

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin Mag. Cornelia Pretis-Pösinger in der Beschwerdesache ***Bf1***, ***Bf1-Adr***, vertreten durch Dorda Brugger Jordis Rechtsanwälte GmbH, Mag. Klaus Pfeiffer Bakk.LL.M., Universitätsring 10, 1010 Wien, über die Beschwerde vom 25. Februar 2016 gegen den Bescheid des Finanzamtes für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel (nunmehr Finanzamt Österreich) vom 20. Jänner 2016, ErfNr. ***1*** betreffend Gebühren 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

I. Verfahrensgang

Anmerkung: Bestandgeber/Bestandgeberin bzw. Bestandnehmer/Bestandnehmerin werden im ggst. Erkenntnis synonym verwendet

Gebührenanzeige

Am 16.11.2015 wurde dem Finanzamt für Gebühren, Verkehrssteuern und Glücksspiel (kurz FAG) ein am 28.10.2015 zwischen der ***2*** als Bestandgeber(in) und der ***Bf1***, als Bestandnehmer(in) und Beschwerdeführerin (Bf.) über das Geschäftslokal mit der Top Nr***3*** (Ausmaß 2.009,02 m²) und das Lager ***4*** (Ausmaß 292 m²) im Einkaufs- und Freizeitzentrum „***5***“ abgeschlossener Bestandvertrag angezeigt, der beim FA unter ErfNr. ***1*** erfasst wurde. In dem Schreiben wurde daraufhin gewiesen, dass es sich bei dem gegenständlichen Vertrag um ein kompliziertes Rechtsgeschäft handle, dessen Vergebührung erst im Verordnungsweg geregelt werde.

Vorläufiger Gebührenbescheid

Mit Bescheid vom 20.01.2016 setzte das FAG für den gegenständlichen Bestandvertrag gemäß [§ 200 Abs. 1 BAO](#) iVm [§ 33 TP 5 Abs. 1 Z 1 GebG](#) 1957 vorläufig eine Gebühr ausgehend von einer Bemessungsgrundlage von € 10.487.128,68 € mit € 104.871,29 gegenüber der Bf. fest. Das FA begründete dies wie folgt:

„Da nach dem Ergebnis des Ermittlungsverfahrens der Umfang der Abgabepflicht noch ungewiss ist, erfolgt die Vorschreibung vorläufig.

Die vom Optionsrecht umfassten Verlängerungszeiten waren bei der Vertragsdauer zu berücksichtigen.

Bemessungsgrundlage: monatliche Mindestpacht zuzüglich 20 % USt x jeweiliger Dauer lt. Vertrag + Betriebskosten zuzüglich 20 % USt x 180 Monate (insgesamte Dauer) + Werbekosten zuzüglich 20 % USt lt. Vertrag x 180 Monate (insgesamte Dauer). Der endgültige Bescheid ergeht nach Bekanntgabe des tatsächlichen Bestandszinses.

Beschwerde

Die Bf. erhob mit Schriftsatz vom 25.02.2016 (Eingang FAG: 29.02.2016) Beschwerde und führte aus: Das FAG sei bei der Berechnung der Gebühr für das Lokal-Top Nr. ***3*** im ***5*** von einer unrichtigen Bemessungsgrundlage, nämlich vom 15-fachen Jahreswert der monatlichen Mindestpacht, der monatlichen Betriebskosten und monatlichen Werbekosten jeweils unter Berücksichtigung der Umsatzsteuer, ausgegangen. Unrichtigerweise sei dem Bescheid eine Bemessungsgrundlage zugrunde gelegt worden, die gemäß [§ 33 TP 5 Abs. 3 GebG](#) auf Bestandverträge mit bestimmter Dauer anzuwenden sei. Richtigerweise handle es sich bei dem Bestandvertrag gebührenrechtlich um einen Bestandvertrag mit unbestimmter Dauer. Daher sei der Bestandvertrag lediglich mit dem Dreifachen des Jahreswertes zu bewerten und zu vergebühren.

Unter Punkt 1. Sachverhalt führt die Bf. aus:

Die Beschwerdeführerin ist Bestandnehmerin des Lokal-Top Nr. ***3*** im ***5***, ***10***. Der betroffene Bestandvertrag wurde mit der Bestandgeberin (***2***, ***7***) abgeschlossen und weist folgende gebührenrechtlich relevante Vertragspassage auf (Weitergaberecht):

„Die **Bestandnehmer(in) ist jedoch berechtigt, den Bestandgegenstand zur Gänze oder zum Teil**, entgeltlich oder unentgeltlich an verbundene Unternehmen im Sinne des [§ 229 UGB](#) oder [§ 15 AktG](#) **ohne gesonderte Zustimmung des Bestandgebers** zu vermieten bzw. sonst zur Nutzung zu überlassen oder **den Vertrag weiterzugeben**; dies auch mehrfach.“

Die Bf. legte unter Punkt 2. den Unterschied zwischen auf bestimmte und unbestimmte Dauer abgeschlossene Bestandverträge dar; ersterer liege vor, wenn die Parteien einen Endtermin festgesetzt hätten und eine ordentliche Kündigung – außer bei Vorliegen eines wichtigen Grundes – während der vereinbarten Dauer nicht möglich sei. Würde kein Endtermin vereinbart, liege ein Vertrag auf unbestimmte Dauer vor. Dieser könne, sofern nichts anderes

vereinbart sei oder Kündigungsbeschränkungen (MRG) vorliegen, durch ordentliche Kündigung beendet werden ([§ 1116 ABGB](#), [§ 560 ZPO](#)).

Nach ständiger verwaltungsgerichtlicher Judikatur bestehe das Unterscheidungsmerkmal zwischen auf bestimmte Zeit und auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Bestandverträge darin, ob nach dem erklärten Vertragswillen beide Vertragsteile durch eine bestimmte Zeit an den Vertrag gebunden sein sollen oder nicht. Bei der gebührenrechtlichen Beurteilung der Frage, ob ein Vertrag auf unbestimmte Dauer oder ein Vertrag auf bestimmte Dauer vorliege, sei (unter anderem) darauf abzustellen ob eine ordentliche Kündigungsmöglichkeit oder Weitergabe- bzw. Präsentationsrechte vorliege.

Ein Vertrag auf unbestimmte Zeit liege demnach dann vor, wenn ein **Bestandvertrag ein Weitergaberecht vorsehe, das es einer Vertragspartei ermögliche, die ihr vertraglich eingeräumten Rechte auf einen Dritten zu übertragen.**

Wörtlich führte die Bf. weiters aus:

„Wie oben bereits angeführt, berechtigt Punkt 13 des gegenständlichen Vertrags den Bestandnehmer, den Bestandgegenstand zur Gänze oder zum Teil, entgeltlich oder unentgeltlich an verbundene Unternehmen ohne gesonderte Zustimmung des Bestandgebers zu vermieten bzw. sonst zur Nutzung zu überlassen oder den Vertrag weiterzugeben.

Schon in der Entscheidung vom 17.09.1990, ZI 90/15/0034 führte der Verwaltungsgerichtshof aus, dass der Mieter es bei einem (dort genannten) Präsentationsrecht in der Hand habe, jederzeit auch während der bestimmten Dauer eine Auflösung des Bestandverhältnisses zu bewirken. Gerade ökonomisch denkende Unternehmen vereinbaren demnach Weitergaberechte, um im Wege der Ausübung derselben jederzeit den sich laufenden ändernden ökonomischen Verhältnissen Rechnung tragen zu können. Wegen der Freiheit des Mieters zur Vertragsbeendigung sei insgesamt eine unbestimmte Vertragsdauer anzunehmen.

Bestätigt wurde dies sodann mit Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes vom 27.01.2000, ZI 99/16/0017. Hier war die Pächterin berechtigt, die ihr eingeräumten Rechte an andere, zumindest mehrheitlich im Eigentum der Pächterin stehende Gesellschaften weiterzugeben. Durch diese Bestimmung, so der VwGH, wurde die Pächterin in die Lage versetzt, den Pachtvertrag aufzulösen; durch diese Bestimmung sei "ein derartiges Maß an Ungewissheit hinsichtlich der Vertragsdauer erreicht, dass von Anfang an von einer unbestimmten Dauer des Vertragsverhältnisses auszugehen" war.

Auch im hier gegenständlichen Fall ist die Beschwerdeführerin berechtigt, "**ohne gesonderte Zustimmung des Bestandgebers....den Vertrag weiterzugeben**", und ist sie daher in der Lage, den Bestandvertrag jederzeit aufzulösen, weshalb auch hier von einem Vertragsverhältnis auf unbestimmte Dauer auszugehen ist.

