

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin R in der Beschwerdesache X vertr. durch A, Adr1, diese vertreten durch B, über die Beschwerde vom 12.01.2017 gegen den Bescheid der belangten Behörde Finanzamt für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel vom 16.12.2016, ErfNr, betreffend Rechtsgebühr (gem. § 33 TP 9 GebG) zu Recht erkannt:

Die Beschwerde wird gemäß § 279 BAO als unbegründet abgewiesen.

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

## Entscheidungsgründe

In dem am 8.8.2016 zwischen der Grundeigentümerin G ("Nutzungsgeberseite") und der X ("Nutzungsnehmerseite"; = Beschwerdeführerin, kurz Bf) abgeschlossenen "Übereinkommen über die vorübergehende Grundinanspruchnahme" wurde auszugsweise Folgendes vereinbart:

*"1. Gegenstand dieses Übereinkommens ist die vorübergehende Grundinanspruchnahme für den Sicherheitsausbau an der XY-Autobahn, Abschnitt xxx ... auf Grstk. Nr. Gst1 EZ1 im Ausmaß von 167,15 m<sup>2</sup> gemäß beiliegendem Plan ...*

*2. Die Entschädigung für die vorübergehende Grundinanspruchnahme wurde vom Sachverständigen DI-K auf Basis der vorgefundenen Verhältnisse ermittelt und wird gemäß Gutachten vom 31.5.2016 ... binnen 6 Wochen nach Ablauf der Frist gem. § 3 KSchG an die Nutzungsgeberseite ausbezahlt.*

Entschädigung Grundeigentümer:	EUR 53.189,24
plus 10 % AZ auf Grundinanspruchnahme	EUR 698,02
Gesamtentschädigung	EUR 53.887,25

.....

3. Die Vertragsteile erklären sich mit dem vom Sachverständigen ermittelten Entschädigungsbetrag einverstanden.
4. Die Beanspruchung der Flächen beginnt mit dem tatsächlichen Baubeginn vor Ort auf die Dauer von 3 Jahren. Die Nutzungsgeberseite erhebt dagegen keine Einwendungen.
5. Die vorübergehend beanspruchten Flächen sind nach Beendigung der Nutzung ordnungsgemäß rekultiviert und nach Aufbringung einer Humusschicht in Höhe von 20 cm zurückzustellen.
6. Die von der Nutzungsnehmerseite beauftragte Baufirma hat gemäß Auftrag nach Beendigung der Arbeiten von der Nutzungsgeberseite eine Bestätigung einzuholen (Freiassungserklärung), aus der eindeutig hervorgeht, dass der ordnungsgemäße Zustand wiederhergestellt wurde und dass sämtliche Flurschäden und Folgeschäden, die durch die Beanspruchung entstanden sind, abgegolten wurden. Unbeschadet dessen haftet die Nutzungsnehmerseite der Nutzungsgeberseite bezüglich Schäden (§ 1323 ABGB), die im Zusammenhang mit der gegenständlichen Grundbeanspruchung entstehen.
7. Die Nutzungsgeberseite erklärt in Bezug auf das gegenständliche Projekt rechtsverbindlich, gegen die Erteilung der wasserrechtlichen Bewilligung sowie gegen die Erteilung sonstiger bundes- oder landesrechtlich erforderlicher Bewilligungen keinen Einwand zu erheben.
8. Die Entschädigung wird 6 Wochen nach Ablauf des Rücktrittsrechts gem. § 3 KSchG ... überwiesen. ... Die Nutzungsgeberseite wird hiermit ausdrücklich auf ihr Rücktrittsrecht nach § 3 KSchG hingewiesen. Demnach hat diese das Recht, von diesem Übereinkommen binnen 14 Tagen zurückzutreten. ....
9. Ein Eigentümerwechsel während der Bauarbeiten begründet keine neuerlichen Ansprüche auf Entschädigungen.
10. Die Nutzungsgeberseite sichert zu, dass ihr auf den gegenständlichen Grundflächen keine Altlasten ... bekannt sind ...
11. Festgestellt wird, dass die gegenständlichen Grundstücksflächen zur Vermeidung eines unmittelbar drohenden behördlichen Eingriffs nach den Bestimmungen des Bundesstraßengesetzes 1971 bzw. Umweltverträglichkeitsprüfungsgesetzes 2000 beansprucht werden.
12. Die Möglichkeit der Einleitung eines Behördenverfahrens im Sinne der vorangeführten Bestimmungen wurde der Nutzungsgeberseite durch die Nutzungsnehmerseite zur Kenntnis gebracht, was mit der Unterfertigung dieses Übereinkommens bestätigt wird. ...."

Vom damaligen Rechtsvertreter der Nutzungsnehmerseite/der Bf, Herrn RA-Y, wurde am 7.9.2016 die Gebühr für dieses Übereinkommen in Höhe von € 538,87, ds. 1 % von der festgelegten Gesamtentschädigung, selbstberechnet und entrichtet.

Im Zuge einer beim Parteienvertreter zwecks Überprüfung der Selbstberechnungen durchgeführten Betriebsprüfung, AB1, wurde ua. festgestellt, dass gegenständliche Gebühr gemäß § 33 TP 5 Gebührengesetz 1957 (GebG), BGBl 1957/267 idGF., ermittelt wurde.

