstromaggregate und eine entsprechende Klima- und Brandschutzanlage den ununterbrochenen, stabilen und sicheren Lauf der Server des Kunden gewährleistet und
- durch hohe Sicherheitsstandards verhindert, dass Unbefugte zu den Kundenservern gelangen,

sprach der Verwaltungsgerichtshof aus, dass ungeachtet des Umstandes , dass der Vertrag auch Elemente insbesondere eines Verwahrungsvertrages enthält, doch die für einen Bestandvertrag charakteristischen Elemente (nämlich die Ermöglichung der Benützung einer

im Vertrag definierten Örtlichkeit - samt den dort vorhandenen fixen Einrichtungen in Gestalt insbesondere der Internetanschlüsse, der garantierten Stromversorgung , der Leistungen der Klima- und Brandschutzanlage sowie der vorhandenen Sicherheitskontrollen - in einem Gebäude auf Zeit gegen Entgelt) so klar überwiegen, dass die Vereinbarung dem Gebührentatbestand nach § 33 TP 5 Abs 1 Z 1 GebG zu subsumieren war. Dem steht nicht entgegen, dass eine zeitliche Zutrittsbeschränkung vorgesehen ist. Auch betreffend z.B. einen Schrankfachvertrag, der zivilrechtlich durchaus als Mietvertrag angesehen werden kann, ist es so, dass der Fachmieter nicht ohne Mitwirkung der Bank Zugang zum Safe hat (vgl. VwGH 11.3.2010, 2008/16/0182).

In der Entscheidung UFS 28.6.2006, RV/1491-W/04 schloss sich der unabhängige Finanzsenat der Auffassung des Finanzamtes an, dass bei einem "Infrastruktturnutzungsvertrag" samt "Zugrassenvereinbarung", auf Grund dessen ein Eisenbahnverkehrsunternehmen berechtigt ist, bestimmte Bereiche der Schieneninfrastruktur der ÖBB für einen bestimmten Zeitraum und gegen einen bestimmbaren Preis zu nutzen, alle Tatbestandsmerkmale eines Bestandvertrages iSd § 33 TP 5 GebG vorliegen.

Rechtliche Beurteilung des gegenständlichen Vertrages

Auch im gegenständlichen Fall wird der Bw. nach dem Inhalt der Urkunde die Nutzung von Schieneninfrastruktur gestattet, wobei hinsichtlich des Umfangs der Nutzung sowie der Höhe des Entgelts auf die dem Infrastruktturnutzungsvertrag angeschlossenen Anlagen (wie Zugrassenvereinbarung, Allgemeine Geschäftsbedingungen, Produktkatalog Netzzugang) verwiesen wird. Die Zugrassenvereinbarung enthält einen weiteren Verweis auf insgesamt 4 Beilagen. Als Beilage ./1 ist ein Verzeichnis der Zugrassen vorgesehen. Eine derartige Beilage ./1 mit einem Verzeichnis von Zugrassen wurde im gegenständlichen Fall (anders als beispielsweise bei den der Entscheidung UFS 28.6.2006, RV/1491-W/04 zugrundeliegenden Verträgen) allerdings nicht errichtet. Im gegenständlichen Fall ist somit aus dem Urkundeninhalt allerdings nicht ersichtlich, auf welcher Strecke und in welchem Ausmaß (zB in zeitlicher Hinsicht) die Bw. berechtigt ist, die Infrastruktur der XX-AG zu nutzen. Es liegt insofern ein undeutlicher Urkundeninhalt iSd § 17 Abs. 2 GebG vor.

Dass eine Trasse mehrere Gleise umfasst und von der **Infrastruktur AG** bestimmt werden kann, welches konkrete Gleis von der Bw. benutzt werden darf, schließt die Bestimmbarkeit der Bestandsache nicht aus. Wie bei einem Gattungsmietvertrag reicht es für die Bestimmbarkeit der Bestandsache aus, wenn das Eisenbahnverkehrsunternehmen auf Grund des Vertrages das Recht hat, eines von mehreren Gleisen einer bestimmten Bahnstrecke (Trasse zwischen den Punkten A und B) für eine bestimmte (oder bestimmbare) Dauer gegen ein bestimmtes (oder bestimmbares) Entgelt zu benützen.