Die Beschwerdeführerin erachtet sich aufgrund der Ausführung oben in ihrem Recht "auf Vorschreibung der Gebühr gemäß [§ 33 TP 5 Abs 3 GebG](#) vom dreifachen Jahreswert" verletzt und beantragt den Gebührenbescheid in folgenderweise abzuändern :

Als Bemessungsgrundlage ist statt dem 15-fachen Jahreswert der dreifache Jahreswert der monatlichen Mindestpacht, der monatlichen Betriebskosten (Bewirtschaftungskosten) sowie der monatlichen Werbekosten, jeweils unter Berücksichtigung der jeweiligen Umsatzsteuer, heranzuziehen:

Monatliche Mindestpacht:	EUR 36.816,32 (zzgl USt)
Monatliche Betriebskosten:	EUR 9.894,39 (zzgl USt)
Monatliche Werbekosten	EUR 2.301,02 (zzgl USt)
Dreifacher Jahreswert:	EUR 2.117.306,73
Festgesetzte (vorläufige) Gebühr:	<u>EUR 21.173,07</u>

Mit **Beschwerdevorentscheidung vom 15.06.2016** wurde die Beschwerde als unbegründet abgewiesen. Das FAG begründete die Entscheidung wie folgt:

„Im gegenständlichen Fall ist die Bestandnehmerin durch Teil II Allgemeiner Teil § 13 Weitergabe und Rechtsnachfolge Ziffer 1 erster Absatz des Vertrages nur mit Zustimmung der Bestandgeberin der Weitergabe oder Zurverfügungstellung des Bestandgegenstandes berechtigt. Dadurch wird die Bestandnehmerin nicht in die Lage versetzt, den Bestandvertrag schrankenlos aufzulösen. Ebenso wenig ist durch den zweiten Absatz - Weitergabe an verbundene Unternehmen in Sinne des § 229 UGB oder § 15 AktG ohne gesonderte Zustimmung der Bestandgeberin - nicht die Berechtigung zu einer vorzeitigen Vertragsauflösung gegeben. Aus der gesamten Vertragsgestaltung leuchtet hervor, dass sich beide Vertragspartner für einen Zeitraum von zunächst 5 Jahren binden wollten. Die der Bestandgeberin eingeräumte Option, durch einseitige Erklärung das Bestandverhältnis zweimal um jeweils weitere 5 Jahre verlängern zu können, zeigt, dass sich die Bestandgeberin insgesamt für einen Zeitraum von 15 Jahren gebunden hat und wäre diese Option bei uneingeschränkter Kündigungsmöglichkeit inhaltsleer. Mit der Übertragung der Rechte und Pflichten aus dem Vertrag auf Dritte werden alle eingegangenen Verpflichtungen überwunden und bleibt die vertragliche Bindung für die restliche Dauer bestehen. Die gegenständlichen Vertragsbestimmungen verleihen dem Bestandvertrag nicht ein derartiges Maß an Ungewissheit hinsichtlich seiner Dauer, dass er gebührenrechtlich als auf unbestimmte Dauer abgeschlossen zu qualifizieren ist. Die Bescheidbeschwerde war daher als unbegründet abzuweisen.“

Die Bf. beantragte die Vorlage der Beschwerde an das Bundesfinanzgericht mit Schriftsatz vom 06.07.2016. Gleichzeitig stellte sie die Anträge auf Entscheidung durch den Senat ([§ 272 Abs. 2 Z 1 lit. b BAO](#)) und Abhaltung einer mündlichen Verhandlung (§ 274 Abs.1 BAO).

Das FAG legte die Beschwerde mit Vorlagebericht vom 11.11.2016 dem Bundesfinanzgericht zur Entscheidung vor.

Mit 15.07.2020 wurde die Rechtssache der Gerichtabteilung 3022 abgenommen und der Gerichtabteilung 5011 zugeteilt.

Mit Schreiben vom 18.12.2020, ergänzt durch Schreiben vom 21.12.2020, teilte die Bf. mit, dass die Anträge auf mündliche Verhandlung vor dem Senat zurückgenommen werden.

II. Das Bundesfinanzgericht hat erwogen:

1. Sachverhalt

Am 28.10.2015 schlossen die Bestandgeberin und die Bf. als Bestandnehmerin einen Bestandvertrag über das Lokal mit der Top Nr. ***3** des ***5*** im Ausmaß von 2.009,02 m² und über das Lager mit der Bezeichnung ***4*** des ***5*** im Ausmaß von 292 m².

Über den Bestandvertrag wurde eine von beiden Vertragsparteien unterzeichnete Urkunde errichtet. Der in deutscher und englischer Sprache errichtete Vertragstext entspricht den Willenserklärungen der Vertragsparteien bei Vertragsabschluss.

Die über den Bestandvertrag errichtete Urkunde hat auszugsweise folgenden Inhalt:

„...“

Teil I Grundlagen

.....

C. Bestandzweck

*Als Bestandzweck der Fläche wird der zum Betrieb eines Fachgeschäftes zum vertraglich vereinbarten Zweck, nämlich zum Verkauf von jenen Sortimenten, wie sie üblicherweise von ***8*** vertrieben werden, wie insbesondere: Textilien und Accessoires, Geschenke, Toilettenartikel, Schmuck, Parfums und andere Körperpflegeprodukte, Kosmetika, Reiseartikel (Koffer) Unterbekleidung, Sonnenbrillen, Möbel und Wohnaccessoires, Spielzeug, Unterhaltungselektronikgeräte etc., sowie ein Café als Zusatzraum ...*

D. Bestandzeit

1.

Das Vertragsverhältnis beginnt mit dem Tag der Übergabe (lt. Übergabeprotokoll), welche frühestens am 30.11.2015 stattfindet, und wird **befristet abgeschlossen**, sodass **das Vertragsverhältnis jedenfalls am 30.11.2020 endet**.

Während dieser bestimmten Dauer kann das Vertragsverhältnis nicht ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes gekündigt werden und endet es zum genannten Termin, ohne dass es einer gesonderten Aufkündigung seitens der Vertragsparteien bedarf.

...

2.

Der Bestandgeber räumt dem Bestandnehmer das Recht („**Option**“) ein, das Bestandverhältnis **2mal zu je 5 Jahren** zu den jeweils am Ende der Vorperiode geltenden Konditionen zu verlängern. Das Bestandverhältnis verlängert sich automatisch um je 5 Jahre, (sofern) der Bestandnehmer hat hierzu jeweils **spätestens 9 Monate vor Ende** des jeweils befristeten Bestandverhältnisses den Bestandgeber **mittels eingeschriebenen Briefs zu informieren**, ob er eine Verlängerung um weitere 5 Jahre (zweimalig) herbeiführen, somit die Option ziehen will.

Durch die Ziehung einer solchen (zweimaligen) Option verlängert sich das bestehende Bestandverhältnis jeweils auf bestimmte Dauer von weiteren 5 Jahren, mit deren Ablauf das Bestandverhältnis wieder endet, ohne dass es einer gesonderten Aufkündigung einer der Parteien bedarf. Das Bestandverhältnis endet – vorausgesetzt der gültigen Inanspruchnahme beider Optionen – daher jedenfalls am **30.11.2030**.

Verabsäumt der Bestandnehmer den Stichtag von spätestens 9 Monaten vor Ablauf des Bestandverhältnisses zur Ziehung der Verlängerungsoption, endet das Bestandverhältnis mit Ablauf der aktuellen Dauer automatisch, ohne dass es einer gesonderten Aufkündigung einer der beiden Vertragsparteien bedarf.

3.

Die Möglichkeit zur vorzeitigen Vertragsauflösung aus wichtigem Grund gemäß §§ 1117 ABGB und § 15 dieses Vertrages bleibt von der Befristung unberührt.

4.

Der Bestandgeber verzichtet ausdrücklich im Vorhinein auf ein ihr allenfalls bei Veräußerung zustehendes Recht zur vorzeitigen Beendigung des Mietvertrages, insbesondere gemäß [§ 1120 ABGB](#) und hat diese Verpflichtung auf allfällige Rechtsnachfolger zu überbinden.

5.

Die **Verpflichtung zur Bezahlung des Bestandzinses beginnt** mit Shoperöffnung und endet jedenfalls mit **30.11.2020**. Der Bestandgeber wird eine Dauerrechnung ausstellen.

Die Verpflichtung zur Bezahlung der Betriebs- und Bewirtschaftungskosten (gem. Teil II, § 4 Pkt. 2. dieses Vertrages) beginnt mit der Shop-Übergabe und endet jedenfalls mit **Ablauf von 5 Jahren (sofern die Verlängerungsoptionen nicht ausgeübt werden)**.

