



## Entgeltliche Überlassung der passiven Breitbandinfrastruktur von Gemeinden an Telekommunikationsbereitsteller und damit mögliche Vergebührung nach dem Gebührengesetz 1957

Im Zuge des Breitbandausbaus in vielen Tiroler Gemeinden ist geplant, die gemeindeseitig errichtete und damit im Eigentum der Gemeinden stehende Glasfaserinfrastruktur an verschiedene öffentliche Telekommunikationsbereitsteller zu vermieten bzw. zu verpachten. Für den Ausbau stellen Bund und Länder dzt. attraktive Förderungen zur Verfügung. Ziel ist es, betriebswirtschaftlich orientierte Diensteanbieter auch in entlegeneren Regionen als Partner zu gewinnen und damit der Bevölkerung hochgeschwindigkeitsfähiges Internet zur Verfügung stellen zu können. Mit der Ausarbeitung der entsprechenden Verträge sind regelmäßig Fragen zur Vergebührung nach dem Gebührengesetz 1957 verknüpft.

### Wie ist überlassene Glasfaserinfrastruktur im Gebührengesetz 1957 erfasst?

Nach dem Gebührengesetz 1957 sind für Bestandverträge gemäß allgemeinem bürgerlichem Gesetzbuche (ABGB) und sonstige Verträge, wodurch jemand den Gebrauch einer unverbrauchbaren Sache auf eine gewisse Zeit und gegen einen bestimmten Preis erhält, Gebühren zu entrichten.

### Wie entsteht die Gebührenpflicht?

Das betroffene Rechtsgeschäft ist dann gebührenpflichtig, wenn darüber eine Urkunde, bspw. ein Vertrag, errichtet wird und das Gebührengesetz 1957 keine Ausnahme vorsieht.

Folgt auf ein Vertragsangebot die Annahme in Form eines Annahmeschreibens, gilt dieses als Urkunde (sog. Ersatzbeurkundung). Wird die mündliche Annahme eines Vertragsangebotes schriftlich festgehalten, gilt dieses Schriftstück als (Ersatz-) Urkunde.

Die Urkunde dient als schriftliches Beweismittel über das zustande gekommene Rechtsgeschäft. Die Gebührenpflicht des Rechtsgeschäfts entsteht daher mit Errichtung der Urkunde. Gegenstand der Gebühr ist das Rechtsgeschäft selbst.

### Wie hoch ist die Gebühr?

Allgemein wird die Gebühr für Bestandsverträge, wenn keine Ausnahme besteht, mit 1% des Werts festgelegt (bei Jagdverpachtung 2%). Einzurechnen sind daneben für die Überlassung des Gebrauchs vereinbarte einmalige oder wiederkehrende Leistungen, wenn sie unter vertraglich bestimmten Voraussetzungen auf andere Leistungen angerechnet werden können. Damit werden Nebenleistungen zur Einräumung des Gebrauchsrechts bzw. mit der Hauptleistung in wirtschaftlichem Zusammenhang stehende Leistungen erfasst.

Bei *unbestimmter* Vertragsdauer sind die wiederkehrenden Leistungen mit dem Dreifachen des Jahreswerts begrenzt, bei *bestimmter* Vertragsdauer mit dem dieser Vertragsdauer entsprechend vervielfachten Jahreswert, die Obergrenze bildet das Achtzehnfache des Jahreswertes.



**Bsp.:** Pacht monatlich EUR 500,00 = EUR 6.000,00 Jahreswert, davon 1% = EUR 60,00 x 3 (bei unbestimmter Dauer) oder x max. 18 (bei bestimmter Dauer).

### Wie werden bestimmte und unbestimmte Vertragsdauer ermittelt?

Ein auf bestimmte Zeit eingegangener Vertrag kann durch die Aufnahme von (Sonder-) Kündigungsmöglichkeiten für einzelne oder beide Vertragsparteien, die zu einer vorzeitigen Auflösung berechtigen, dazu führen, dass die Dauer ungewiss wird. Auch kann ein grundsätzlich unbefristet abgeschlossener Vertrag unter bestimmten Voraussetzungen dadurch im Ergebnis als befristet gesehen werden.