Zum Einwand der Bw, dass die **Infrastruktur AG** das einseitige Recht habe, von der zugewiesenen Trassenkapazität einseitig abzuweichen, ist auf die Bestimmung des § 17 Abs. 5 GebG zu verweisen. Nach der Bestimmung des § 17 Abs. 5 GebG ist unbeachtlich ist, ob ein beurkundetes Rechtsgeschäft in weiterer Folge überhaupt aufrecht erhalten oder ausgeführt wird, weshalb nicht entscheidend ist, ob die **Infrastruktur AG** das Recht hat einseitig Vertragsänderungen herbeizuführen. Überdies sind die von der Bw. genannten Änderungen nach Punkt 15 der AGB nur bei Störungen in der Betriebsabwicklung vorgesehen.

Der gegenständliche Vertrag hat seine Grundlage in den Bestimmungen des durch BGBl. I 38/2004 novellierten Eisenbahngesetzes 1957 (kurz EisbG). Diese Novellierung erfolgte zur Umsetzung der Richtlinie 2001/14/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2001 über die Zuweisung von Fahrwegkapazität der Eisenbahn und die Erhebung von Entgelten für die Nutzung von Eisenbahninfrastruktur (kurz RL 2001/14/EG). Artikel 2 der RL 2001/14/EG enthält diverse Begriffsbestimmungen. So wird in Art 2 lit. g RL 2001/14/EG „Fahrwegkapazität“ mit „die Möglichkeit, für einen Teil des Fahrwegs für einen bestimmten Zeitraum beantragte Zugrassen einzuplanen“ definiert. „Netz“ bzw. „Schienennetz“ ist die Gesamtheit der Eisenbahnfahrwege, die sich im Eigentum eines Betreibers der Infrastruktur befinden und/oder von diesem verwaltet werden (.Art 2 lit. i RL 2001/14/EG). „Zugtrasse wird in Art 2 lit. l. RL 2001/14/EG mit „Fahrwegkapazität, die erforderlich ist, damit ein Zug zu einer bestimmten Zeit zwischen zwei Orten verkehren kann“ umschrieben.

Der 6. Teil des Eisenbahngesetzes 1957 mit der Überschrift "Regulierung des Schienenverkehrsmarktes" (§ 56ff EisbG) enthält die innerstaatlichen Regelungen, damit Eisenbahnverkehrsunternehmen Zugang zur Schieneninfrastruktur erhalten.

§ 56 EisbG bestimmt:

"Die Zuweisungsstelle hat Zugangsberechtigten den Zugang zur Schieneninfrastruktur der Haupt- und vernetzten Nebenbahnen durch Zuweisung von Zugrassen diskriminierungsfrei einzuräumen,"

Zugangsberechtigte sind ua. Eisenbahnverkehrsunternehmen mit Sitz in Österreich (§ 57 Z. 1 EisbG). Zuweisungsstelle ist das Eisenbahninfrastrukturunternehmen (§ 62 Abs. 1 EisbG).

Durch § 58 EisbG wird Folgendes festgelegt:

"(1) Das Eisenbahninfrastrukturunternehmen hat unter Ausschluss jeglicher Diskriminierung Zugangsberechtigten zwecks Zuganges zur Schieneninfrastruktur über diesen Zugang hinaus folgende Leistungen als Mindestzugangspaket zur Verfügung zu stellen:

- 1. die Nutzung von Weichen und Abzweigungen;*
- 2. die Zugsteuerung einschließlich der Signalisierung, Regelung, Abfertigung und der Übermittlung und Bereitstellung von Informationen über Zugbewegungen;*

3. jene Leistungen der Kommunikations- und Informationssysteme, ohne die die Ausübung der Zugangsrechte durch Zugangsberechtigte aus rechtlichen, faktischen und wirtschaftlichen Gründen unmöglich ist.