Im Schreiben vom 24.11.2016 teilte RA-Y dem Finanzamt mit, nach seiner und der Ansicht der Bf seien die Übereinkommen mit der Bf (TZn. 9 und 10 der Niederschrift über die Schlussbesprechung) als Bestandverträge zu qualifizieren. Das Grundstück werde ausschließlich von der Bf und nur für die Dauer von 3 Jahren genützt und werde nach Ablauf zurückgestellt, ohne dass darauf etwas verbleibe. Es handle sich keinesfalls um ein Recht auf dauernde Duldung.

Das Finanzamt hat demgegenüber mit Bescheid gemäß § 201 Bundesabgabenordnung (BAO), BGBl 1961/194 idGF., vom 16.12.2016, StrNr, betr. das Übereinkommen vom 8.8.2016 eine Rechtsgebühr gemäß § 33 TP 9 GebG ausgehend von der Bemessungsgrundlage von € 53.887,25 mit 2 % im Betrag von € 1.077,75

(= Nachforderung € 538,88) "aufgrund unrichtiger Selbstberechnung" festgesetzt.

Begründend wird ua. ausgeführt, dass im Rahmen des zu übenden Ermessens dem Prinzip der Rechtsrichtigkeit Vorrang vor dem Prinzip der Rechtsbeständigkeit zukomme und die steuerliche Auswirkung nicht bloß geringfügig sei.

Gegenstand des Übereinkommens sei die vorübergehende Grundinanspruchnahme für drei Jahre gegen eine einmalige Entschädigung, welches Recht eine Dienstbarkeit iSd § 33 TP 9 GebG darstelle. Es komme vor allem auf den von den Vertragsparteien verfolgten, objektiv erkennbaren Zweck an. Hauptpflicht des Eigentümers des belasteten Grundstückes sei eine Duldung oder Unterlassung. Der Vertragswille sei auf die Erzielung eines Erfolges gerichtet, der typischerweise mit Verträgen über Dienstbarkeiten verbunden sei. Nach der Art der Belastung handle es sich um eine erkennbare Duldungsverpflichtung und damit um eine offenkundige Dienstbarkeit.

In der dagegen rechtzeitig erhobenen Beschwerde wird im Wesentlichen eingewendet, für die rechtliche Qualifikation eines Vertrages sei der von den Parteien erkennbar gewollte Inhalt maßgebend. Entgegen der irrigen Rechtsansicht des Finanzamtes handle es sich eindeutig, in geradezu typischer Weise um einen Bestandvertrag, da ein bestimmter Bestandgegenstand gegen einen bestimmten Bestandzins auf eine bestimmte Zeit – nämlich die betr. Grundfläche für den Zeitraum der Bauwerkserrichtung durch die Bf gegen Entgelt – in Gebrauch genommen werde. Die Leistung einer Einmalzahlung stehe dem Wesen eines Bestandvertrages nicht entgegen (vgl § 1100 ABGB). Der wesentlichste Unterschied zwischen Dienstbarkeiten und Nutzungsrechten, die auf schuldrechtlichem Vertrag beruhen, insbesondere Pacht und Miete, bestehe in der Dinglichkeit der Dienstbarkeit; die Absicht der Parteien müsse auf Begründung eines dinglichen Rechtes und somit auf die Einverleibung gerichtet sein. Ein solcher Wille zur Verdinglichung sei dem Übereinkommen nicht zu entnehmen, ein auf Verbücherung gerichteter Vertragszweck sei nicht erkennbar, sodass es sich schon deshalb um einen Bestandvertrag handeln müsse. Der angefochtene Bescheid sei daher aufzuheben.

Die abweisende Beschwerdevorentscheidung wurde nach Darlegung der bezughabenden Bestimmungen im GebG sowie im ABGB ua. dahin begründet, dass aus dem Gesamtbild des Vertrages als objektiv erkennbarer Vertragszweck die Duldung der Beanspruchung, also die Verwendung bzw. Belastung des Grundstückes gerichtet auf einen Erfolg, der typischerweise mit Dienstbarkeitsverträgen verbunden sei, hervorkomme. Der Eigentümer gestatte ab Baubeginn für 3 Jahre diese Beanspruchung, sodass dessen Hauptpflicht die Verpflichtung zu einer Duldung sei. Nach der VwGH-Judikatur unterliege nach dem Wortlaut des § 33 TP 9 GebG bereits die entgeltliche Einräumung des Titels zum Erwerb einer Dienstbarkeit, der auch durch Vertrag begründet werden könne, der betr. Rechtsgebühr, weshalb es auf die Verbücherung der Dienstbarkeit nicht ankomme.

Im Vorlageantrag vom 20.2.2017 wird seitens der Bf ergänzend vorgebracht, das Finanzamt versuche wiederholt, einen Unterschied zwischen einer Duldung, gerichtet auf einen Erfolg, und der Überlassung einer Liegenschaft zum Gebrauch zu erkennen, wobei es übersehe, dass auch beim Bestandvertrag der Bestandgeber den Gebrauch der Sache zu dulden habe. Der wesentliche rechtsdogmatische Unterschied liege jedoch in der Dinglichkeit der Dienstbarkeit. Bei deren Begründung gelte grundsätzlich die Regel von Titel und Modus. Als Modus sei jedenfalls die Eintragung ins Grundbuch nötig, wovon das Gesetz keine Ausnahme vorsehe. Eine Dinglichkeit des Vertrages lasse sich hier nicht feststellen und sei eine Verbücherung der Nutzung unzweifelhaft nicht Wille der Parteien gewesen.

In Entsprechung eines Vorhaltschreibens des Bundesfinanzgerichtes (BFG) vom 10.8.2017 hat die Bf im Schreiben vom 29.8.2017 wie folgt Stellung genommen (zusammengefasste Darstellung, Antworten kursiv):

"Frage 1.)

