

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin***R*** in der Beschwerdesache ***Bf***, ***Adr***, vertreten durch BINDER GRÖSSWANG Rechtsanwälte GmbH, Sterngasse 13, 1010 Wien, über die Beschwerde vom 16. Jänner 2017 gegen den Bescheid des Finanzamtes für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel vom 13. Dezember 2016 betreffend Rechtsgeschäftsgebühr, ErfNr. ***123***, StNr. ***StNr***, zu Recht erkannt:

I. Die Beschwerde wird gemäß § 279 BAO als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid wird abgeändert.

Die Abgabe beträgt 1% von der Bemessungsgrundlage von 2.637.333,18 Euro, somit 26.373,33 Euro. Nach Abzug des selbstberechneten Betrages von 7.617,42 Euro verbleibt eine Nachforderung von 18.755,91 Euro.

Der durch das Erkenntnis festgesetzte Mehrbetrag der Abgabe ist nach § 210 Abs. 1 BAO mit Ablauf eines Monats nach Zustellung des Erkenntnisses fällig.

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

Entscheidungsgründe

I. Verfahrensgang

Die Beschwerdeführerin (Bf.) beabsichtigte, auf der Liegenschaft EZ ***1***, GStNr. ***2***, ein Geschäftsgebäude (Fachmarktzentrum), bestehend aus einem Geschäftslokal für einen von ihr betriebenen Lebensmittelmarkt mit einer Nettoverkaufsfläche von zirka 1.302 m² und einer Nettonebenraumfläche von zirka 699 m² und einem weiteren Geschäftslokal für einen Handelsbetrieb mit einer Nettoverkaufsfläche von zirka 1.259 m² und einer Nebenraumfläche von zirka 244 m² sowie Parkplätzen samt Tiefgarage, als Superädifikat neu zu errichten.

Mit Bestandvertrag vom 11.5./1.6.2015 gab die Bf. als Vermieterin, die den gegenständlichen Mietgegenstand selbst von der ***H*** angemietet hatte, der ***X GmbH** als Mieterin das

zweite Geschäftslokal samt Nebenräumen auf der Liegenschaft in Bestand. Das Bestandverhältnis hat am Tag der Übergabe, am 19. Juli 2016, begonnen und endet am 31. Jänner 2027, ohne dass es einer Aufkündigung bedarf. Ungeachtet der vereinbarten Befristung ist die Vermieterin gemäß Vertragspunkt 2.2 berechtigt, das Mietverhältnis zu jeder Zeit aus einem der in § 30 Abs. 2 MRG oder § 1118 ABGB angeführten Gründe schriftlich aufzulösen. Im Vertragspunkt 2.3 wurde der Vermieterin das Recht eingeräumt, das Bestandverhältnis aus drei weiteren Gründen sofort aufzulösen, wenn die Mieterin den Mietgegenstand entgegen dem vereinbarten Verwendungszweck verwendet, seitens der Mieterin nicht vertraglich zulässige bauliche Änderungen vorgenommen werden oder die Mieterin den Mietgegenstand entgegen der vertraglich vereinbarten Bestimmung in Punkt 9 des Vertrages untervermietet oder weitergibt.

Neben dem Mietzins trägt die Mieterin die anteiligen Betriebskosten. Zudem hat sich die Mieterin zur anteiligen Tragung einer Aufschließungs- oder Ergänzungsabgabe sowie von Kosten für die Errichtung von zwei Werbefylonen verpflichtet.

Am 24. Juni 2015 wurde von der steuerlichen Vertretung der Bf. die Selbstberechnung der Gebühr in Höhe von 7.617,42 Euro vorgenommen. Dabei wurde von einer unbestimmten Vertragsdauer ausgegangen und der dreifache Jahreswert der Berechnung zu Grunde gelegt.