E. Entgelt

1.

Das vom Bestandnehmer an den Bestandgeber zu entrichtende Entgelt besteht aus dem Hauptbestandzins, den Bewirtschaftungskosten sowie den Werbekosten und Centermanagement-Kosten.

2.

Zusätzlich ist die jeweils geltenden gesetzliche Mehrwertsteuer zu bezahlen.

3. Hauptbestandzins

a) Als Hauptbestandzins für die in Bestand genommene Geschäftsfläche wird ein umsatzbezogener Bestandzins (kurz: Umsatzbestandzins) vereinbart. Dieser Umsatzbestandzins errechnet sich aus der Heranziehung aller Nettoumsätze (exklusiv Mehrwertsteuer), die in der vertragsgegenständlichen Geschäftsfläche vom Bestandnehmer getätigt werden, abzüglich Kundenskonti, Retouren und Personalrabatte.

Klarstellend.....

Die folgenden Posten werden vom Umsatz (Bemessungsgrundlage) abgezogen:...

....

...

Als Mindest-Nettobestandzins wird für die Gesamtfläche – für das 1. Jahr ab Eröffnung – ein Betrag in der Höhe von monatlich netto **€ 14,00 (i.W. Euro vierzehn)** pro m², insgesamt daher netto **€ 32.214,28 (i.W. Euro zweiunddreißigtausend zweihunderhundertfünfzehn Komma vierzig Euro)** vereinbart.

Als Mindest-Nettobestandzins wird für das zweite Jahr nach der Eröffnung ein Betrag in der Höhe von monatlich netto **€ 15,00 (i.W. Euro: fünfzehn)** pro m², insgesamt daher netto **€ 34.515,30 (i.W. vierunddreißigtausend fünfhundertfünfzehn Komma dreißig Euro)** vereinbart.

Als Mindest-Nettobestandzins wird für das dritte Jahr nach der Eröffnung und die restliche Dauer des Bestandverhältnisses ein Betrag in der Höhe von monatlich netto **€ 16,00 (i.W. Euro sechzehn)** pro m², insgesamt daher netto **€ 36.816,32 (i.W. sechsunddreißigtausendachthundertsiebzehn (gemeint wohl: sechzehn) Komma zweiunddreißig)** vereinbart.

Sofern weniger als 75 % der vermietbaren Flächen des gesamten Einkaufszentrums oder weniger als 75 % der Mietobjekte nach der Eröffnung des gesamten Einkaufszentrums im März 2016 vermietet sind oder genutzt werden, mindert sich der Bestandszins (Umsatz- oder Mindestbestandszins) um 50 % für die Dauer des Vorliegens dieser Umstände.

Der Bestandnehmer ist berechtigt – solange die Beeinträchtigung andauert – nach seiner Wahl, entweder das Bestandverhältnis aufzukündigen oder eine Bestandszinsminderung von 50 % zu erhalten, wenn über einen Zeitraum von mindestens 3 (drei) Monaten nach Eröffnung des gesamten Einkaufszentrums im März 2016 weniger als 50 % der vermietbaren Flächen des gesamten Einkaufszentrums oder weniger als 50 % der Mietobjekte des gesamten Einkaufszentrums vermietet sind oder genutzt werden.

F. Kautio

*Der Bestandnehmer ist verpflichtet spätestens bei Übergabe für alle Zahlungsverpflichtungen aus diesem oder aufgrund dieses Bestandsvertrages (auch Schadenersatz-, Gewährleistungs-, Bereicherungs- oder sonstige Ansprüche) eine unwiderrufliche und abstrakte Bankgarantie eines österreichischen Kreditinstitutes gemäß Beilage in Höhe von **drei Bruttomonatsentgelten**, somit **€ 176.446,81** an den Bestandgeber zu übergeben....*

G. Werbekosten

Einen weiteren Teil des Entgelts iSd Teil II, § 4 dieses Vertrages stellen die vom Bestandnehmer zu entrichtenden Werbekosten dar. Zur Erreichung der in der Präambel näher bezeichneten Ziele sind auch Werbemaßnahmen verschiedener Art, wie beispielsweise Dachflächenwerbung, Verkaufsförderungsmaßnahmen, Dekorationen, Werbeeinschaltungen in Printmedien und Ähnliches jeweils bezogen auf das gesamte Einkaufszentrum in einem der Größe und dem Einzugsbereich des Einkaufszentrums entsprechenden Art und Ausmaß erforderlich. Die Durchführung derartiger Werbemaßnahmen wird vom Bestandgeber organisiert und besteht ein wesentliches Interesse des Bestandgebers an deren Durchführung.

*Der Bestandnehmer verpflichtet sich monatlich einen Betrag von **€ 1,00 (i.W. Euro eins)** am Quadratmeter als Werbekosten an den Bestandgeber auf ein von Letzterem schriftlich zu bekanntzugebendes Konto zu bezahlen (wertgesichert gem. Teil II, § 4 Pkt. 1.). Die Regelung in Teil II, § 4 dieses Vertrages gilt für die Bezahlung der Werbekosten (insbesondere hinsichtlich Fälligkeit und Verzugsfolgen) im Übrigen sinngemäß.*

Teil II

ALLGEMEINER TEIL

....

§ 3 ad Übergabe (= Übernahme) des Bestandgegenstandes:

1.

*Für die frühest mögliche Übergabe des Bestandgegenstandes an den Bestandnehmer wird der **30.11.2015** vereinbart.*

.....

§ 4 ad Entgelt:

1.....

2. Bewirtschaftungskosten

2.1.

Festgehalten wird, dass sämtliche Teile des Einkaufszentrums samt den diesen angeschlossenen Anlagen ein einheitliches Objekt darstellen und auch etwaige zukünftige Erweiterungen in dieses einheitliche Objekt einbezogen werden.

..

2.2.

Neben der Bezahlung des Hauptbestandszinses ist der Bestandnehmer somit auch verpflichtet, alle mit den gegenständlichen, in Bestand genommenen Räumen und Flächen zusammenhängenden Betriebskosten und Aufwendungen und sonstige Bewirtschaftungskosten sowie alle mit dem Betrieb des Gebäudes und der dazugehörigen Flächen und Einrichtungen notwendigen Ausgaben (alles zusammen genannt: Bewirtschaftungskosten) anteilig zu tragen. Unter diesen Bewirtschaftungskosten werden vor allem folgende Kosten verstanden:

2.2.1. Sämtliche die Liegenschaft betreffenden Steuern und öffentlichen Abgaben, die aufgrund des Eigentums an der Liegenschaft kraft Gesetz, Verordnung oder behördlicher Verfügung an den Bestandgeber zur Vorschreibung gelangen.

2.2.2. Neben den in den [§§ 21](#) und [24 MRG](#) genannten Positionen an Betriebskosten auch die Ausgaben für die Abwasserentsorgung (Kanalisationsgebühren), die Kosten für Licht- und Kraftstrom, Be- und Entwässerung, die Straßenreinigung, die Kosten angemessener Versicherungen („all risk“), wie beispielsweise gesetzliche Haftpflicht-, Brand-, Sturm-, Feuer- und

2.2.3.

2.2.4. Kosten für Heizung und Klimatisierung. Die Heizungs- und Klimatisierungskosten umfassen die Kosten insbesondere für Brennstoff, Anfahrt und Zulieferung, elektrische Energie,...

....

2.8.

*Der Bestandnehmer verpflichtet sich, **für die Bewirtschaftungskosten** (ohne die direkt abzuschließenden Anschlussverträge) **monatlich einen Betrag in Höhe von insgesamt € 4,30/m² (i.W.: Euro: vierkommadreißig)** am Quadratmeter zzgl. gesetzl. USt zu bezahlen. Die Bewirtschaftungskosten sind mit diesem Betrag gedeckelt und werden jährlich um maximal 3 % angehoben. Ein darüberhinausgehender Betrag steht dem Bestandgeber nicht zu.*

...

§ 5 Fälligkeit & Verzugsfolgen

1.

Der Mindest-Bestandzins und die Bewirtschaftungskostenvorauszahlung (Akonto) inkl. USt sind monatlich im Voraus am 5. eines jeden Monats mit fünftägigem Respiro auf dem Bestandgeberkonto eingehend an den Bestandgeber auf das von diesem zuletzt schriftlich benannte Konto abzugs- und spesenfrei einzubezahlen. Für die Rechtzeitigkeit der Zahlung ist der Eingang am Konto maßgebend.