Um welche Art von Grundstück (zB unbebautes Gst ?) handelt es sich bei dem beanspruchten Gst1 im Ausmaß von 167,15 m<sup>2</sup> ?

*Gemäß Grundbuchsauszug ... handelt es sich ... um die Nutzung "Sonstige (Straßenverkehrsanlagen)" – siehe Beilage 1.*

Frage 2.)

Wo ist dieses in Bezug auf den betr. durchzuführenden Sicherheitsausbau an der XY-Autobahn gelegen ?

*Die Lage des gegenständlichen Grundstückes wollen Sie bitte beiliegenden Planausschnitten – siehe Beilage 2 und 3 – entnehmen."*

"Frage 3.)

In welcher Form genau wird dieses Gst für die Dauer des Ausbaues "beansprucht" bzw. auf welche Art und Weise konkret "benutzt" ?

*Gegenständliche Fläche wird vorübergehend für 3 Jahre als Rangierraum, zur Unterbringung der Baustelleneinrichtung, als Lagerfläche und als Abstellfläche für Container genutzt. Es handelt sich hierbei um temporäre Grundbeanspruchungen, die für die Realisierung des konkreten Bauvorhabens zwingend erforderlich sind.*

Frage 4.)

Da nach Ihrem Dafürhalten ein "Bestandvertrag" vorliege:

Aus welchem Grund wurde unter Punkt 2. des Übereinkommens eine "Entschädigung" und nicht ein fortlaufendes (zB monatliches) Nutzungs- oder Gebrauchsentgelt vereinbart ?

*Gemäß § 17 Bundesstraßengesetz 1971 (BStG) kann für die Herstellung, Erhaltung und Umgestaltung von Bundesstraßen samt den zugehörigen baulichen Anlagen sowie aus Verkehrsrücksichten das Eigentum an Liegenschaften, die dauernde und zeitweilige Einräumung, Einschränkung und Aufhebung von dinglichen und obligatorischen Rechten (insbesondere Nutzungs- und Bestandrechten ) an solchen im Wege der Enteignung in Anspruch genommen werden.*

*Nach § 18 Bundesstraßengesetz 1971 (BStG) gebührt dem Enteigneten für alle durch die Enteignung verursachten vermögensrechtlichen Nachteile Schadloshaltung (§ 1323 ABGB). Bei der Bemessung der Entschädigung hat jedoch der Wert der besonderen Vorliebe und die Werterhöhung außer Betracht zu bleiben, den die Liegenschaft durch die straßenbauliche Maßnahme erfährt.*

*Laut Judikatur des VfGH (vgl. VfGH 13.10.1993, B 200/92, B 1897/92) ist vor Einleitung eines Enteignungsverfahrens zwingend der Versuch einer gütlichen Einigung mit dem Grundeigentümer zu unternehmen. Im Rahmen dieser Einigungsbemühungen wird dem Grundeigentümer eine Entschädigung für sämtliche mit der Grundbeanspruchung verbundenen vermögenswerten Nachteile (§ 18 BStG) angeboten. Umfang und Höhe der Entschädigung werden von einem befugten Sachverständigen gutachterlich festgestellt. Es wird grundsätzlich der Abschluss eines zivilrechtlichen Übereinkommens angestrebt und besteht auf dieser Stufe kein Unterschied zwischen einer gütlichen Einigung mittels Vertrag und einem Enteignungsbescheid.*

*Ist eine gütliche Einigung mit dem Grundeigentümer nicht möglich, besteht zur Beschaffung der für den Straßenbau erforderlichen Rechte die Möglichkeit, die Einleitung eines Enteignungsverfahrens zu beantragen. Die Möglichkeit der Durchführung eines solchen Verfahrens wird dem Grundeigentümer bei den Einigungsgesprächen vorerst mündlich erläutert bzw. angedroht. Kommt eine Einigung letztlich nicht zustande, erhält der Grundeigentümer per Einschreiben ein sogenanntes LAFO (last and final offer), welches ein Entschädigungsangebot und eine Frist, bis zu der eine gütliche Einigung noch möglich ist, ebenso enthält, wie die nochmalige Androhung der Einleitung eines Enteignungsverfahrens, sollte die Frist ungenützt verstreichen.*

*Kommt es tatsächlich zu keiner Einigung, wird bei der zuständigen Bundesstraßenbehörde die Einleitung eines Enteignungsverfahrens beantragt. Aufgrund der dargelegten Vorgehensweise und in Anbetracht der rechtlichen Grundlagen erklärt sich, warum*

*im Grundeinlöse-Übereinkommen nicht näher spezifiziert der Begriff "Entschädigung" verwendet wird und nicht expressis verbis von einem Nutzungs- oder Gebrauchsentsgelt die Rede ist.*

*Ganz allgemein ist der Begriff "Grundeinlöseentschädigung" gebräuchlich und erfolgt die Auszahlung, unabhängig davon, ob es sich um die Entschädigung für Grund und Boden (FN 1: Unbesehen dessen, dass nach Baufertigstellung regelmäßig eine Endvermessung und Endabrechnung stattzufinden hat, im Zuge derer Mehr- oder Minderbeanspruchungen zu verrechnen sind), echte Servitute (zB Tunneldienstbarkeiten, Dienstbarkeiten für Ableitungskanäle, Dienstbarkeiten für dauerhaft anzulegende ökologische Ausgleichsmaßnahmen etc.) oder temporäre Grundbeanspruchungen handelt, als Einmalzahlung. Dies hat vorrangig administrative Gründe und steht einer Klassifizierung als Bestandverhältnis uE nicht im Wege. Weiters spielt eine Rolle (s. oben), dass auch im Enteignungsfall regelmäßig eine Einmalzahlung bescheidmäßig angeordnet wird, was eine gleiche Handhabe nahelegt. Die durch den Sachverständigen ermittelte Entschädigung leitet sich freilich von Nutzungszeiträumen ab, fußt also auf der Annahme wiederkehrender Zahlungen im Sinne eines Gebrauchsentgeltes (s. Beantwortung Frage 5).*

Frage 5.)