Jahresmietzins	746.690,40 Euro
Beitrag Aufschließungs- und Ergänzungsabgabe	6.747,00 Euro
Beitrag Kosten Werbefylone	8.305,00 Euro
Summe	761.742,40 Euro

Nach Durchführung einer Außenprüfung bei der steuerlichen Vertretung, die die Selbstberechnung vorgenommen hat, erfolgte mit Bescheid vom 13. Dezember 2016 gemäß § 201 Abs. 2 Z 3 BAO die Festsetzung der Gebühr nach § 33 TP 5 Abs. 1 Z 1 GebG in Höhe von 26.290,28 Euro. Die wiederkehrenden Leistungen wurden – ausgehend von einer bestimmten Vertragsdauer – mit dem der Vertragsdauer entsprechend vervielfachten Jahreswert bewertet. Zudem wurde die anteilige Aufschließungsabgabe in die Bemessungsgrundlage einbezogen.

Gegen diese Vorschreibung wurde fristgerecht Beschwerde erhoben und die Unterlassung einer Beschwerdeentscheidung und Durchführung einer mündlichen Verhandlung vor dem Bundesfinanzgericht beantragt.

In der Beschwerde wurde die Ansicht vertreten, dass die Selbstberechnung richtig gewesen sei und die Gebühr daher nicht von Amts wegen erstmalig festgesetzt werden durfte.

Die Vereinbarung sei als Bestandvertrag mit unbestimmter Dauer zu qualifizieren. Der Parteiwille sei entsprechend den vereinbarten Vertragsbedingungen zu berücksichtigen. Wesentliches Unterscheidungsmerkmal sei die eingeräumte Beendigungsmöglichkeit, die sich danach richte, ob der Vertrag jederzeit bzw. vorzeitig einseitig beendet werden könne und inwieweit der Vertrag Kündigungsmöglichkeiten vorsehe (VwGH 16.10.2014, 2011/16/0169; VwGH 3.12.1964, 143/63 mwN).

Zwar sei im vorliegenden Beschwerdefall eine befristete Vertragsdauer vereinbart, aber der Bf. als Vermieterin sei ein Kündigungsrecht eingeräumt. Die Vermieterin habe während der befristeten Vertragslaufzeit die Möglichkeit das Bestandverhältnis einseitig nach § 30 Abs. 2 MRG oder § 1118 ABGB aufzulösen, wobei die Ausübung des Kündigungsrechtes an keinerlei weiteren vertraglichen Bedingungen geknüpft sei. Zusätzlich seien noch weitere Gründe zur sofortigen Auflösung vereinbart worden.

Diesen umfangreichen Kündigungsmöglichkeiten komme gebührenrechtlich eine besondere Bedeutung zu, weil prinzipiell bei der Ermittlung der gebührenrechtlich relevanten Vertragsdauer darauf abzustellen sei, ob trotz vereinbarter bestimmter Vertragsdauer dennoch der Vertrag – wenn auch nur einseitig – beliebig aufgelöst werden könne und insofern ein Vertrag umzuqualifizieren und gebührenrechtlich von einem Vertrag mit unbestimmter Dauer auszugehen sei (VwGH 8.4.1964, 840/62; Twardosz, GebG⁶, § 33 TP 5, Rz 31).

Nur wenn nach seinem Inhalt der Vertrag vor Ablauf einer bestimmten Zeit von keiner der Vertragsparteien einseitig beendet werden könne oder diese Möglichkeit auf einzelne, im Vertrag ausdrücklich bezeichnete Fälle beschränkt sei (VwGH 16.10.2014, 2011/16/0169), liege gebührenrechtlich ein Vertrag mit bestimmter Dauer vor. Da diese Voraussetzungen offenkundig nach dem Parteiwillen nicht vorliegen würden, sei bei der Berechnung der Gebühr von einem Vertrag auf unbestimmte Dauer auszugehen und sei die vom rechtsfreundlichen Vertreter durchgeführte Selbstberechnung richtig.