(2) Falls vertretbare Alternativen unter Marktbedingungen nicht vorhanden sind, haben Eisenbahninfrastrukturunternehmen und Eisenbahnverkehrsunternehmen, letztere nach Maßgabe verfügbarer Kapazitäten und der Zumutbarkeit, unter Ausschluss jeglicher Diskriminierung den Zugangsberechtigten zwecks Zuganges zur Schieneninfrastruktur über diesen Zugang hinaus ihre folgenden Serviceleistungen zur Verfügung zu stellen:

1. die Mitbenützung ihrer Ausbildungseinrichtungen für Eisenbahnbedienstete, die für die Sicherheit des Betriebes von Schienenfahrzeugen auf Eisenbahnen und des Verkehrs auf Eisenbahnen verantwortlich sind und deren Ausbildung für die Ausübung des Zugangsrechtes erforderlich ist;

2. die Mitbenützung von Personenbahnhöfen einschließlich zugehöriger Gebäude und Einrichtungen, von Güterterminals, von Häfen, von Verschubbahnhöfen, von Zugbildungseinrichtungen, von Abstellgleisen, von Wartungseinrichtungen und anderen technischen Einrichtungen;

3. die Nutzung von Versorgungseinrichtungen für Traktionsstrom und von Einrichtungen für die Brennstoffaufnahme.

(3) Bietet ein Eisenbahninfrastrukturunternehmen die im Folgenden aufgezählten Zusatzleistungen an und bietet ein Eisenbahnverkehrsunternehmen die Zusatzleistung Durchführung von Verschubbetrieb an, so sind diese Zusatzleistungen sämtlichen Zugangsberechtigten, die dies begehren, zwecks Zuganges zur Schieneninfrastruktur unter Ausschluss jeglicher Diskriminierung zur Verfügung zu stellen:

1. das Vorheizen von Personenzügen;

2. die Bereitstellung von Traktionsstrom und von Brennstoffen;

3. die Durchführung von Verschubbetrieb sowie aller weiteren Leistungen, die in Personenbahnhöfen, Güterterminals, Verschubbahnhöfen, Zugbildungseinrichtungen, Abstelleinrichtungen und Wartungseinrichtungen erbracht werden;

4. der Abschluss kundenspezifischer Verträge über die Überwachung von Gefahrguttransporten und über die Unterstützung beim Betrieb ungewöhnlicher Züge.

(4) Folgende Nebenleistungen kann das Eisenbahninfrastrukturunternehmen Zugangsberechtigten zwecks Zuganges zur Schieneninfrastruktur zur Verfügung stellen, ist hiezu aber nicht verpflichtet:

1. einen über Abs. 1 Z 3 hinausgehenden Zugang zum Telekommunikationsnetz;

2. Bereitstellung zusätzlicher Informationen;

3. die technische Inspektion rollenden Materials.

(5) Ein Eisenbahninfrastrukturunternehmen hat Zugangsberechtigten für den Zugang zur Schieneninfrastruktur die benötigten sonstigen Leistungen und ein Eisenbahnverkehrsunternehmen Zugangsberechtigten für den Zugang zur Schieneninfrastruktur die benötigten Serviceleistungen und die Zusatzleistung Durchführung von Verschubbetrieb transparent, angemessen, wirtschaftlich realistisch und ausreichend entbündelt anzubieten, sodass Zugangsberechtigte nicht für Leistungen zu zahlen brauchen, die sie für die Ausübung des Zugangsrechtes nicht benötigen.

(6) Insoweit sonstige Leistungen zur Verfügung zu stellen sind, sind sie von dem jeweiligen Eisenbahnunternehmen auch dann zur Verfügung zu stellen, wenn es diese sonstigen Leistungen zwar nicht mehr selbst unmittelbar zur Verfügung stellen kann, aber mittelbar, etwa im Vertragsweg mit Dritten."

§ 59 Abs. 1 EisbG verpflichtet das Infrastrukturunternehmen (hier die XX-AG) Schienennetz-Nutzungsbedingungen (kurz SNNB) zu veröffentlichen. Darin werden ua. die allgemeinen Regeln, Fristen, Verfahren und Kriterien für die Zuweisung von Zugrassen detailliert dargelegt (siehe dazu auch die homepage der XX-AG).