Konkret auf Grundlage welcher "vorgefundener Verhältnisse" laut Punkt 2. wurde die Höhe dieser Entschädigung vom Sachverständigen und WIE im Einzelnen ermittelt ?

*Die Höhe der Entschädigung bei vorübergehenden Grundinanspruchnahmen bemisst sich an einem Wert von 4 % pro Jahr des jeweiligen Verkehrswertes der betroffenen Liegenschaft. Dabei handelt es sich um keine konkrete auf den Einzelfall bezogene Schadensberechnung, sondern um einen in der Praxis tauglichen und von den Grundeigentümern akzeptierten Pauschalansatz, welcher seit Jahren in Österreich Anwendung findet und auch von anderen Infrastrukturunternehmen (ÖBB, Verbund etc.) angewendet wird. Es entspricht dies im Übrigen auch dem vom BMVIT herausgegebenen Leitfaden für Grundeinlösen im öffentlichen Interesse (s. Anlage).*

*Mit den "vorgefundener Verhältnisse" ist der Verkehrswert der Liegenschaft gemeint bzw. deren Zustand, wie dieser sich dem Sachverständigen bei der Befundaufnahme darstellt.*

Frage 6.)

Um Vorlage des in diesem Zusammenhalt unter Punkt 2. bezeichneten Gutachtens vom 31.5.2016 (in Kopie) wird gebeten.

.... siehe Beilage 4.

Frage 7.)

Abschließend wird – im Hinblick ua. auf den in Punkten 11. und 12. angeführten "drohenden behördlichen Eingriff" - um eine kurze Darstellung der Vorgangsweise bzw. über den Ablauf ersucht, der letztlich in Zhg. mit dem Straßenbauvorhaben zum Abschluss des Übereinkommens geführt hat.

*Wie im Übereinkommen über die vorübergehende Grundinanspruchnahme vom 8.8.2016 unter den Punkten 11. und 12. dokumentiert, wurde die Grundeigentümerin mündlich über die Durchführung eines Enteignungsverfahrens informiert, sollte keine gütliche Einigung möglich sein. In diesem speziellen Fall war dies ausreichend, so dass auf ein LAFO und ein anschließendes Enteignungsverfahren verzichtet werden konnte. Im Übrigen darf bezüglich Ablauf einer Grundeinlöse auf die Erläuterungen zu Frage 4. verwiesen werden."*

Aus den obiger Stellungnahme beigelegten Lageplänen ist zu ersehen, dass es sich beim betr. Gst um eine Grünfläche in Form eines Dreieckes/Zwickels handelt, gelegen (westseitig) neben der XY-Autobahn und (nordseitig) neben bzw. unterhalb einer Brücke bzw. Brückenzufahrt.

Laut dem von der Bf beauftragten, beigebrachten Sachverständigen-Gutachten vom 31.5.2016 setzt sich die vom SV tabellarisch ermittelte "Entschädigung für vorübergehende und dauernde Beanspruchung inklusive Nebenschäden" betr. Gst1 (zusammengefaßt) zusammen:

aus einer "Miete für vorübergehende Beanspruchung" (Punkt B) von € 6.980,18 (ausgehend vom Verkehrswert € 348/m<sup>2</sup>, 4 % pro Jahr x 3) sowie Entschädigungen von gesamt € 46.209 lt. Punkt C) für "Gartenhaus/Geräte/Sonstiges" (Pauschbeträge pro Fläche/Laufmeter der Vorrichtungen), "Beschattung" (Prozentsatz vom Gesamtverkehrswert), "Gartenanlage" (Pauschbetrag für Fläche von Rasen und Gartenpflanzen) und betr "Obstbäume" (Pauschbetrag pro Baum/Strauch) zuzüglich einem Akzeptanzzuschlag 10 % von Punkt B), ds. € 698,02, ergibt Gesamtentschädigung € 53.887,25.

Im vorgelegten "Leitfaden für die Grundeinlöse im öffentlichen Interesse" des BMVIT wird ua. zum "Akzeptanzzuschlag (AZ)" ausgeführt:

Dieser ist durch die Infrastrukturunternehmen zu verantworten und wird freiwillig zur Förderung von gütlichen Einigungen mit den Grundeigentümern geleistet, um a priori die Anzahl der Enteignungsverfahren zu verringern. Es sollen dadurch diesbezügliche Kosten gespart sowie Aufwendungen des Grundeigentümers abgegolten werden. Anhaltspunkt sei ein AZ in Höhe von maximal 10 % der Flächenentschädigung von Grund und Boden.

### **Über die Beschwerde wurde erwogen:**

1. Nach § 17 Abs. 1 GebG 1957 ist für die Festsetzung der Gebühren der Inhalt der über das Rechtsgeschäft errichteten Schrift (Urkunde) maßgebend (Urkundenprinzip).

Gemäß § 33 TP 5 Abs. 1 GebG 1957 idgF. 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, nach dem Wert im Allgemeinen einer Rechtsgebühr von 1 v. H.