Nach ständiger Rechtsprechung (VwGH 16.10.1989, 88/15/0040; VwGH 17.9.1990, 90/15/0034; VwGH 16.10.2014, 2011/16/0169; VwGH 9.9.2015, Ra 2015/16/0072; BFG 3.6.2015, RV/5100753/2013; BFG 14.7.2015, RV/7101783/2012) handle es sich um ein Bestandverhältnis von unbestimmter Dauer, wenn alle Kündigungsgründe des § 30 Abs. 2 MRG vereinbart seien. Dabei sei allerdings nur auf alle denkmöglichen Kündigungsgründe abzustellen (VwGH 16.10.1989; 88/15/0040). Sollten nicht alle in § 30 Abs.2 MRG aufgelisteten Kündigungsgründe auf einen Sachverhalt zutreffen (wie etwa bei der Geschäftsraummiete), liege darin keine (vertragliche) Beschränkung der Kündigungsgründe, weil ungeachtet dessen grundsätzlich alle Kündigungsgründe und damit all jene, die theoretisch zutreffen könnten, dh denkmöglich seien, als vereinbart gelten.

Ein Vertrag mit unbestimmter Dauer liege vor, wenn auch nur eine Vertragspartei den Vertrag jederzeit kündigen könne (allen voran VwGH 3.12.1964, 143/63; VwGH 16.10.2014, 2011/16/0169 mWN); ein beidseitiges Kündigungsrecht werde nicht verlangt.

Die belangte Behörde übersehe, dass im vorliegenden Fall vertraglich alle Kündigungsmöglichkeiten offenstehen würden; die gesetzliche Beschränkung hinsichtlich der Anwendbarkeit mancher Kündigungsgründe führe nämlich zu keinem (vertraglichen) Kündigungsverzicht und sei für die Qualifizierung als Bestandvertrag mit unbestimmter Dauer nicht maßgeblich. Die Rechtsprechung sehe selbst bei ausdrücklicher vertraglicher Vereinbarung lediglich der denkmöglichen Kündigungsgründe keine ausreichende Beschränkung der Kündigungsmöglichkeiten für eine Qualifizierung als Vertrag mit bestimmter Dauer (VwGH 16.10.1989, 88/15/0040).

Die Vertragsparteien hätten vereinbart, dass die Bf. als Vermieterin den Vertrag aus den Gründen des § 1118 ABGB oder des § 30 Abs. 2 MRG sowie aus bestimmten zusätzlich vereinbarten Gründen auflösen könne. Ein Kündigungsrecht der Mieterin sei nicht vorgesehen. Dieser Umstand sei jedoch für die Qualifizierung als Bestandvertrag mit unbestimmter Dauer nicht wesentlich, weil es nach der Rechtsprechung des VwGH ausreiche, wenn bloß eine Partei den Vertrag auflösen könne.

Der gegenständliche Vertrag enthalte keinerlei Beschränkungen wie (fortlaufende) Pönalzahlungen der Mieterin in der Höhe des Mietzinses bei einer Kündigung während einer bestimmten Dauer, sofern der Vermieterin kein schuldhaftes Verhalten zur Last gelegt werden könne, und Verletzungen wesentlicher (eingemahnter) Vertragsverpflichtungen als vertraglich vereinbarte Kündigungsvoraussetzung (so der Sachverhalt beim von der belangten Behörde zitierten VwGH-Erkenntnis vom 24.3.1994, 93/16/0133) oder wie eine ausdrückliche vertragliche Einschränkung auf einzelne Kündigungsgründe des § 30 Abs. 2 MRG (zB VwGH 9.9.2015, Ra 2015/16/0072).

Da im vorliegenden Fall der Mietvertrag einer der Vertragsparteien (nämlich der Vermieterin) sämtliche gesetzliche Kündigungsmöglichkeiten einräume, entfalle eine weitergehende Prüfung nach Gewicht und Wahrscheinlichkeit einer Realisierung der vertraglich vereinbarten Kündigungsgründe und werde auf VwGH 16.10.1989, 88/15/0040 verwiesen.