Aus den Umsatz-Abrechnungen resultierende, den Mindest-Bestandzins übersteigende, Beträge werden monatlich samt Umsatzsteuer in Rechnung gestellt. Innerhalb von 14 Tagen ab Zustellung der Vorschreibung sind diese Beträge abzugs- und spesenfrei zu Zahlung auf dasselbe Konto fällig.

§ 6 Ergänzende Bestimmungen zur Umsatzbestandszins

1.

Der Bestandgeber hat das Recht, die Umsatzzahlen zu kontrollieren und auf eigene Kosten einen vereidigten Wirtschaftsprüfer zu benennen, dem Einsicht in die Bücher zu gewähren ist,.....

2.

Wird der Umsatz nach wiederholter Aufforderung und angemessener Nachfristsetzung nicht gemeldet, wird vom Durchschnitt der für die letzten sechs Monate genannten Umsatzzahlen unter Zugrundelegung einer der Geldentwertung entsprechenden Erhöhung desselben ausgegangen..

...

4.

Der Bestandgeber oder ein von ihm hierzu bestellter Wirtschaftstreuhänder ist berechtigt, gegen eine mindestens drei Werktage vorausgehende Ankündigung eine Prüfung der Umsatzmeldungen und deren Grundlagen an der Geschäftsanschrift des Bestandnehmers (in Österreich) vorzunehmen.

§ 7 Betrieb

1.1....

2.1. Die Nutzung des Bestandgegenstandes zu anderen als im Teil I, Pkt C festgehaltenen Zwecken ist dem Bestandnehmer untersagt. Eine widmungswidrige Verwendung bildet einen wichtigen Grund zur Aufkündigung dieses Vertrages nach § 13 Z 2 dieses Vertrages.

...

§ 13 Weitergabe und Rechtsnachfolge

1.

Die entgeltliche oder unentgeltliche Weitergabe oder Zurverfügungstellung des gesamten Bestandsgegenstandes oder eines Teiles davon ohne Zustimmung des Bestandgebers ist untersagt.

Der Bestandnehmer ist jedoch berechtigt, den Bestandsgegenstand zur Gänze oder zum Teil, entgeltlich oder unentgeltlich an verbundene Unternehmen im Sinne des § 229 UGB oder § 15 AktG ohne gesonderte Zustimmung des Bestandgebers zu vermieten bzw. sonst zur Nutzung zu überlassen oder den Vertrag weiterzugeben; dies auch mehrfach.

2.

Der Bestandnehmer hat darüber hinaus das Recht, ohne Genehmigung des Bestandgebers den Bestandsgegenstand teilweise Konzessionären oder Franchise-Nehmern zu überlassen, jedoch dürfen die den Konzessionären und/oder Franchise-Nehmern überlassenen Anteile insgesamt 10 % der Bruttoinnenfläche des Bestandsgegenstandes nicht übersteigen und muss der Bestandsgegenstand wie eine Einheit aussehen und wie eine solche betrieben werden.

§ 15 Aufkündigung aus wichtigem Grund

Unbeschadet der eingegangenen Vertragsdauer kann der Bestandgeber ohne Rücksicht auf gesetzliche Termine oder Fristen den Vertrag aus wichtigem Grund aufkündigen, vorausgesetzt der Vermieter setzt eine angemessene, mindestens 14-tägige Nachfrist, insbesondere wenn der Bestandnehmer

1.

mit Entgeltzahlungen in der Höhe von einem Monatskonto, mit dem Werbekostenbeitrag oder einer Nachzahlung an Betriebswirtschaftskosten iSd § 4 Pkt. 2.8. mehr als 14 Tage im Verzug ist und trotz schriftlicher Mahnung unter Androhung der Vertragsauflösung und Setzung einer 8-tägigen Nachfrist den rückständigen Betrag nicht bezahlt;

2.

seinen Bestandsgegenstand vertrags- oder widmungswidrig gebraucht oder den Bestandsgegenstand einem Dritten unbefugt überlässt, diesen oder gemeinsame Teile der Anlagen nachteilig nützt und trotz Setzung einer mindestens vierzehntägigen Nachfrist die Zuwiderhandlung fortsetzt oder später wiederholt;

3.

entgegen § 1 Pkt 3.1. ohne Zustimmung des Bestandgebers genehmungspflichtige bauliche Veränderungen vornimmt;

4.

sich trotz Mahnungen neuerlich rücksichtslos oder sonst grob ungehörig gegenüber dem

*Bestandgeber, dessen Vertretern oder anderen Bestandnehmern des ***5*** verhält; ferner bei erheblich nachteiligem Gebrauch des Bestandgegenstandes im Sinne des [§ 1118 ABGB](#);*

5.

rechtskräftige behördliche Auflagen oder gesetzliche Bestimmungen in seinem Einflussbereich nicht erfüllt und die erforderlichen Maßnahmen trotz Aufforderung und Setzung einer Nachfrist nicht setzt;

8.

seiner Betriebspflicht nicht nachkommt, insbesondere die in Bestand genommenen Räumlichkeiten während der Vertragsdauer schließt. Der Bestandnehmer verpflichtet sich, bei Urlaub oder sonstiger Verhinderung durch entsprechende Vorkehrungen dafür Sorge zu tragen, dass der Bestandgegenstand geöffnet bleibt und damit die Versorgung gewährleistet ist. Kurzfristige Schließungen wegen Erstellung der Inventur oder Vornahme von Adaptierungsarbeiten bis zu drei Arbeitstagen sind davon ausgenommen;

9.

die im § 12 Pkt. 1 dieses Vertrages genannten Rechtsgeschäfte ohne Zustimmung des Bestandnehmers (gemeint wohl: Bestandgebers) abschließt;

11.

....

§ 21 Allgemeine Bestimmungen

1. Vertragsgebühr:

Aufgrund der Vereinbarung eines umsatzbezogenen Bestandzinses, erfolgt die Ermittlung der Vertragsgebühr durch das zuständige Finanzamt.

Grundsätzlich gilt als Bemessungsgrundlage die Summe aller einmaligen und regelmäßig wiederkehrenden Leistungen des Bestandnehmers auf die Dauer des Bestandverhältnisses, wovon 1 % als Gebühr abzuführen ist.

Alle mit der Errichtung und Beurkundung dieses Vertrages verbundenen Steuern und Gebühren trägt der Bestandnehmer allein. Die Vergebührung wird vom Bestandgeber veranlasst

2. Beweiswürdigung

Beweisaufnahme:

Vom BFG wurde Beweis durch Einsicht in die vom FAG elektronisch vorgelegten Teile des Bemessungsaktes ErfNr. ***1*** sowie Recherche in den Rechtsdatenbanken und Internet (www***5***) erhoben.

3. Rechtliche Beurteilung

3.1. Zu Spruchpunkt I. (Abweisung)

Rechtslage und Erwägungen:

Gemäß [§ 17 Abs. 1 GebG](#) ist für die Festsetzung der Gebühren der Inhalt der über das Rechtsgeschäft errichteten Schrift (Urkunde) maßgebend. Zum Urkundeninhalt zählt auch der Inhalt von Schriften, der durch Bezugnahme zum rechtsgeschäftlichen Inhalt gemacht wird.

Wenn aus der Urkunde die Art oder Beschaffenheit eines Rechtsgeschäftes oder andere für die Festsetzung der Gebühren bedeutsame Umstände nicht deutlich zu entnehmen sind, so wird gemäß [§ 17 Abs. 2 GebG](#) bis zum Gegenbeweis der Tatbestand vermutet, der die Gebührenschuld begründet oder die höhere Gebühr zur Folge hat.

Gemäß § 17 Abs.4 GebG ist es auf die Entstehung der Gebührenschuld ohne Einfluss, ob die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäftes von einer Bedingung oder von der Genehmigung eines der Beteiligten abhängt.

Gemäß [§ 17 Abs. 5 GebG](#) 1957 heben weder die Aufhebung des Rechtsgeschäftes noch das Unterbleiben seiner Ausführung die entstandene Gebührenschuld auf.

Gemäß [§ 26 GebG](#) 1957 gelten für die Bewertung der gebührenpflichtigen Gegenstände, insoweit nicht in den Tarifbestimmungen abweichende Bestimmungen getroffen sind, die Vorschriften des Bewertungsgesetzes 1955, BGBl. Nr. 148, mit der Maßgabe, dass bedingte Leistungen und Lasten als unbedingte, betagte Leistungen und Lasten als sofort fällige zu behandeln sind und dass bei wiederkehrenden Leistungen die Anwendung der Bestimmungen des § 15 Abs. 1 über den Abzug der Zwischenzinsen unter Berücksichtigung von Zinseszinsen und des § 16 Abs. 3 des vorerwähnten Gesetzes ausgeschlossen ist.