§ 63 Abs. 3 EisbG bestimmt, dass die Dauer der Zuweisung einer Zugtrasse an einen Zugangsberechtigten mit einer Netzfahrplanperiode begrenzt ist. Die Zuweisungsstelle und ein Zugangsberechtigter können jedoch eine Rahmenregelung über die Zuweisung von Fahrwegkapazität auf der betreffenden Schieneninfrastruktur vereinbaren, die eine Laufzeit von mehr als einer Netzfahrplanperiode hat.

§ 64 Abs. 1 EisbG sieht vor, dass die Zuweisungsstelle mit einem Zugangsberechtigten eine Regelung treffen kann, die die Zuweisung von Fahrwegkapazität für einen längeren Zeitraum als eine Netzfahrplanperiode vorsieht. Es kann die zeitliche Bandbreite festlegt werden, innerhalb der Zugrassen anzubieten sind, wenn die beantragte Zugtrasse nicht verfügbar ist. Die Zuweisung einzelner Zugrassen darf nicht geregelt werden.

Die Zuweisung von Fahrwegkapazität für einen längeren Zeitraum als eine Netzfahrplanperiode hat gemäß § 64 Abs 2 EisbG grundsätzlich in Form eines schriftlichen Rahmenvertrages zu erfolgen.

Nach § 70a Abs. 1 EisbG hat die Zuweisung von Zugrassen und die Zurverfügungstellung sonstiger Leistungen eines Eisenbahninfrastrukturunternehmens grundsätzlich in Form eines schriftlichen Vertrages zu erfolgen, der sämtliche mit dem Zugang zur Schieneninfrastruktur und der Zurverfügungstellung sonstiger Leistungen zusammenhängende Bedingungen im Hinblick auf die administrativen, technischen und finanziellen Modalitäten zu enthalten hat.

Aus den Bestimmungen des § 63 EisbG und des § 64 EisbG ergibt sich, dass zwischen der "Zuweisung von einzelnen Zugrassen" (die nur jeweils für eine Netzfahrplanperiode zugewiesen werden dürfen) und der "Zuweisung von Fahrwegkapazität" zu unterscheiden ist. Die "Zuweisung" der konkreten Zugrassen ist grundsätzlich durch Vertrag vorzunehmen (vgl. § 70a Abs. 1 EisbG) und erfordert somit eine entsprechende Willenseinigung zwischen dem Eisenbahnverkehrsunternehmen (das eine bestimmte Zugtrasse "bestellt") und dem Infrastrukturunternehmen (das eine konkrete Zugtrasse "zuweist").

Der Infrastruktturnutzungsvertrag regelt die allgemeinen Inhalte der Zusammenarbeit zwischen dem Eisenbahnverkehrsunternehmen und der XX-AG und ist der „Zuweisung“ von