Im Vorlagebericht des Finanzamtes vom 27. Februar 2017 wurde ua. noch näher ausgeführt, dass die Vereinbarung der (ausnahmsweise zur Anwendung gelangenden) Auflösungsgründe des § 1118 ABGB die Bindung an ein nach dem Vertragsinhalt auf bestimmte Dauer abgeschlossenes Bestandverhältnis nicht aufzuheben vermöge (vgl. VwGH 29.6.1992, 91/15/0040; VwGH 24.3.1944, 93/16/0133).

Die in Vertragspunkt 2.3 angeführten wichtigen Gründe, welche die Vermieterin zur sofortigen Auflösung berechtigten, seien auf wenige, ausdrücklich bezeichnete Fälle beschränkt, würden

ein Fehlverhalten der Mieterin voraussetzen und seien damit dem Einfluss der Vermieterin entzogen.

Betreffend die Kündigungsmöglichkeiten nach § 30 MRG gelte es bei der Beurteilung der Vertragsdauer zu bedenken, dass die Bestimmungen des MRG primär auf Wohnraummiete abstellen würden, aber auch bei einer bloß sinngemäßen Auslegung ein Großteil der Kündigungsmöglichkeiten auf den vorliegenden Fall einer Geschäftsraummiete zwischen zwei Gesellschaften gar nicht anwendbar seien. Die der Vermieterin tatsächlich offenstehenden Kündigungsmöglichkeiten würden im Wesentlichen ein vertragswidriges (Fehl)verhalten der Mieterin voraussetzen und seien damit dem Einfluss der Vermieterin entzogen. Die Vermieterin könne den Vertrag während der bestimmten Laufzeit – selbst unter Bedachtnahme auf ihre im Vertrag angeführten Kündigungsmöglichkeiten im Sinne des § 30 MRG – somit keinesfalls jederzeit aus freien Stücken einseitig beenden, sodass gebührenrechtlich ein auf bestimmte Dauer abgeschlossenes Bestandverhältnis vorliege (UFS 16.3.2011, RV/3712-W/09; BFG 29.1.2015, RV/7102780/2012; BFG 11.2.2016, RV/5100710/2015).

Insgesamt betrachtet seien die der Vermieterin zustehenden Kündigungsgründe sohin nicht von umfassender Natur, sodass die Wahrscheinlichkeit einer frühzeitigen Auflösung des Bestandvertrages nicht gegeben sei.

Zum Wert des Bestandvertrages seien alle Leistungen zu zählen, zu deren Erbringung sich der Bestandnehmer verpflichtet habe, um in den Genuss des Gebrauchsrechtes an der Bestandsache zu gelangen (vgl. etwa VwGH 21.3.2002, 99/16/0160). Demnach seien auch die anteiligen Betriebskosten, die anteilige Aufschließungs- oder Ergänzungsabgabe sowie die anteiligen Kosten für die Errichtung der Werbeflyer in die Bemessungsgrundlage einzubeziehen.

Mit Schreiben vom 15. Juli 2021 an die Bf. stellte das Bundesfinanzgericht kurz zusammengefasst die Sachlage dar und wurde auf die bestehende ständige Judikatur des Bundesfinanzgerichtes und des Verwaltungsgerichtshofes verwiesen, die in den letzten Jahren mehrfach zur Thematik der bestimmten/unbestimmten Dauer von Bestandverträgen ergangen ist.

In der daraufhin erfolgten Stellungnahme der Bf. vom 16. August 2021 wurde zum Sachverhalt ua. noch ausgeführt, dass eine Untervermietung oder sonstige Weitergabe des Mietgegenstandes aufgrund der vertraglichen Bestimmungen nur mit vorheriger schriftlicher Zustimmung der Bf. zulässig sei; eine Vorab-Zustimmung sei nicht vorgesehen. Die Bf. sei auch gegenüber ihrer Vermieterin, der ***H***, schadenersatzpflichtig, wenn der Mietgegenstand entgegen dem mit der Privatstiftung abgeschlossenen Vertrag verwendet werde.