Gemäß [§ 33 TP 5 Z. 1 GebG](#) 1957 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 von 1 v.H. nach dem Wert.

Gemäß [§ 33 TP 5 Abs. 3 GebG](#) sind bei unbestimmter Vertragsdauer die wiederkehrenden Leistungen mit dem Dreifachen des Jahreswertes zu bewerten, bei bestimmter Vertragsdauer mit dem dieser Vertragsdauer entsprechend vervielfachten Jahreswert, höchstens jedoch dem Achtzehnfachen des Jahreswertes. Ist die Vertragsdauer bestimmt, aber der Vorbehalt des Rechtes einer früheren Aufkündigung gemacht, so bleibt dieser Vorbehalt für die Gebührenermittlung außer Betracht.

§ 1113 Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, ABGB lautet:

Der Bestandvertrag erlischt auch durch den Verlauf der Zeit, welcher ausdrücklich oder stillschweigend, entweder durch den nach einem gewissen Zeitraume ausgemessenen Zins, wie bei sogenannten Tag-, Wochen- und Monatszimmern, oder durch die erklärte oder aus den Umständen hervorleuchtende Absicht des Bestandnehmers bedungen.

[§ 1117 ABGB](#) lautet:

Der Bestandnehmer ist berechtigt, auch vor Verlauf der bedungenen Zeit von dem Vertrag ohne Kündigung abzustehen, wenn das Bestandstück in einem Zustand übergeben oder ohne seine Schuld in einem Zustand geraten ist, der es zu dem bedungenen Gebrauch untauglich macht, oder wenn ein beträchtlicher Teil durch Zufall auf eine längere Zeit entzogen oder unbrauchbar wird. Aus dem Grunde der Gesundheitsschädlichkeit gemieteter Wohnräume steht dieses Recht dem Mieter auch dann zu, wenn er im Verträge darauf verzichtet oder die Beschaffenheit der Räume beim Vertragsabschluss gekannt hat.

[§ 1118 ABGB](#) lautet:

Der Bestandgeber kann seinerseits die frühere Aufhebung des Vertrages fordern, wenn der Bestandnehmer der Sache einen erheblichen nachteiligen Gebrauch davon macht; wenn er nach geschieder Einmahnung mit der Bezahlung des Zinses dergestalt säumig ist, dass er mit Ablauf des Termins den rückständigen Bestandzins nicht vollständig entrichtet hat; oder, wenn ein vermietetes Gebäude neu aufgeführt werden muss. Eine nützlichere Bauführung ist der Mieter zu seinem Nachteile zuzulassen nicht schuldig, wohl aber notwendige Ausbesserungen.

Im Beschwerdefall ist unstrittig, dass es sich um einen Bestandvertrag iSd [§ 33 TP 5 Abs. 1 GebG](#) handelt und dass die Voraussetzungen zur Erlassung eines Bescheides nach [§ 201 BAO](#) vorlagen, weil die Bf. keine Selbstberechnung der Bestandvertragsgebühr vorgenommen hat.

Im Beschwerdefall ist strittig, ob – wie von der Bf. vorgebracht – der vorliegende Bestandvertrag gebührenrechtlich als auf unbestimmte Vertragsdauer abgeschlossen einzustufen ist. Käme der Ansicht der Bf. Berechtigung zu, so unterläge der Vertrag gemäß § 33 TP 5 Abs. 3 GebG 1957 dem 3-fachen des Jahreswertes der wiederkehrenden Leistungen der Bestandvertragsgebühr.

Die Bf. begründet ihre Ansicht im Wesentlichen damit, dass ein Vertrag auf unbestimmte Zeit vorliege, wenn ein Bestandvertrag - wie im § 13 des gegenständlichen Vertrages vereinbart - ein Weitergaberecht vorsehe, das es einer Vertragspartei ermögliche, die ihr eingeräumten Rechte auf einen Dritten zu übertragen. Sie verweist auf die höchstgerichtlichen Entscheidungen vom 17.09.1990, Zl. 90/15/0034 und vom 27.01.2000, Zl. 99/16/0017 - wonach wegen der Freiheit des Mieters zur Vertragsbeendigung insgesamt von einer unbestimmten Vertragsdauer auszugehen sei bzw. die Pächterin berechtigt war, die ihr eingeräumten Rechte an andere, zumindest mehrheitlich im Eigentum der Pächterin stehenden Gesellschaften, weiterzugeben, ein derartiges Maß an Ungewissheit hinsichtlich der

Vertragsdauer erreicht wurde, dass von Anfang an von einer unbestimmten Dauer des Vertragsverhältnisses auszugehen war. Die Bf. ist der Ansicht, dass im Beschwerdefall von einem Vertragsverhältnis auf unbestimmte Dauer auszugehen sei, ist sie doch berechtigt, „ohne gesonderte Zustimmung des Bestandgebersden Vertrag weiterzugeben, und daher in der Lage, den Bestandvertrag jederzeit aufzulösen.“

Nach Ansicht des FAG sei im „Parteiwechsel“ auf der Bestandnehmerseite infolge der Ausübung eines Weitergaberechtes keine Vertragsauflösung zu sehen und der Bestandvertrag auf die bestimmte Dauer von 15 Jahren abgeschlossen.

Dazu ist festzustellen:

Von einem Vertrag auf bestimmte Dauer wird dann gesprochen, wenn die Parteien einen Endtermin festgesetzt haben ([§ 1113 ABGB](#)). In diesen Fällen ist eine ordentliche Kündigung während der vereinbarten Dauer nicht möglich ([§ 1116 ABGB](#)); nur bei wichtigem Grund kann die vorzeitige Auflösung erklärt werden (§§ 1117 ff ABGB) (Frotz/Hügel/Popp, Kommentar zum Gebührengesetz (8. Lfg 1999) zu § 33 Tarifpost 5 GebG). Wurde das Bestandverhältnis auf bestimmte Zeit abgeschlossen, ist im Zweifel beiden Teilen eine ordentliche Kündigung versagt (Riss in Kletečka/Schauer, ABGB-ON1.02 § 1115 Rz 1 (Stand 1.10.2016, rdb.at)). Dem Umstand, dass die Auflösung eines Mietvertrages wegen der in den [§§ 1112](#), 1117 und 1118 ABGB normierten Gründen nicht ausgeschlossen wurde, kommt kein Gewicht in der Frage der Bindung der Vertragsparteien auf bestimmte Zeit zu (vgl VwGH vom 29. Juni 1992, [91/15/0040](#), und VwGH vom 24. März 1994, [93/16/0133](#)) (Fellner, Stempel- und Rechtsgebühren (21. Lfg 2017) zu [§ 33 TP 5 GebG](#) (Fellner)Rz 132).

Im Beschluss vom 4.12.2019, Ro 2018/16/0004 wird vom VwGH ausgeführt:

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes hängt die für die Bemessung der Rechtsgeschäftsgebühr für Bestandverträge nach [§ 33 TP 5 Abs. 3 GebG](#) 1957 entscheidende Vertragsdauer davon ab, ob nach dem erklärten Vertragswillen beide Vertragsteile eine bestimmte Zeit an den Vertrag gebunden sein sollen oder nicht, wobei allerdings die Möglichkeit, den Vertrag aus einzelnen bestimmt bezeichneten Gründen schon vorzeitig einseitig auflösen zu können, der Beurteilung des Vertrages als eines auf bestimmte Zeit abgeschlossenen nicht im Wege steht. Was eine Beschränkung der Kündigungsmöglichkeit auf einzelne im Vertrag ausdrücklich bezeichnete Fälle darstellt, ist eine Frage, die nach Gewicht und Wahrscheinlichkeit einer Realisierung der vertraglich vereinbarten Kündigungsgründe von Fall zu Fall verschieden behandelt werden muss (vgl. etwa VwGH 16.10.1989, [88/15/0040](#)).

Ausnahmsweise bestehende Kündigungsmöglichkeiten vermögen die grundsätzliche Bindung der Vertragspartei an ein nach dem Vertragsinhalt auf bestimmte Dauer abgeschlossenes Bestandverhältnis nicht aufzuheben (VwGH 17.9.1990, [90/15/0034](#)).