Zur Auslegung liegen richtungsweisende Entscheidungen und Erkenntnisse vor. Das Wichtigste in Kürze:

*Nach ständiger Rechtsprechung ist nie die von den Parteien gewählte Bezeichnung, sondern stets der Vertragsinhalt maßgeblich.*

*Das Unterscheidungsmerkmal zwischen auf bestimmte Zeit und auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Bestandverträgen besteht darin, ob nach dem erklärten Vertragswillen beide Vertragsteile durch eine bestimmte Zeit an den Vertrag gebunden sein sollen oder nicht.*

*Die Möglichkeit, einen auf bestimmte Zeit geschlossenen Vertrag aus einzelnen bestimmten bezeichneten Gründen vorzeitig einseitig aufzulösen, steht der Beurteilung des Vertrages als eines auf bestimmte Zeit abgeschlossenen Vertrags nicht entgegen. Wenn aber vor Ablauf der Zeit einseitig oder von jedem der beiden Vertragsteile der Vertrag beliebig (schränkenlos) aufgelöst werden kann, ist der Vertrag in seiner Dauer unbestimmt.*

*Steht einem Vertragsteil das Kündigungsrecht überhaupt nicht oder für eine bestimmte Zeit nicht zu und dem anderen Teil nur aus bestimmten Kündigungsgründen und daher nicht schrankenlos, dann wird ein Bestandsvertrag auf bestimmte Zeit angenommen werden müssen.*

*Was konkret eine Beschränkung der Kündigungsmöglichkeit auf einzelne im Vertrag ausdrücklich bezeichnete Fälle darstellt, ist nach Gewicht und Wahrscheinlichkeit einer Realisierung der vertraglich vereinbarten Kündigungsgründe von Fall zu Fall verschieden zu beantworten. Je unwahrscheinlicher die grundsätzlich umfassend festgelegten Gründe für die Inanspruchnahme eines vorzeitigen Sonderkündigungsrechts bei einem befristeten Vertrag nach individueller Prüfung erscheinen, desto eher ist von einem befristeten Vertrag auszugehen.*

*Wird ein Vertrag auf eine unbestimmte Dauer und mit einseitigem Kündungsverzicht für eine bestimmte Zeit abgeschlossen, so ist dieser als auf eine unbestimmte Zeit abgeschlossen zu erachten.*

*Ein seinem Wortlaut nach auf unbestimmte Zeit abgeschlossener Bestandsvertrag ist als ein Vertrag auf bestimmte Dauer anzusehen, wenn nach seinem Inhalt das Vertragsverhältnis vor Ablauf einer bestimmten Zeit von keinem der Vertragsteile einseitig beendet werden kann oder diese Möglichkeit auf einzelne im Vertrag ausdrücklich bezeichnete Fälle beschränkt ist.*

Wenn die Vertragsteile einen Vertrag auf bestimmte Zeit abschließen (bspw. sechs Jahre) und vereinbaren, dass nach Ablauf der Befristung mangels Kündigung dieser in ein unbefristetes Verhältnis übergehen soll, ist das Sechsfache plus das Dreifache des Jahreswertes heranzuziehen. Wäre vereinbart, dass nach der Befristung von sechs Jahren mangels Kündigung eine Verlängerung um zwei Jahre greift, ist das Sechsfache plus das Zweifache, also das Achtfache des Jahreswerts heranzuziehen.

Wird eine unbestimmte und daher nicht übersehbare Anzahl von Verlängerungsmöglichkeiten eingeräumt (Kette), gilt der Vertrag als unbefristet.

Wird ein Vertrag auf unbestimmte Dauer abgeschlossen und sieht er einen zweiseitigen Kündigungsverzicht von verschiedener Länge vor, so ist als Bemessungsgrundlage die Anzahl der Jahre des beidseitigen Kündigungsverzichts plus der unbestimmten Dauer heranzuziehen.

Aus diesen Aussagen lassen sich die folgenden Konstellationen als **Übersicht über die Ermittlung der Bemessungsgrundlage** ableiten.

Vertragliche Regelung	Bemessungsgrundlage
Vertrag auf bestimmte Dauer	Jahreswert der Leistung x Vertragsdauer, aber höchstens 18 Jahre + einmalige Leistungen
Vertrag auf unbestimmte Dauer	Jahreswert der Leistung x 3 Jahre + einmalige Leistungen
Kündigungsbeschränkungen	Dauer
Vertrag auf bestimmte Dauer mit (Sonder-) Kündigungsmöglichkeit für einzelne und genau bestimmte Fälle	bestimmt
Vertrag auf bestimmte Dauer mit (Sonder-) Kündigungsmöglichkeit für zwar eingegrenzte, aber weit geregelte Fälle, deren Eintritt auch als wahrscheinlich eingeschätzt werden kann	unbestimmt
Vertrag auf bestimmte Dauer mit schrankenloser (Sonder-) Kündigungsmöglichkeit	unbestimmt
Vertrag auf unbestimmte Dauer mit Kündigungsverzicht einseitig	unbestimmt
Vertrag auf unbestimmte Dauer mit unterschiedlich langem Kündigungsverzicht für jede Partei	bestimmt - Anzahl Jahre, welche beidseitig nicht gekündigt werden kann + zusätzlich unbestimmt
Vertrag auf unbestimmte Dauer mit Kündigungsverzicht aller Parteien in einem bestimmten Zeitraum oder (Sonder-) Kündigungsmöglichkeit für einzelne und genau bestimmte Fälle in festgelegtem Zeitraum	bestimmt
Vertrag auf bestimmte Dauer mit Verlängerung auf unbestimmte Dauer, wenn nicht gekündigt wird	bestimmt + zusätzlich unbestimmt
Vertrag auf bestimmte Dauer mit Verlängerung um jeweils gleiche, aber nicht abgegrenzte bestimmte Dauer, wenn nicht gekündigt wird	bestimmt + zusätzlich unbestimmt
Vertrag auf bestimmte Dauer mit (einmaliger) Verlängerung um bestimmte Dauer, wenn nicht gekündigt wird	bestimmt + zusätzlich bestimmt