Zugrassen vorgelagert (nach Punkt 2.2.1 der SNNB zählt der Abschluss eines Infrastruktturnutzungsvertrages zu den Voraussetzungen für die Beantragung einer Trasse). Durch die im gegenständlichen Infrastruktturnutzungsvertrag enthaltenen Verweise auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen und die Produktkataloge der XX-AG wird beispielsweise das Entgelt für erst nach Vertragsabschluss erfolgte Bestellungen für Ad-hoc-Züge und für die Inanspruchnahme von Dienstleistungen festgelegt. Im gegenständlichen Fall enthält die gleichzeitig abgeschlossene Zugrassenvereinbarung kein Verzeichnis von Zugrassen. Im Punkt 8. lit. a) der Zugrassenvereinbarung heißt es: "Beilage ./1: Verzeichnis der Zugrassen – entfällt da nicht beantragt". Das bedeutet, dass mit dem gegenständlichen Vertrag (noch) keine vertragliche Einigung über eine konkrete Zugrasse vorgenommen wurde. Damit im Einklang steht, dass der gegenständliche Infrastruktturnutzungsvertrag von der XX-AG bei der Gebührenanzeige als "(Rahmen-)Infrastruktturnutzungsvertrag" bezeichnet wurde, auch wenn sich in der Urkunde kein Hinweis darauf findet, dass es sich um eine Rahmenvereinbarung handelt und der Beurteilung als Rahmenvertrages iSd § 64 Abs 2 EisbG entgegensteht, dass der Infrastruktturnutzungsvertrag nach Punkt Fünftens am 10. Dezember 2011 automatisch endet, ohne dass es einer gesonderten Kündigung bedarf. Dieser Widerspruch ist nach Ansicht der Referentin dadurch erklärbar, dass der gegenständliche Infrastruktturnutzungsvertrag offensichtlich unter Verwendung der von der XX-AG verwendeten Vertragsmuster (siehe dazu auch die homepage der XX-AG) erstellt wurde und Rahmenverträge iSd § 64 EisbG von der XX-AG erstmals beginnend mit der Fahrplanperiode 2011/2012 angeboten wurden (siehe Punkt 4.4.4. der Schienennetz-Nutzungsbedingungen 2012).

Der gegenständliche Vertrag betrifft den Zeitraum 1. Juli 2011 und 10. Dezember 2011 und somit eine Netzfahrplanperiode, in der die Bw. ihren fahrplanmäßigen Betrieb zwischen A und B noch nicht aufgenommen hat. In diesem Zeitraum wurden von der Bw. lediglich Testfahrten durchgeführt. Dafür benötigte sie keine "Planzugrassen", sondern führte sie nur so genannte "Adhoc-Züge" (siehe dazu die e-mail der XX-AG ans Finanzamt vom 7. Mai 2012). "Ad-hoc-Züge" werden nur bei Bedarf eingesetzt und verkehren aufgrund der Kurzfristigkeit nach einem Bedarfsfahrplan, der noch freie Kapazitäten ausnützt.

Es ist daher davon auszugehen, dass hier auch mündlich vor Vertragsabschluss weder eine Bestellung von Zugrassen noch eine Zuweisung von bestimmten Zugrassen vorgenommen wurde und erlangte die Bw. auf Grund des hier gegenständlichen Vertragsgeflechts vom 22. Juli 2011 nicht das Recht auf Benützung der Schienenstränge der XX-AG in einem bestimmten Streckenabschnitt. Auf Grund der Vertragsgestaltung und der zugrundliegenden Rechtsvorschriften erscheint ausgeschlossen, dass die XX-AG der Bw. das Recht einräumen wollte, ihr gesamtes Schienennetz (das nach Punkt 3.3.1 der

Schienennetznutzungsbedingungen ca. 5.146 Streckenkilometer (10.143 Gleiskilometer, davon 7.969 km mit elektrischer Oberleitung überspannt) umfasst, (mit)zubenützen. Nach Ansicht des Unabhängigen Finanzsenates müsste zur Bestimmbarkeit der Bestandsache vertraglich festgelegt sein, in welchem Umfang (sowohl in örtlicher als auch in zeitlicher Hinsicht) die Bw. berechtigt ist, die Schienenstränge der XX-AG (oder sonstige Infrastruktureinrichtungen wie zB Bahnhöfe) zu nützen oder müsste konkret determiniert werden, unter welchen Voraussetzungen das konkrete Ausmaß der Nutzung einseitig von einem der Vertragspartner oder einem Dritten festgelegt werden kann. Im gegenständlichen Fall dient nicht nur der Infrastruktturnutzungsvertrag, sondern auch die sog. „Zugrassenvereinbarung“ der Festlegung der Grundlagen des Rechtsverhältnisses zwischen den beiden Vertragspartnern. Es fehlt aber die Willenseinigung über den Umfang der Nutzung. Selbst wenn bei Vertragsabschluss bereits - mündlich - eine Einigung zwischen den beiden Vertragspartnern stattgefunden hat, dass der Bw. in Zukunft eine (Mit-)Benützung der Schienenstränge auf der Strecke zwischen A und B durch die XX-AG eingeräumt werden wird, so ist das Ausmaß der Mitbenützung für die hier gegenständliche Fahrplanperiode in zeitlicher Hinsicht weder bestimmt noch bestimmbar. Die Willenseinigung über den Umfang der Nutzung wurde hier erst zu einem späteren Zeitpunkt (nämlich mit Bestellung (= Anbot) und Zuweisung (=Annahme) konkreter Zugrassen für sog. "Adhoc-Züge") vorgenommen.