Ob ein **Bestandvertrag auf bestimmte oder unbestimmte Dauer** abgeschlossen wurde, orientiert sich nicht nur nach der Bezeichnung, sondern nach dem gesamten Vertragsinhalt, vor allem nach den Auflösungsmöglichkeiten (Kündigungsvereinbarungen). (VwGH 21.5.1958, [1974/55](#); VwGH 8.4.1964, [0840/62](#), VwGH 3.12.1964, [0143/63](#); VwGH 5.6.1978, 114, 454/77; VwGH 27.1.2000, [99/16/0017](#); VwGH 5.3.2009, [2007/16/0149](#); VwGH 26.4.2018, [Ra 2018/16/0040](#); Twardosz, GebG⁶ § 33 TP 5 Rz 37). Bei der Vergebührung kommt es auf den gesamten Inhalt des konkreten einzelnen Mietvertrages an. Eine Einzelfallprüfung ist schon deshalb geboten, weil auf den erklärten Vertragswillen abzustellen ist (BFG 12.4.2018, RV/7100526/2018; BFG 9.8.2017, RV/7104265/2009). **Wird ein Bestandvertrag auf bestimmte Zeit abgeschlossen, kann er aber vor Ablauf dieser Zeit von einem oder von beiden Vertragsteilen beliebig aufgelöst werden, liegt gebührenrechtlich ein Vertrag auf unbestimmte Dauer vor** (Fellner, Gebühren und Verkehrsteuern Band I Stempel- und Rechtsgebühren § 33 TP 5 Rz 141 unter Verweis auf VwGH 8.4.1964, Slg 3058/F; VwGH 3.12.1964, Slg 3190/F; VwGH 5.6.1978, 114,454/77).

Eine unbestimmte Vertragsdauer liegt vor, wenn auch nur ein Vertragspartner in der Lage ist, den Vertrag jederzeit aufzulösen, wobei einzelne, bestimmt bezeichnete Kündigungsgründe (zB jene nach [§ 1117](#) und [1118 ABGB](#)) unberücksichtigt bleiben.

Bestandverträge sind insbesondere dann auf unbestimmte Dauer abgeschlossen, wenn überhaupt jede Vereinbarung über eine Dauer fehlt und auch sonst im Vertrag keine Anhaltspunkte enthalten sind, auf welche Dauer sich die Vertragspartner binden wollen.

Weiters sind Bestandverträge als auf unbestimmte Dauer abgeschlossen anzusehen, wenn die Vereinbarung auf eine unbestimmte Zeit allein und ohne jeden weiteren Zusatz lautet, also wenn beide Vertragspartner in einer jeden Zweifel ausschließenden Art zum Ausdruck bringen, dass sie zeitlich nicht gebunden sein wollen und sie das Vertragsverhältnis jederzeit auch einseitig auflösen können (VwGH vom 13.6.1960, Slg 2249/F).

Nach der ersten Alternative im ersten Satz des [§ 33 TP 5 Abs. 3 GebG](#) sind die wiederkehrenden Leistungen bei unbestimmter Vertragsdauer mit dem Dreifachen des Jahreswertes zu bewerten (VwGH vom 3. November 1986, [85/15/0130](#)).

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes stellt die Vereinbarung aller Kündigungsgründe z.B. nach [§ 30 MRG](#) noch keine ausreichende Beschränkung der Kündigungsgründe dar, sodass in einem solchen Fall ein Vertrag auf unbestimmte Zeit anzunehmen ist (VwGH 17.9.1990, [90/15/0034](#)). Hingegen kommt dem Umstand, dass die Auflösung eines Mietvertrages wegen der in den [§§ 1112](#), [1117](#) und [1118 ABGB](#) normierten Gründen nicht ausgeschlossen wurde, kein Gewicht in der Frage der Bindung der Vertragsparteien auf bestimmte Zeit zu (VwGH 24.3.1994, [93/16/0133](#)).

Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist nicht die von den Parteien gewählte Bezeichnung des Vertrages (etwa als auf unbestimmte Dauer abgeschlossenen), sondern der gesamte Vertragsinhalt maßgeblich (VwGH 5.3.2009, 2007/16/0149).

Der gegenständliche Bestandvertrag wurde ausdrücklich auf eine Dauer von fünf Jahren befristet abgeschlossen. In Punkt 2., Teil I der Grundlagen, räumte die Bestandgeberin der Bestandnehmerin eine Option auf zweimalige Verlängerung um je weitere fünf Jahre ein. Das Wesen des Bestandverhältnisses als befristeter Vertrag wird dadurch nicht geändert

Laut Vertragsinhalt (Teil I, D, Punkt 3.) besteht die Möglichkeit zur vorzeitigen Vertragsauflösung aus wichtigem Grund gemäß § 1117ff ABGB und § 15 des Vertrages.

Laut Vertragsinhalt gelten für die Bestandgeberin somit die Kündigungsgründe des [§ 1118 ABGB](#) bzw. jene nach § 15, Teil II, Allgemeiner Teil. Letztere berechtigen die Bestandgeberin, den Vertrag vorzeitig aus wichtigem Grund aufzukündigen, wenn der Bestandnehmer

- mit Entgeltzahlungen, dem Werbungskostenbeitrag oder Nachzahlung an Bewirtschaftungskosten in Verzug ist (1.),
- seinen Bestandgegenstand vertrags-, widmungswidrig gebraucht oder den Bestandgegenstand einem Dritten unbefugten überlässt, diesen oder gemeinsame Teile der Anlagen nachteilig nützt und..... (2.),
- entgegen § 1 Pkt. 3.1. ohne Zustimmung des Bestandgebers genehmigungspflichtige bauliche Veränderungen vornimmt (3.),
- sich trotz Mahnungen neuerlich rücksichtslos oder sonst grob ungehörig gegenüber dem Bestandgeber und dessen Vertretern oder anderen Bestandnehmern des ***5*** verhält, ferner bei erheblich nachteiligem Gebrauch des Bestandgegenstandes iS § 1118 ABGB (4.),
- rechtskräftige behördliche Auflagen oder gesetzliche Bestimmungen in seinem Einflussbereich nicht erfüllt und die erforderlichen Maßnahmen trotz Aufforderung und Setzung einer Nachfrist nicht setzt (5),
- seiner Betriebspflicht nicht nachkommt, insbesondere die in Bestand genommenen Räumlichkeiten während der Vertragsdauer schließt..(8.),
- die im § 12 Pkt. 1 dieses Vertrages genannten Rechtsgeschäfte ohne Zustimmung des Bestandnehmers (Anm.: gemeint vermutlich: Bestandgeber) abschließt (9.),
- die Kautions nicht erlegt, nicht rechtzeitig verlängert bzw. erneuert oder diese nach berechtigter Inanspruchnahme nicht binnen 30 Tagen ergänzt (11).

Zum einen sind diese Kündigungsgründe des [§ 1118 ABGB](#) keineswegs von so umfassender Natur, dass die Wahrscheinlichkeit einer frühzeitigen Auflösung des Mietvertrages gegeben ist, weshalb die grundsätzlich vereinbarte Bindung der Vertragsparteien über einen bestimmten Zeitraum hindurch, nicht aufgehoben werden kann.

Zum anderen sind die Kündigungsmöglichkeiten der Bestandgeberin von einem Fehlverhalten der Bestandnehmerin abhängig und liegen nicht im Einflussbereich der Bestandgeberin, auch durch das Weitergaberecht der Bestandnehmerin wird das Vertragsverhältnis nicht aufgelöst.

Laut Pkt. 3, Teil I des Vertrages besteht für den Bestandnehmer die Möglichkeit zur vorzeitigen Vertragsauflösung aus wichtigem Grund nach [§ 1117 ABGB](#). Auch diese Kündigungsgründe sind von einem Fehlverhalten der Bestandgeberin abhängig und liegen nicht im Einflussbereich der Bestandnehmerin. Es liegen auch bei diesen keine Anhaltspunkte für eine Wahrscheinlichkeit der Realisierung eines solchen Fehlverhaltens vor.

Weitere frühzeitige Kündigungsmöglichkeiten liegen laut Vertragsinhalt nicht vor.

Nach dem Gesamtbild ist im gegenständlichen Fall gerade kein schrankenloses Kündigungsrecht vereinbart worden und sind die der Bestandgeberin zuzuordnenden Kündigungsgründe nicht von so umfassender Natur, dass die Wahrscheinlichkeit einer frühzeitigen Auflösung des Bestandvertrages gegeben ist. Aufgrund der vertraglichen Bindung der Vertragsparteien für einen Zeitraum von 5 Jahren mit zweimaliger Verlängerungsoption um je 5 Jahre, wurde daher vom FAG zu Recht für die Gebührenbemessung der 15-fache Jahreswert herangezogen.