## Wer berechnet die Gebühr?

Die Gebühr ist nach dem Gebührengesetz 1957 vom Bestandgeber selbst zu berechnen und mit Fälligkeit 15. des dem Entstehen der Gebührenschuld zweitfolgenden Monats an das Finanzamt zu entrichten.

Auf den Urkunden ist ein Vermerk über die erfolgte Selbstberechnung anzubringen, der den berechneten Gebührenbetrag, das Datum des Tages der Selbstberechnung und die Unterschrift des Bestandgebers enthält.

Der Bundesminister für Finanzen ist durch das Gebührengesetz 1957 berechtigt, und hat mittels Verordnung Ausnahmen von der Verpflichtung zur Selbstberechnung der Gebühr festgelegt für

- atypische oder gemischte Rechtsgeschäfte,
- für Rechtsgeschäfte, bei denen Leistungen von einem erst in Zukunft ermittelbaren Betrag abhängen,
- sowie für Bestandgeber, denen eine persönliche Befreiung von den Gebühren zukommt.

Da die Einnahmen der Gemeinden im vorliegenden Fall meist umsatzabhängig vereinbart werden und somit eine Ausnahme von der Selbstberechnung gegeben ist, soll der zweite Fall näher betrachtet werden:

Nach dem Bewertungsgesetz ist bei Nutzungen oder Leistungen, die in ihrem Betrag ungewiss sind oder schwanken, als Jahreswert der Betrag zugrunde zu legen, der in Zukunft im Durchschnitt der Jahre voraussichtlich erzielt werden wird.

Nach der Bundesabgabenordnung (BAO) kann die Abgabenbehörde die Abgabe vorläufig festsetzen, wenn nach den Ergebnissen des Ermittlungsverfahrens die Abgabepflicht zwar noch ungewiss, aber wahrscheinlich, oder wenn der Umfang der Abgabepflicht noch ungewiss ist. Die Ersetzung eines vorläufigen durch einen anderen vorläufigen Bescheid ist im Fall der teilweisen Beseitigung der Ungewissheit zulässig. Ist die Ungewissheit beseitigt, ist die vorläufige Abgabefestsetzung durch eine endgültige Festsetzung zu ersetzen. Gibt die Beseitigung der Ungewissheit zu einer Berichtigung der vorläufigen Festsetzung keinen Anlass so ist ein Bescheid zu erlassen, der den vorläufigen zum endgültigen Abgabenbescheid erklärt.

Zwar sollen nach einem Erkenntnis des Bundesfinanzgerichts (BFG) gem. Bewertungsgesetz soweit als möglich zukünftige und tatsächlich erzielte Beträge erfasst werden, weshalb die Abgabenbehörde bei der Gebührenbemessung nicht die in der Vergangenheit gelegenen Umsätze zugrunde legen kann, sondern die erst lange nach Abschluss eines Pachtvertrages einsetzenden Umsätze. Die Grundregel bildet nach dieser Entscheidung aber die BAO, das Bewertungsgesetz wird als Ausnahme verstanden. Hat also ein Pachtverhältnis noch nicht begonnen, besteht in diesem Zeitpunkt eine Ungewissheit im Sinne der BAO, welche die Erlassung eines vorläufigen Bescheides erforderlich macht.

In diesem Sinne wird bei Abschluss von z.B. einem Mietvertrag mit umsatzabhängigem Mietentgelt, bei dem im Regelfall der künftige Umsatz nicht geschätzt werden kann, die Gebühr nach dem Gebührengesetz vorläufig festgesetzt und später bei Vorliegen der tatsächlichen Höhe des Mietentgelts die vorläufige Festsetzung durch eine endgültige ersetzt.

## Wer schuldet die Gebühren?

In vielen Bestimmungen des Gebührengesetzes 1957 finden sich - abhängig von der Art des zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts - Regelungen, wer jeweils Gebührenschnldner ist. Die Bestandsverträge enthalten dazu keine Festlegung. Wie oben bereits ausgeführt wird lediglich klargestellt, dass der Bestandgeber für die *Berechnung* der Gebühr selbst zuständig ist und diese fristgerecht entrichtet werden muss. Im Zweifel ist nach dem Gebührengesetz 1957 bei den betreffenden Gebührenschnldnern oder Haftenden eine verhältnismäßige Ent- richtung anzunehmen.