Nach § 33 TP 9 GebG 1957 idgF. unterliegen Dienstbarkeiten, wenn jemandem der Titel zur Erwerbung einer Dienstbarkeit entgeltlich eingeräumt oder die entgeltliche Erwerbung von dem Verpflichteten bestätigt wird, einer Rechtsgeschäftsgebühr von 2 v. H. von dem Werte des bedungenen Entgeltes.

2. Da der Begriff der Dienstbarkeit (Servitut) im Gebührengesetz nicht umschrieben ist, muss er dem Zivilrecht entnommen werden.

Gemäß § 472 ABGB wird durch das Recht der Dienstbarkeit ein Eigentümer (in der Regel einer Liegenschaft) verbunden, zum Vorteil eines anderen, nämlich des Berechtigten, in Rücksicht seiner Sache etwas zu dulden oder zu unterlassen. Es ist ein dingliches, gegen jeden Besitzer der dienstbaren Sache wirksames Recht.

Gemäß § 480 ABGB ist der Titel zu einer Servitut u.a. auf einem Vertrag begründet.

Dienstbarkeiten (Servituten) sind dingliche, auf Privatrechtstitel beruhende oder durch Richterspruch oder Enteignung eingeräumte, idR durch Verbücherung erworbene (§ 481) Rechte auf beschränkte Nutzung einer fremden Sache, denen die Pflicht ihres jeweiligen Eigentümers zur Duldung dieser Nutzung (bejahende Servitut) oder Unterlassung eigener Nutzung (verneinende Servitut) gegenübersteht.

Die Zulässigkeit einer *Befristung* oder auflösenden Bedingung ergibt sich aus § 527 ABGB. Servituten sind sowohl auf räumliche Grenzen beschränkbar, wie auch *zeitlich*, zB bei einer Schiabfahrt auf die jeweilige Dauer des Wintersportbetriebes (siehe in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup>, Rz 1 f. zu § 472).

Verbücherte Dienstbarkeiten haben dingliche Wirkung. Mit dem Inhalt von Dienstbarkeiten können auch *obligatorische Rechte* eingeräumt werden, wenn die Absicht auf Verdinglichung fehlt. Im Zweifel entscheidet der *typische Vertragsinhalt* (siehe *Rummel*, ABGB, Rz 6 zu § 472).

Eine vertragliche, nicht verbücherte Servitut bindet (dennoch) inter partes, gegen den Gesamtrechtsnachfolger und bei Übernahme durch einen Einzelrechtsnachfolger und gibt dem Berechtigten in diesen Fällen den Anspruch auf Verbücherung.

Durchbrochen wird das Eintragungsprinzip nach hM bei den "offenkundigen"

Dienstbarkeiten:

Wer einen gültigen Titel besitzt, ist trotz Nichtverbücherung geschützt, wenn sichtbare Anlagen auf dem dienenden Grund oder sonstige Einrichtungen oder Vorgänge, die man von dort aus bei einiger Aufmerksamkeit wahrnehmen kann, das Bestehen einer Dienstbarkeit vermuten lassen; auch ohne Einverleibung entsteht kraft Offenkundigkeit eine Dienstbarkeit (*Rummel*, ABGB, Rz 2 zu § 481).

Die Abgrenzung beispielsweise des Servitutes der Wohnung zu *anderen Gebrauchsrechten* an Wohnungen ergibt sich nach der Zivilrechtslehre ohne Rücksicht auf die von den Parteien gewählte Bezeichnung einerseits aus der Parteiabsicht auf Verdinglichung und aus dem *Vertragszweck*, andererseits erzeugt die Wahl einer



typischen Vertragsfigur grundsätzlich die *typisierten Wirkungen* (*Rummel*, ABGB, Rz 2 zu § 521).

### 3. VwGH-Rechtsprechung:

In Zusammenhalt mit der Erweiterung eines Dienstbarkeitsrechtes für eine erforderliche Erneuerung einer Leitung sowie einem des Weiteren "für die Durchführung dieser Arbeiten und für die Dauer dieser Arbeiten" von den Grundeigentümern auf bestimmten Flächen eingeräumten "*Recht der vorübergehenden Inanspruchnahme*", wozu insgesamt (auch von der Entschädigung für die Inanspruchnahme) eine Rechtsgebühr gem. § 33 TP 9 GebG vorgeschrieben worden war, hat der Verwaltungsgerichtshof im Erkenntnis vom 28.6.1995, 94/16/0045, abweislich entschieden und ausgeführt:

Selbst 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 (vgl. Erk. v. 5.3.1990, 89/15/0014; ebenso VwGH 13.12.2012, 2010/16/0023). Maßgebend für die Zuordnung eines Rechtsgeschäftes zu einem Gebührentatbestand sei dabei das zu betrachtende *Gesamtbild* des Vertrages.

Das neben der geregelten Dienstbarkeit zudem eingeräumte "Recht der vorübergehenden Inanspruchnahme" von weiteren Grundflächen für die Dauer der Erneuerungsarbeiten ist laut VwGH eine weitere Dienstbarkeit im Sinne des § 33 TP 9 GebG.

Auch sei die Auffassung der Bf, die Dienstbarkeit an einem Grundstück sei "schon ihrer Natur nach eine auf Dauer angelegte Berechtigung", unrichtig, da aus § 527 ABGB eindeutig hervorgeht, dass eine Servitut auch auf eine beschränkte Zeit eingeräumt werden kann, sodass die Dienstbarkeit durch Zeitablauf zum Erlöschen kommt (mit Verweis auf *Rummel*, ABGB, Rz 1 zu § 527).