Die Lage ist hier vergleichbar mit jenem Fall, zu dem der Verwaltungsgerichtshof im Erkenntnis VwGH 02.04.1990, 89/15/0147 Folgendes ausgesprochen:

"Die belangte Behörde stützt ihre Auffassung, der vorliegende Vertrag weise überwiegend bestandvertragliche Elemente auf, insbesondere auf jene Vertragsbestimmungen, die der BAG Rechte auf Nutzung der Liegenschaft des Beschwerdeführers durch Anbringung von Plakaten, Aufstellung von Tafeln usgl. einräumen. Im vorliegenden Fall käme die wirksame Begründung bestandvertraglicher Pflichten aber nur dann in Betracht, wenn der Umfang der der BAG auf der Liegenschaft des Beschwerdeführers eingeräumten Nutzungen, etwa nach Anzahl und Flächen- bzw. Raumbedarf der anzubringenden Werbemittel, der zwischen den Vertragsteilen getroffenen Vereinbarung wenigstens bestimmbar entnommen werden könnte (zu den Anforderungen an die Bestimmbarkeit des Bestandgegenstandes vgl. die bei Sprung - König, Bestimmbarkeit der Bestandsache und Garagen- Kurzparkvertrag, RdW 1986, 200 ff, angeführten Beispiele der Rechtsprechung). Eine solche Regelung des Umfanges der Nutzungen ist aber in keiner Weise ersichtlich; auch die in Punkt 4. des Vertrages enthaltene "Mißbrauchsklausel" stellt keine hinreichende Determinierung von "Bestandgegenständen" dar."

Ebensowenig kann dem Urkundeninhalt ein Anhaltspunkt dafür entnommen werden, daß die Vertragsparteien die Festsetzung des Ausmaßes der Nutzungen im Sinne des § 1056 ABGB, die nach herrschender Ansicht als Grundlage einer allgemeinen Regelung der Leistungsbestimmung durch eine Vertragspartei oder einen Dritten anzusehen ist (vgl. Ehrenzweig- Mayrhofer, Schuldrecht allgemeiner Teil, 12 f; Mayer - Maly in Klang IV/2, 2. Auflage, 266 f; OGH MietSlg. XXXVII (38), einer der Vertragsparteien oder einem Dritten überlassen und ein solches Gestaltungsrecht hinreichend determiniert hätten."

In der vom VwGH zitierten Abhandlung von Sprung - König, Bestimmbarkeit der Bestandsache und Garagen- Kurzparkvertrag, in RdW 1986, 200 ff, wird ua Folgendes ausgeführt:

"§ 1054 ABGB normiert für den Bereich des Kaufvertrags, daß zur Rechtsgültigkeit eines solchen Vertrags der Kaufpreis nicht "unbestimmt" sein darf. Einmütig wird aus diesem verbum legale geschlossen, daß sohin der Kaufpreis bestimmt oder doch wenigstens bestimmbar sein muß. Obwohl § 1054 ABGB nur vom Kaufpreis spricht, gilt auch für das Kaufobjekt, daß dieses zur Gültigkeit des Kaufvertrags lediglich wenigstens bestimmbar sein muß."