Zur Rechtslage wurde angemerkt, dass der gegenständliche Mietvertrag noch vor der Änderung der Ansicht der Finanzverwaltung und Entwicklung der Judikaturlinie im Lichte der Thematik zur bestimmten und unbestimmten Dauer abgeschlossen wurde und es zu einer ex-post-Beurteilung eines Sachverhaltes käme.

Der Bf. stünden alle Kündigungsgründe des § 30 Abs. 2 MRG offen, sofern sie nicht explizit auf Bestandverhältnisse betreffend Wohnräume abstellen würden. Insbesondere könnte der Mietvertrag seitens der Bf. gemäß § 30 Abs. 2 Z 1 (Mietrückstand), Z 3 (nachteiliger Gebrauch), Z 7 (Leerstand bzw. Verwendung entgegen dem in Punkt 4. des Mietvertrages vereinbarten Verwendungszwecks), Z 9 (Eigenbedarf) und Z 13 aufgelöst werden.

Der Mietvertrag könne auch aus drei weiteren Gründen sofort aufgelöst werden, wobei insbesondere die Möglichkeit, das Mietverhältnis aufzulösen, wenn die Mieterin den Mietgegenstand entgegen dem vertraglich eingeräumten Recht untervermietet oder weitergibt, wesentlich sein könnte. Dieser zusätzlich vertraglich vereinbarte Kündigungsgrund setze nicht direkt ein Fehlverhalten der Bestandnehmerin im Zusammenhang mit dem Bestandverhältnis voraus und sei auch im Sinne der nunmehr vorherrschenden Judikatur des Bundesfinanzgerichtes als durchaus gewichtig zu qualifizieren, wobei ihre Realisierung zudem als wahrscheinlich zu beurteilen sei (BFG 22.6.2020, RV/7106398/2019).

Hinsichtlich des vertraglich vereinbarten Übertragungsrechtes wurde argumentiert, dass es sich nicht um ein „einfaches“ oder „bloßes“ Weitergaberecht handle, sondern das vereinbarte Recht dem Präsentationsrecht eher vergleichbar wäre, weil die Zustimmung der Bf. notwendig sei und es im Falle einer Übertragung zu einem Neuabschluss käme. In diesem Zusammenhang sei auch keine Wahrscheinlichkeitsprüfung durchzuführen. Die Mieterin sei hinsichtlich des eingeräumten Übertragungsrechtes in keiner Weise beschränkt und liege eine sehr hohe Eintrittswahrscheinlichkeit vor. Der Vertrag sei als ein Bestandvertrag von unbestimmter Dauer zu qualifizieren und sei die Selbstberechnung richtig gewesen, weshalb eine bescheidmäßige Festsetzung der Gebühr nicht erfolgen dürfe. Der Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung wurde zurückgezogen.

Die Stellungnahme wurde dem Finanzamt zur Kenntnis gebracht, eine Äußerung seitens des Finanzamtes erging nicht dazu.

II. Das Bundesfinanzgericht hat erwogen:

1. Sachverhalt

Vorweg ist festzustellen, dass die Bf. den Mietgegenstand selbst von der ***H*** angemietet hat. Im Hinblick auf das gegenständliche Mietverhältnis liegt daher ein Untermietverhältnis vor. Im vorliegenden Fall wird die Bf. jedoch als Vermieterin und die Vertragspartnerin, die ***X GmbH**, als Mieterin bezeichnet.

Der gegenständliche Mietvertrag lautet auszugsweise:

Punkt 2. „Mietdauer“ lautet folgendermaßen:

„2.1. Das Mietverhältnis beginnt am Tag der Übergabe des Mietgegenstands und endet mit Ablauf des 31.01.2027, ohne dass es einer Aufkündigung bedarf.