Völlig gleichlautend hinsichtlich der Einordnung als Dienstbarkeitsvertrag entschieden hat der VwGH im Erkenntnis vom 24.6.2010, 2010/16/0053, zu einem Deponievertrag, wonach auf Baudauer eines Tunnels gegen Entgelt die Deponierung des Aushubmaterials, die Verwendung von Grundflächen als Manipulations- und Zwischenlagerfläche, die Berechtigung zur Nutzung mit Fahrzeugen, Maschinen und zum Abstellen von Geräten sowie bei Beendigung die Rückstellung der Grundflächen in ordentlichem, geräumtem Zustand vereinbart war.

Wie der VwGH bereits in seinem Erkenntnis vom 21.12.1959, Slg. 2145/F, ausgeführt hat, setzt § 33 TP 9 GebG den Erwerb einer Dienstbarkeit durch eine Partei nicht voraus. Nach dem Wortlaut dieser Bestimmung *unterliegt schon die entgeltliche Einräumung des Titels* zum Erwerb der dort festgesetzten Rechtsgeschäftsgebühr. Dieser Titel kann aber gemäß § 480 ABGB auch durch Vertrag begründet werden. Liegt ein gültiger

Rechtstitel zum Erwerb einer Dienstbarkeit vor, dann kann die Einverleibungsbewilligung jederzeit nachgeholt und der Grundeigentümer sogar im Klagewege zur Ausstellung einer solchen Bewilligung verhalten werden. Daraus folgt, dass es bei der gebührenrechtlichen Behandlung einer vertraglich eingeräumten Dienstbarkeit *auf deren Verbücherung nicht ankommt* (VwGH 24.6.2010, 2010/16/0053; vgl. auch VwGH 5.3.1990, 89/15/0014).

Dem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 17.2.1986, 84/15/0056, lag an Sachverhalt ein Vertrag zugrunde, mit welchem gegen einmaliges Entgelt das Recht eingeräumt wurde, auf einem Grundstreifen Leitungen und ein Kabel zu verlegen und diese Anlagen zu betreiben. Gegenstand des Vertrages war die Regelung der Grundbenützung, wobei ausdrücklich *keine dinglichen Rechte* begründet werden sollten. In Streit gezogen war die Anwendung des § 33 TP 9 GebG. Der VwGH kommt zu folgendem Ergebnis:

Zwar war der Vertragswille vordergründig nicht auf die Einräumung dinglicher Rechte gerichtet, andererseits ergibt sich jedoch aus der Art des Rechtsgeschäftes und seines spezifischen Regelungsinhaltes, dass der wahre Vertragswille auf die Erzielung eines Erfolges gerichtet ist, der auch sonst typischerweise mit Verträgen über (Leitungs)Dienstbarkeiten verbunden ist. Die mangelnde Verpflichtung der Grundeigentümerin zur Einwilligung einer Verbücherung der eingeräumten Rechte steht der Beurteilung als Dienstbarkeit nicht entgegen, da es sich aufgrund der Art der Belastung der dienenden Grundstücke um in der Natur auf Dauer erkennbare Duldungs- und Unterlassungsverpflichtungen und somit um den Fall einer "offenkundigen" Dienstbarkeit handelt. Dies hat lt. VwGH zur Folge, dass der Inhaber eines gültigen Titels trotz Nichtverbücherung in seinem Recht gegen jeden Dritten geschützt ist, wenn sichtbare Anlagen auf dem dienenden Grund oder sonstige Einrichtungen oder 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).

Laut VwGH ist unabhängig von dieser somit zumindest de facto gegebenen dinglichen Wirkung der eingeräumten Rechte nach Lehre und Rechtsprechung die Begründung obligatorischer Dienstbarkeiten zulässig (vgl. *Petrasch* in Rummel, ABGB, Rz 6 zu § 472; OGH 31.3.1971, 5 Ob 77/71).

Auch bei der im Zweifelsfall erforderlichen Bedachtnahme auf den Vertragsinhalt ergibt sich, dass die die Eigentümerin der dienenden Grundstücke treffenden Duldungs- und Unterlassungspflichten – wie etwa Duldung der Errichtung, des Betriebes, des Begehens und Befahrens, des Entferns von Boden- und Pflanzenhindernissen u.ä. – sowie die dafür zugestandene Art der Entschädigung als typischer Inhalt von (Leitungs)Dienstbarkeitsverträgen anzusehen sind. Die Wertung als Dienstbarkeitsbestellungsvertrag sei daher rechtens.

Ein Rechtsgeschäft, aus dessen Regelungsinhalt sich ergibt, dass die Absicht der Parteien auf einen Erfolg gerichtet ist, der sonst typischerweise mit Verträgen über Dienstbarkeiten verbunden ist, unterliegt somit auch dann der Gebühr nach § 33 TP 9 GebG, wenn

die Parteien eine Verbücherung des Vertrages abbedungen haben (VwGH 5.3.1990, 89/15/0014).

4. Im Gegenstandsfalle kann zunächst der Beschwerdeargumentation, die betreffende Grundfläche werde für den Zeitraum der Errichtung des Straßenbauwerkes auf bestimmte Zeit gegen Entgelt in Gebrauch genommen und auch ein Bestandgeber habe den Gebrauch der Sache zu dulden, was für den Abschluss eines Bestandvertrages spreche, nicht von vorneherein entgegen getreten werden.