Der VwGH hat im Erkenntnis vom 31.5.1995, 94/16/0237 festgestellt, dass eine Option ein Vertrag ist, durch den einem Vertragsteil das Recht eingeräumt wird, ein inhaltlich bereits festgelegtes Schuldverhältnis durch einseitige Erklärung in Geltung zu setzen (Koziol-Welser, Grundriß I⁹, 118). Dies habe nicht nur für die Begründung eines Vertragsverhältnisses, sondern in gleicher Weise für die Verlängerung eines ursprünglich zeitlich befristeten Vertrages zu gelten. Es spreche nämlich nichts dagegen, einer der Vertragsparteien das einseitig ausübbares Gestaltungsrecht zur Vertragsverlängerung einzuräumen. Einer „neuerlichen Willenseinigung“ beider Vertragsparteien betreffend die Vertragsverlängerung bedürfe es im Optionsfall nicht und bewirke eine optionsweise herbeigeführte Vertragsverlängerung auch nicht den Abschluss eines neuerlichen Vertrages, sondern eben nur die Verlängerung der ursprünglich befristeten Vertragsdauer.

Nach der ständigen Rechtsprechung des VwGH bedeutet eine Vertragsverlängerung durch Optionsausübung nichts anderes als die Beifügung einer Potestativ-Bedingung, bei deren Eintritt sich die Geltungsdauer des Vertrages verlängert, und dass eine solche Bedingung nach [§ 26 GebG](#) zu behandeln sei.

Eine Verlängerungsoption basiert auf einem bereits vorher abgeschlossenen Rechtsgeschäft. Das Gebührengesetz möchte Rechtsgeschäfte besteuern und ein solches liegt in Gestalt einer Option schon vor.

Der Gesetzgeber zeigt in Gestalt des [§ 17 Abs. 4 GebG](#), dass er jene Bedingung, die in der Genehmigung durch einen der Vertragsteile gelegen ist, als dem Eintritt der Gebührenpflicht nicht entgegenstehend behandeln will.

Aufgrund dieses eindeutigen und klaren Gesetzeswortlautes ist daher die Bestimmung des § 17 Abs. 4 GebG auf Optionen anzuwenden.

Ein gültiger Bestandvertrag setzt nach [§ 1090 ABGB](#), gleichgültig, ob dieser für eine bestimmte Zeit oder auf unbestimmte Zeit abgeschlossen wird, die Vereinbarung eines bestimmten oder bestimmbaren Preises bzw. Zinses voraus. Im Beschwerdefall haben die Vertragsparteien unter E. Punkte 1 – 3 des Allgemeinen Teiles festgelegt, wie der Bestandzins zu ermitteln ist. Für den Beschwerdefall bedeutet dies, dass vom FAG bei der Bemessung der Gebühr auch der Wert der vom Optionsrecht umfassten Verlängerungszeit zu Recht miteinbezogen wurde.

Die Bf. ist der Ansicht, dass sich aus den in § 13 des Vertrages vereinbarten Weitergaberechtes in Verbindung mit der höchstgerichtlichen Judikatur, iE VwGH Zl. [90/15/0034](#) und Zl. 99/15/0017 ergebe, dass sie in der Lage sei, den Bestandvertrag jederzeit aufzulösen, weshalb von einem Vertragsverhältnis auf unbestimmte Dauer auszugehen sei. Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden.

Im Beschwerdefall wurde in § 13 Absatz 1, Teil II, Allgemeiner Teil des Vertrages vereinbart, dass die entgeltliche oder unentgeltliche Weitergabe oder Zurverfügungstellung des gesamten Bestandgegenstandes oder eines Teiles davon ohne Zustimmung der Bestandgeberin untersagt ist. Die Bestandnehmerin ist somit nicht in der Lage, den Bestandvertrag „schrackenlos“ aufzulösen.

Im zweiten Absatz wird der Bestandnehmerin das Recht eingeräumt, den Bestandgegenstand zur Gänze oder zum Teil, entgeltlich oder unentgeltlich an verbundene Unternehmen im Sinne des § 229 UGB oder § 15 AktG ohne gesonderte Zustimmung der Bestandgeberin zu vermieten oder sonst zur Nutzung zu überlassen oder den Vertrag weiterzugeben; dies auch mehrfach. Der Bestandvertrag wird durch die Einräumung dieses Weitergaberechtes gerade nicht in seiner Wirksamkeit berührt und können die Vertragsparteien daraus kein Recht zur vorzeitigen Vertragsauflösung ableiten, weshalb es keinen Einfluss auf die vereinbarte Dauer hat.

Werden Präsentations- oder Weitergaberechte in Bestandverträgen auf bestimmte Dauer vereinbart, unterscheidet der Verwaltungsgerichtshof folgendermaßen:

Ein Präsentationsrecht enthält nur die Verpflichtung etwa des Vermieters gegenüber dem Mieter, unter gewissen Bedingungen mit einem vom Mieter vorgeschlagenen geeigneten Dritten einen Vertrag gleichen oder bestimmten anderen Inhalts abzuschließen. Ein solches in einem Bestandvertrag eingeräumtes Präsentationsrecht bewirkt in der Regel, dass von einer unbestimmten Vertragsdauer im Sinne des [§ 33 TP 5 Abs. 3 GebG](#) auszugehen ist (VwGH 17.9.1990, 90/15/0034, VwGH 9.9.2015, [Ro 2014/16/0072](#)).

Ein Weitergaberecht berechtigt zur Übertragung der Rechte und Pflichten aus dem Bestandverhältnis auf einen Dritten, ohne dass es einer (weiteren) Erklärung des Bestandnehmers bedarf. Mit der Ausübung des Weitergaberechtes kommt es zur

Vertragsübernahme durch den neuen Mieter, die ohne weitere Erklärung durch den Vermieter erfolgt. Eine Auflösung des Vertrages wird dadurch nicht bewirkt (VwGH 9.9.2015, [Ro 2014/16/0027](#)).

Zu VwGH 17.9.1990, [90/15/0034](#):

Dem von der Bf. zitierten Erkenntnis VwGH 17.9.1990,90/15/0034 lag ein zwischen zwei Gesellschaften auf unbestimmte Dauer abgeschlossener Mietvertrag über die Anmietung von Geschäftsräumen zu Grunde. Der Mieter gab einen Kündigungsverzicht ab und der Vermieter konnte nur bei Vorliegen von wichtigen Gründen kündigen, darüber hinaus wurde dem Mieter ein als Weitergaberecht bezeichnetes Präsentationsrecht eingeräumt:

"4) WEITERGABERECHT

Die Vermieterin räumt der Mieterin das Recht ein, auch während der vereinbarten Mietdauer einen Nachfolgemietler namhaft zu machen. Sofern gegen diese Person des Nachfolgemietlers keine willkürlichen Gründe entstehen und insbesondere die Bonität dieses Nachfolgemietlers ausreichend gesichert ist, verpflichtet sich die Vermieterin mit diesem von der Mieterin genannten Nachfolgemietler einen Mietvertrag zu den gleichen Bedingungen dieses Vertrages abzuschließen und endet in diesem Fall das gegenständliche Mietverhältnis durch einvernehmliche Auflösung. Die Kosten der Errichtung und Vergebührung eines derartigen Nachmietvertrages hat der Nachfolgemietler zu tragen."

Der Verwaltungsgerichtshof beurteilte das "Weitergaberecht" des Mieters "eine Auflösung des Vertrages unter Umständen durchaus realistischweise auch gegen den Willen des Vermieters durchzusetzen", als Präsentationsrecht, das bei *Betrachtung der Vertragsauflösungsmöglichkeit im konkreten Fall nach ihrem Gewicht und ihrer Wahrscheinlichkeit so beurteilt werden muss, dass damit wegen der Freiheit des Mieters zur Vertragsbeendigung insgesamt eine ungewisse Vertragsdauer anzunehmen ist*. Der Verwaltungsgerichtshof entschied, dass ein Bestandvertrag von unbestimmter Dauer abgeschlossen wurde, denn durch die Einräumung eines Präsentationsrechtes kann der Mieter einen Dritten namhaft machen, mit dem der Vermieter den Vertrag abschließt, d.h. der Mieter kann jederzeit den Vertrag auflösen, wodurch ein Vertrag auf unbestimmte Dauer vorliegt (bestätigt durch VwGH 9.9.2015, [Ro 2014/16/0072](#)).

Im vorliegenden Bestandvertrag, der auf bestimmte Dauer abgeschlossen wurde, ist die Bf. grundsätzlich zur Übertragung des Bestandgegenstandes ohne vorherige Zustimmung der Bestandgeberin nicht berechtigt (vgl. § 13, Punkt 1., 1 Absatz). Ausgenommen ist die gänzliche oder teilweise, entgeltliche oder unentgeltliche Weitergabe an verbundene Unternehmen iS § 229 UGB oder § 15 AktG, wobei es insgesamt bei der vereinbarten – durch Optionsausübung automatisch verlängerbare – vertraglich bestimmte Dauer bleibt.