Für die Gebühr haften neben den Gebührenschnldnern die übrigen am Rechtsgeschäft betei- ligten Personen sowie bei nicht ordnungsgemäßer Gebührenanzeige alle sonst zur Gebühren- anzeige verpflichteten Personen.

## Unter welcher Voraussetzung fällt keine Gebühr an?

Nach dem Auslegungsbehelf zum Gebührengesetz 1957 des Bundesministeriums für Finanzen vom 22.2.2007 ist ein schriftliches Vertragsanbot, das durch schlüssige Handlungen ange- nommen wird, keine Urkunde über das zustande gekommene Rechtsgeschäft und löst daher keine Gebührenpflicht aus.

In diesem Fall ist zu beachten, dass *jede Art* von Ersatzbeurkundung zu vermeiden ist (z.B. wie oben ausgeführt mittels Annahmeschreiben oder schriftlicher Annahme eines mündli- chen Angebots).

Bei Beurkundung eines Rechtsgeschäftes in einem Angebot- und einem Annahmeschreiben ist grundsätzlich der Inhalt des Angebotsschreibens maßgeblich: Ein änderndes oder ergän- zendes Annahmeschreiben ist als Gegenoffert zu sehen und löst in Verbindung mit dem ur- sprünglichen Anbot noch keine Gebührenpflicht aus. Eine Gebührenpflicht entsteht erst mit schriftlicher Annahme des Gegenoffertes.

Verträge können grundsätzlich formfrei, also mündlich oder schriftlich, gültig geschlossen werden. Verträge können aber auch schlüssig oder stillschweigend geschlossen werden. Die stillschweigende Handlung darf nach dem ABGB keine Zweifel am Willen der Vertragspar- teien übriglassen. Bei umfangreichen, wichtigen und schwierigen Vertragswerken wird meist freiwillig die Schriftform gewählt (Gedächtnisstütze, Beweisbarkeit, etc.). Mit der Unterfer- tigung eines schriftlichen Vertrags durch beide Vertragsparteien wird der Vertrag gültig ge- schlossen. Das gleiche gilt für die mündliche Einigung der Parteien, die durch den Zugang der beiden korrespondierenden Willenserklärungen erfolgt.



#### Quellen:

Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB), JGS Nr. 1811/946 i.d.F. BGBl I 2018/100 vom 22.12.2018

Gebührengesetz 1957, BGBl. Nr. 1957/267 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 194/1999 i.d.F. BGBl 2018/62 vom 14.08.2018

Bewertungsgesetz 1955, BGBl. Nr. 1955/148 i.d.F. BGBl I 2016/77 vom 01.08.2016

*Fellner, Karl-Werner*, Die Stempel- und Rechtsgebühren gemäß dem Gebührengesetz 1957, in der geltenden Fassung mit Erläuterungen und einer Übersicht der Rechtsprechung<sup>10</sup>, 2016

Auslegungsbehelf zum Gebührengesetz 1957 des Bundesministeriums für Finanzen vom 22.2.2007, <https://findok.bmf.gv.at/findok?execution=e1s1>, Stand Apr. 2019

Verordnung des Bundesministers für Finanzen, BGBl. II Nr. 241/1999, <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10005153>, Stand Apr. 2019

Entscheidung Verwaltungsgerichtshof (VwGH), 2008/16/0094, 11.03.2010  
(entgeltliche Überlassung eines Nutzungsrechts an Glasfasern stellt Essentialia eines Bestandsvertrags nach § 33 TP 5 Gebührengesetz 1957 dar)

Entscheidung Verwaltungsgerichtshof (VwGH), Ra 2017/16/0111, 19.09.2017

Entscheidung Verwaltungsgerichtshof (VwGH), Ra 2015/16/0072, 09.09.2015

Entscheidung Verwaltungsgerichtshof (VwGH), 2011/16/0169, 16.10.2014

Entscheidung Verwaltungsgerichtshof (VwGH), 99/16/0017, 27.01.2000

Entscheidung Verwaltungsgerichtshof (VwGH), 98/16/0176, 28.09.1998

Entscheidung Verwaltungsgerichtshof (VwGH), 91/15/0040, 29.06.1992

Erkenntnis Bundesfinanzgericht (BFG), RV/7101940/2011, 2014

*Zivilrecht online*, [https://www.uibk.ac.at/zivilrecht/buch/kap5\\_0.xml?section=2;section-view=true](https://www.uibk.ac.at/zivilrecht/buch/kap5_0.xml?section=2;section-view=true), Stand Apr. 2019