Zugleich ist aber – abgesehen von der Titulierung der Vertragsparteien als "Nutzungsgeber" und "Nutzungsnehmer" – nach dem gesamten sonstigen Vertragsinhalt allein aufgrund der Formulierung nach dem Dafürhalten des BFG kein typischer Regelungsinhalt eines Bestandvertrages erkennbar. So ist Gegenstand des Übereinkommens (Pkt. 1) – ähnlich den oben dargelegten VwGH-Erkenntnissen zugrundeliegenden Sachverhalten – die "vorübergehende Grundinanspruchnahme", hier zum Zweck des Sicherheitsausbaues an einer Autobahn; es wird kein fortlaufender Bestandzins sondern eine einmalige Entschädigung als Entgelt entrichtet, die abgestellt auf die Beeinträchtigung aller auf dem Grundstück vorhandenen Vorrichtungen, Bauten, den Pflanzenbewuchs etc. weitaus überwiegend nach eigenen Angaben (siehe Stellungnahme vom 29.8.2017 zu Frage 5. in Zusammenhalt mit dem vorgelegten Gutachten vom 31.5.2016) nach "praxistauglichen Pauschalansätzen" bemessen wird; diese Entschädigung wird von einem seitens der Nutzungsnehmerin/der Bf beauftragten Sachverständigen ermittelt, womit sich die Grundstückseigentümerin laut Punkt 3. des Übereinkommens einverstanden erklärt. In Zusammenhalt mit Vertragspunkten 11. und 12., wonach die Beanspruchung der Grundstücksfläche in der Form zwecks Vermeidung eines unmittelbar drohenden behördlichen Eingriffes, nämlich der andernfalls drohenden Einleitung eines Enteignungsverfahrens, erfolgt, kann wohl davon ausgegangen werden, dass der Grundstückseigentümerin gar keine andere Möglichkeit verblieben ist, als noch im Stadium einer "gütlichen Einigung" des seitens der Bf bei Straßenbauprojekten abzuführenden Verfahrens (siehe dazu die ausführliche Darstellung der Vorgangsweise in der Stellungnahme der Bf zu Frage 4.) diesbezüglich der gutachterlich festgelegten Höhe der Entschädigung zuzustimmen, andernfalls ihr eben eine Enteignung gedroht hätte. Gleichzeitig steht nur bei "gütlicher Einigung" dem Grundeigentümer zusätzlich zur Entschädigung der Akzeptanzzuschlag (AZ) zu.

Nach dem Vertragsinhalt ist weiters die Beanspruchung der Flächen abgestellt auf den "tatsächlichen Baubeginn" (lt. Punkt 4.) und zeitlich offenkundig auf die Dauer der Errichtung des Bauwerkes. Des Weiteren ist nach Ansicht des BFG als regelungstypisch bei einem Bestandvertrag auszuschließen, dass wie hier unter Punkt 6. "bei Beendigung der Arbeiten" eine *Freistellungserklärung* von Seiten eines Bestandgebers betreffend die Wiederherstellung des ordnungsgemäßen Zustandes der Liegenschaft eingeholt werden würde; ebenso, dass ein Bestandgeber (Vermieter/Verpächter) vorab, wie gegenständlich unter Vertragspunkt 7., eine rechtsverbindliche Zustimmung zur Erteilung bundes- oder

landesrechtlich erforderlicher Bewilligungen abgeben würde, wobei wiederum ausdrücklich auf "das gegenständliche Projekt" (Bauprojekt) verwiesen wird.

Wie aus oben dargelegter, einhelliger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes hervorkommt, ist ein Vertrag, wenn er verschiedenen Vertragstypen entnommene Elemente enthält, 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.

Nach dem diesbezüglich als maßgebend zu betrachtenden *Gesamtbild* des Vertrages ist aber gegenständlich der erkennbare Zweck des Vertragsabschlusses primär nicht in einem bloßen Gebrauch des Grundstückes, sondern vielmehr zweifelsfrei darin gelegen, in Zusammenhalt mit der Durchführung des bestimmten Straßenbauprojektes die Zustimmung bzw. Einverständniserklärung der Grundeigentümerin zu laut Bf "*für die Realisierung des Bauvorhabens zwingend erforderlichen Grundbeanspruchung*" (siehe deren Stellungnahme zu Frage 3.) zu erlangen. Damit wurde die Grundeigentümerin – nach Androhung eines behördlichen Eingriffes/Enteignungsverfahrens - dazu verbunden bzw. veranlaßt, zum Vorteil der Bf die Grundinanspruchnahme zu (er)dulden. Ihre vorrangige Verpflichtung besteht sohin ganz offensichtlich in einer Duldungspflicht, womit eine Dienstbarkeit iSd § 472 ABGB eingeräumt wurde.

Es ist auch nicht zu übersehen, dass der VwGH in sämtlich oben dargelegten Beschwerdefällen das jeweils eingeräumte "*Recht der Grundinanspruchnahme*" bzw. der "*vorübergehenden Grundinanspruchnahme*" - dies ua. zur Durchführung von Arbeiten für deren Dauer, zur Lagerung von Material, zur Nutzung mit Fahrzeugen und Maschinen, zum Abstellen von Geräten etc., dh. ähnlich der Beanspruchung im Gegenstandsfall für die Dauer der Bauarbeiten "*als Rangierraum, zur Unterbringung der Baustelleneinrichtung, als Lagerfläche und als Abstellfläche für Container*" (lt. konkretisierender Stellungnahme der Bf zu Frage 3.) – durchwegs als (weitere) Dienstbarkeit qualifiziert hat, die der Rechtsgebühr gemäß § 33 TP 9 GebG unterliegt.