VwGH 27.1.2000, Zl. [99/16/0017](#)

Schließlich sei noch darauf verwiesen, dass durch die Judikatur des VwGH klargestellt wurde, dass die im Erkenntnis vom 27.1.2000, Zl. 99/16/0017 vertretene Rechtsansicht, durch Ausüben des vertraglich vereinbarten Weitergaberechtes könne die Vertragspartei den Bestandvertrag auflösen, nicht aufrechterhalten wird (vgl. VwGH 9.9.2015, [Ro 2014/16/0072](#) sowie VwGH 29.06.2017, [Ro 2015/16/0032](#)).

Ergänzend sei auf das Erkenntnis des VwGH 9.9.2015, [Ro 2014/16/0072](#) verwiesen. Darin hat sich der VwGH ausführlich mit Präsentations- und Weitergaberechten befasst:

*„...Ein Präsentationsrecht des Bestandnehmers enthält nur die Verpflichtung etwa des Vermieters gegenüber dem Mieter, unter gewissen Bedingungen mit einem vom Mieter vorgeschlagenen geeigneten Dritten einen Vertrag gleichen oder bestimmten anderen Inhaltes abzuschließen (vgl. das Urteil des OGH vom 28. Juni 2000, [6 Ob 258/99f](#)). Ein solches in einem Bestandvertrag eingeräumtes Präsentationsrecht bewirkt in der Regel, dass von einer unbestimmten Vertragsdauer im Sinne des § 33 TP 5 Abs. 3 GebG auszugehen ist (vgl. das hg. Erkenntnis vom 17. September 1990, 90/15/0034). Wird von solch einem Präsentationsrecht Gebrauch gemacht und schließt der Präsentierte mit dem verbleibenden Vertragspartner nach Auflösung des Vertrages durch den Präsentierenden einen neuen Bestandvertrag, kann dies eine Vertragsübernahme darstellen, wobei der neu abgeschlossene Vertrag wieder nach § 33 TP 5 GebG der Gebührenpflicht unterliegt (vgl. das hg. Erkenntnis vom 11. September 2014, 2012/16/0023, und anschaulich Twardosz, GebG5, § 33 TP 21, Rz 61, mit der Unterscheidung zwischen echter und unechter Vertragsübernahme). Demgegenüber liegt ein **Weitergaberecht vor, wenn der Bestandgeber (etwa schon im Bestandvertrag) von vornherein zustimmt** und dem Bestandnehmer das Recht einräumt, durch bloße Erklärung alle Rechte und Pflichten aus dem Bestandverhältnis auf einen Dritten mit der Wirkung zu übertragen, dass dieser an seiner Stelle Bestandnehmer wird, **ohne dass es einer (weiteren) Erklärung des Bestandnehmers bedarf** (vgl. etwa das Urteil des OGH vom 18. Dezember 2001, [5 Ob 201/01x](#), und die Beschlüsse des OGH vom 17. Dezember 2003, [9 Ob 84/03y](#), und vom 18. November 2014, 5 Ob 152/14k). Eine Vertragsübernahme bei Ausübung eines Weitergaberechtes erfüllt mangels einer Schrift über einen zwischen Bestandgeber und neuem Bestandnehmer (neu) abgeschlossenen Bestandvertrag nicht den Tatbestand des § 33 TP 5 GebG, sondern kann - Entgeltlichkeit dieser Weitergabe vorausgesetzt - zur Rechtsgebühr nach [§ 33 TP 21 GebG](#) führen (vgl. abermals das erwähnte hg. Erkenntnis vom 11. September 2014, 2012/16/0023, und Twardosz, aaO, § 33 TP 21 Rz 61, mwN). Nach Punkt 13.2. des im vorliegenden Revisionsfall zu beurteilenden Pachtvertrages war die Pächterin berechtigt, ohne die Zustimmung der Revisionswerberin ihre Beteiligung an dieser Vereinbarung ihren Konzerngesellschaften oder Tochtergesellschaften zu übertragen. Damit wird aber bei Ausüben dieses Rechtes zivilrechtlich nicht ein Auflösen und sodann ein Neuabschluss eines Vertrages*

bewirkt, sondern der Eintritt des neuen Bestandnehmers in einen bestehenden Vertrag. Eine Auflösung des Vertrages wird dadurch nicht bewirkt. ..."

Zur Berechnung der Bemessungsgrundlage:

Die Bf. geht bei der Berechnung des Jahreswertes von der monatlichen Mindestpacht für das dritte Jahr nach der Eröffnung von € 36.816,31 (netto), den monatlichen Betriebskosten von € 9.894,39 (netto), den monatlichen Werbekosten von € 2.301,02 (netto) aus und ermittelt so den dreifachen Jahreswert von € 2.117.306,73 und eine vorläufig festzusetzende Gebühr von € 21.173,07.

In die Bemessungsgrundlage sind alle Leistungen einzubeziehen, die zur Einräumung des Benützungsentgeltes geleistet werden müssen. Somit zählt zur Bemessungsgrundlage nicht nur der Bestandzins, sondern auch Nebenleistungen, die der Bestandnehmer aufgrund einer vertraglichen Vereinbarung für die Überlassung der Bestandsache zu erbringen hat. Wenn der Bestandnehmer neben der bloßen Überlassung auch andere Verpflichtungen übernimmt, die der Sicherung, der Erhaltung der Bestandsache oder der Erleichterung der Ausübung des bestimmungsgemäßen Gebrauches dieser Sache dienen, ist ein dafür bedungenes Entgelt auch Teil der Bemessungsgrundlage. Typische Nebenleistungen von Bestandverträgen sind Betriebskosten, gesetzliche Umsatzsteuer vom Mietzins, sonstig Leistungen aufgrund von AGB, Serviceverträgen usw. (vgl. Bergmann/Pinetz, GebG, Kommentar², § 33 TP 5, Tz 144 ff).

Demgemäß kann der Berechnung durch die Finanzverwaltung – wie in der Folge dargestellt – nicht entgegengetreten werden:

1.Jahr: € 32.214,28 x 1,2 (USt) x 12 Monate = € 463.885,68	€ 463.885,68
2.Jahr: € 34.515,30 x 1,2 (USt) x 12 Monate = € 497.020,32	€ 497.020,32
ab 3.Jahr: € 36.816,32 x 1,2 (USt) x 156 Monate = € 6.892.014,48	€ 6.892.014,48
Fläche insgesamt: 2.009,02 + 292 m ² = 2.301,02 m ² x Werbekosten 2.301,02 x 1,2 = 2.761,22 x 180 Monate = € 497.019,60	€ 497.019,60
Betriebskosten: 4,30 x 2.301,02 x 1,2 x 180 = € 2.137.188,60	€ 2.137.188,60
Bemessungsgrundlage:	€ 10.487.128,68
1 % von der Bemessungsgrundlage nach § 33 TP 5 Abs. 1. Z. 1 GebG	€ 104.871,29

Im Beschwerdefall ist der Beobachtungszeitraum noch zu kurz ist, um feststellen zu können, wie hoch im Durchschnitt der Jahre der umsatzbezogene Bestandzins und die Höhe der

Nebenkosten ist, wird der angefochtene Bescheid auch hinsichtlich der Vorläufigkeit der Abgabefestsetzung nach [§ 200 Abs. 1 BAO](#) nicht abgeändert.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

3.2. Zu Spruchpunkt II. (Revision)

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

Im gegenständlichen Fall ist die ordentliche Revision nicht zulässig, weil durch die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes geklärt ist, dass die Möglichkeit, den Vertrag aus einzelnen bestimmt bezeichneten Gründen schon vorzeitig einseitig aufzulösen, der Beurteilung des Vertrages als auf bestimmte Zeit abgeschlossenen, nicht entgegensteht.

Was eine Beschränkung der Kündigungsmöglichkeiten auf einzelne im Vertrag ausdrücklich bezeichnete Fälle darstellt, ist eine Frage die nach Gewicht und Wahrscheinlichkeit einer Realisierung der vertraglich vereinbarten Kündigungsgründe von Fall zu Fall verschieden beantwortet werden muss (vgl. u.a. VwGH 17.9. 1990, [90/15/0034](#), VwGH 29.6.1992, [91/15/0040](#)). Die Gewichtung und Wahrscheinlichkeit der Realisierung der hier im konkreten Einzelfall vertraglich vereinbarten Kündigungsgründe ist eine Tatfrage.

Hinsichtlich des Präsentations- und Weitergaberechtes sei auf die aktuelle Judikatur des VwGH 9.9.2015, [Ro 2014/16/0072](#) verwiesen.

Wien, am 1. April 2021