Zufolge § 1056 ABGB ist darüber hinaus der Kaufpreis ua dann hinreichend bestimmbar, wenn die Parteien die Bestimmung des Kaufpreises einer dritten bestimmten Person überlassen. Lehre (Mayer-Maly in Klang, 2. Auflage, IV/2 (1978) 258; Aicher in Rummel, ABGB I RN 6 zu § 1056 ABGB) und Rechtsprechung (OGH SZ 25/46; jüngst 1. 10. 1985, 5 Ob 66/85 - veröffentlicht in NZ 1986, Heft 9 - halten aber einhellig nicht nur die (vereinbarte) Preisbestimmung durch einen der Vertragspartner für zulässig, sondern sehen in § 1056 ABGB eine Norm, die nicht nur für den Kaufpreis, sondern auch für den Kaufgegenstand, also die Sachleistung, gilt (Ehrenzweig, System, 2. Auflage, II/1, 12 ff; Gschnitzer, Schuldrecht - Allgemeiner Teil (1965) 30; Mayer-Maly in Klang, 2. Auflage, IV/2, 266; Gschnitzer - Faistenberger - Barta - Eccher, Schuldrecht - Allgemeiner Teil, 2. Auflage, (1986) 48; OGH SZ 27/300; 1. 10. 1985, 5 Ob 66/85 (veröffentlicht in NZ 1986, Heft 9)).

Mit anderen Worten: Der bestimmbare Kaufgegenstand kann durchaus erst im nachhinein durch Dritte oder durch den Vertragspartner konkret bestimmt werden. ...

Die Anordnung des § 1056 ABGB und dessen immanenter Sinngehalt ist - bei Vorliegen einer Analogiebasis - Grundlage einer allgemeinen obligationenrechtlichen Regelung über die Leistungsbestimmung durch einen Vertragspartner oder durch einen Dritten (Vgl Ehrenzweig, System, 2. Auflage, II/1, 12 f; Gschnitzer, Schuldrecht - Allgemeiner Teil 30; Mayer-Maly in Klang, 2. Auflage, IV/2, 266 f; Koziol - Welser, Grundriß des bürgerlichen Rechts, 7. Auflage, I (1985) 195 f). Die oben zum Kaufvertrag erläuterten Rechtsgrundsätze gelten daher ebenso für den Bestandvertrag. Gerade jüngst hat daher auch der OGH (1. 10. 1985, 5 Ob 66/85 - veröffentlicht in NZ 1986, Heft 9) prägnant formuliert, daß "ein Mietvertrag als Konsensualvertrag mit der Einigung darüber zustande kommt, daß ein bestimmter (bestimmbarer) Mietgegenstand gegen einen bestimmten (bestimmabaren) Mietzins auf eine bestimmte (bestimmbare) Zeit zum Gebrauch überlassen" wird und zur Begründung zutreffend hervorgehoben, dass "§ 1056 ABGB als Grundlage einer allgemeinen Regelung der Leistungsbestimmung durch einen Vertragspartner oder einen Dritten anzusehen ist", sohin auch für den Bestandvertrag gelte!

So unterliegt es keinem Zweifel, daß ein hinreichend bestimmbares Mietobjekt dann vorliegt, wenn den Gegenstand des Mietvertrags eine bestimmte Anzahl nicht näher bestimmter Reitpferde des Stallbesitzers für einen Ausritt, ein nicht näher bestimmtes Fahrzeug aus dem Wagenpark des Autovermieters für einen Ausflug ohne von diesem beigestellten Fahrzeuglenker oder eine Anzahl von nicht näher bestimmten Stühlen für eine Festveranstaltung bildet (Klang in Klang, 2. Auflage, V 11.), die konkrete Auswahl erst später "in Ausführung" des Bestandvertrags vorgenommen wird. ...

Als Ergebnis steht sohin fest: Die Bestimmbarkeit der Sache reicht bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen des § 1090 ABGB für die Qualifizierung eines Vertragsverhältnisses als Bestandvertrag aus."

Da - wie oben näher ausgeführt - dem vorliegenden Vertrag keine Einigung über einen bestimmten oder bestimmbaren Umfang der eingeräumten Gebrauchsrechte zu entnehmen

ist, handelt es sich weder um einen Bestandvertrag im Sinne der §§ 1090 ff ABGB noch um einen "sonstigen Vertrag" im Sinne des § 33 TP5 Abs.1 GebG.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 3. Dezember 2012