Der VwGH führt auch aus, dass eine solche Duldungspflicht (wie zB Duldung des Begehens und Befahrens, Verlegung von Kabeln etc.) sowie die dafür zugestandene Art der Entschädigung als *typischer Inhalt* von Dienstbarkeitsverträgen anzusehen sind (VwGH 17.2.1986, 84/15/0056).

Analog der höchstgerichtlichen Beurteilung ist daher auch im Gegenstandsfall anhand der Art des Rechtsgeschäftes sowie seines spezifischen, oben im Einzelnen dargelegten Regelungsinhaltes davon auszugehen, dass der wahre Vertragswille auf die Erzielung eines Erfolges gerichtet ist, der auch sonst *typischerweise mit Verträgen über Dienstbarkeiten* verbunden ist. Aufgrund der Art der Belastung des dienenden Grundstückes handelt es sich um eine in der Natur erkennbare Duldungs- und Unterlassungsverpflichtung der Grundstückseigentümerin und somit um den Fall einer "offenkundigen" Dienstbarkeit.

5. Das Hauptargument des Beschwerdevorbringens geht dahin, dass der wesentlichste Unterschied zum Bestandvertrag in der Dinglichkeit der Dienstbarkeit liege und es sich daher mangels Parteiwille zur Verdinglichung bzw. Verbücherung des eingeräumten Rechtes, dh. mangels gesetzlich erforderlichem Modus, bei gegenständlichem Übereinkommen um einen Bestandvertrag handeln müsse. Entgegen dieser Ansicht hat aber eine solche "offenkundige" Dienstbarkeit lt. VwGH zur Folge, dass der Inhaber eines gültigen Titels trotz Nichtverbücherung in seinem Recht gegen jeden Dritten geschützt ist, wenn sichtbare Anlagen auf dem dienenden Grund oder sonstige Einrichtungen oder Vorgänge, die von dort aus bei einiger Aufmerksamkeit wahrgenommen werden können, das Bestehen einer Dienstbarkeit vermuten lassen. Selbst dann, wenn also ausdrücklich kein dingliches Recht begründet werden sollte, steht dies lt. VwGH der Beurteilung als Dienstbarkeit nicht entgegen (siehe Erk. 17.2.1986, 84/15/0056).

Nach herrschender Zivilrechtslehre können jedenfalls mit dem Inhalt von Dienstbarkeiten auch obligatorische Rechte eingeräumt werden, wenn die Absicht auf Verdinglichung fehlt; entscheidend ist dabei der typische Vertragsinhalt (siehe in *Rummel*, ABGB, Rz 6 zu § 472).

Nach dem Wortlaut des § 33 TP 9 GebG unterliegt bereits die entgeltliche *Einräumung des Titels* zum Erwerb der Dienstbarkeit - der auch vertraglich begründet werden kann - der dort bestimmten Rechtsgebühr. Liegt ein gültiger Rechtstitel vor, kann die Einverleibungsbewilligung jederzeit nachgeholt werden, woraus folgt, dass es bei der gebührenrechtlichen Behandlung einer vertraglich eingeräumten Dienstbarkeit *auf deren Verbücherung nicht ankommt* (vgl. VwGH 5.3.1990, 89/15/0014; VwGH 24.6.2010, 2010/16/0053).

Dem Einwand der Bf hinsichtlich der nicht vorhandenen Verdinglichung kommt demnach keinerlei Berechtigung zu.

6. Der Vollständigkeit halber gilt noch festzuhalten, dass auch dem Umstand, dass die Grundinanspruchnahme lediglich für die Dauer von 3 Jahren vereinbart wurde und sohin kein Recht auf "dauernde" Duldung vorliegt (siehe im Schreiben des RA-Y vom 24.11.2016), keinerlei rechtliche Relevanz beizumessen ist. Die Zulässigkeit einer Befristung bzw. zeitlichen Beschränkung einer Servitut, sodass die Dienstbarkeit durch Zeitablauf zum Erlöschen kommt, ergibt sich bereits eindeutig aus § 527 ABGB (vgl. VwGH 28.6.1995, 94/16/0045).

7. Die zur Festsetzung der Gebühr nach § 33 TP 9 GebG herangezogene vereinbarte Gesamtentschädigung als "Wert des bedungenen Entgeltes" blieb im Übrigen unbestritten. Abgesehen davon gilt festzuhalten, dass in kausalem Zhg mit der Einräumung von Dienstbarkeiten an Grundeigentümer zB zu leistende einmalige Entschädigungen für Oberflächenbeeinträchtigung und Grundinanspruchnahme jedenfalls (auch bei

Bezeichnung als "Schadenersatz") zum "Wert des bedungenen Entgeltes" zählen (vgl. zB BFG 30.9.2015, RV/3100155/2015).

Bei der gegebenen Sach- und Rechtslage konnte daher der Beschwerde kein Erfolg beschieden sein und war spruchgemäß zu entscheiden.

### **Zulässigkeit einer Revision:**

Gegen ein Erkenntnis des Bundesfinanzgerichtes ist die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

Zu den strittigen Fragen der Einordnung des Übereinkommens als Dienstbarkeitsvertrag und ob die Vergebührung nach § 33 TP 9 GebG von der Verdinglichung der Dienstbarkeit abhängt, ist die ausführlich zitierte einhellige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes vorhanden, in deren Anwendung das BFG seine Entscheidung getroffen hat. Es liegt sohin keine Rechtsfrage von "grundsätzlicher Bedeutung" vor, weshalb eine Revision nicht zulässig ist.

Innsbruck, am 14. September 2017