2.2. Ungeachtet der vereinbarten Befristung ist die Vermieterin berechtigt, das Mietverhältnis zu jeder Zeit aus einem der in § 30 Abs. 2 MRG oder § 1118 ABGB angeführten Gründe schriftlich aufzulösen.

2.3. Ein wichtiger Grund, der die Vermieterin zur sofortigen Auflösung gemäß § 1118 ABGB berechtigt, liegt insbesondere vor, wenn die Mieterin

(a) den Mietgegenstand entgegen der Bestimmung in Punkt 5.1. verwendet;

(b) am Mietgegenstand bauliche Veränderungen entgegen der Bestimmung in Punkt 6.2. vornimmt;

(c) den Mietgegenstand entgegen der Bestimmung in Punkt 9. untervermietet oder weitergibt.

Festgehalten wird, dass eine Verwendung des Mietgegenstandes entgegen der Bestimmungen in Punkt 5.1. oder Punkt 9 nach dem mit der ***H*** abgeschlossenen Mietvertrag zu einer Verpflichtung der Vermieterin zur Zahlung einer Vertragsstrafe an die ***H*** sowie einer Haftung für darüber hinausgehende Schäden der ***H*** führen kann. Die Mieterin hält die Vermieterin daher auf deren erste Anforderung von allen Ansprüchen der ***H*** auf Zahlung dieser Vertragsstrafe sowie auf Ersatz von darüber hinaus gehenden Schäden, die aufgrund eines Verstoßes der Mieterin gegen Punkt 5.1. oder Punkt 9. gegen die Vermieterin geltend gemacht werden, schad- und klaglos.“

Unter Punkt 3. „Mietzins und Nebenkosten, Kaution“ lautet 3.10:

„3.10 Im Zuge des Bauvorhabens zur Errichtung des unter Punkt 1.2. genannten Geschäftsgebäudes wird der Vermieterin von der Stadtgemeinde ***3*** eine Aufschließungs- oder Ergänzungsabgabe in Höhe von voraussichtlich rund EUR 65.000,00 vorgeschrieben werden. Die Mieterin trägt diese Abgabe gegenüber der Vermieterin nach Rechnungslegung durch die Vermieterin mit folgendem Anteil: vorgeschriebener Betrag x Prozentsatz endgültiger Flächenanteil Mietgegenstand laut Übergabeprotokoll x 0,25. Im gleichen Ausmaß beteiligt sich die Mieterin nach Rechnungslegung durch die Vermieterin an den Kosten für die Errichtung von zwei Werbepylonen gemäß Werbekonzept (Anlage ./5.2.). Die Kosten der Errichtung dieser Werbepylone betragen voraussichtlich EUR 80.000,--.“

Punkt 9. „Untervermietung und Weitergabe“ lautet:

„9.1 Jede gänzliche oder teilweise Untervermietung oder sonstige Weitergabe des Mietgegenstandes ohne vorherige schriftliche Zustimmung der Vermieterin ist unzulässig. Die Vermieterin kann die Zustimmung nur aus wichtigem Grund verweigern. Ein wichtiger Grund liegt insbesondere vor, wenn die geplante Untervermietung oder Weitergabe aus Sicht der ***H*** eine Verletzung des mit dieser abgeschlossenen Mietvertrags über die Liegenschaft darstellt. Zu diesem Zweck ist die Vermieterin berechtigt, den geplanten Vertrag über die Untervermietung oder sonstige Weitergabe der ***H*** zur Stellungnahme offen zu legen.“

2. Beweiswürdigung

Diese unstrittigen Sachverhaltsfeststellungen ergeben sich aus dem vorgelegten Akt des Finanzamtes, ErfNr. ***123***, und werden nach § 167 Abs. 2 BAO als erwiesen angenommen.

3. Rechtliche Beurteilung

3.1. Zu Spruchpunkt I. (Abweisung bzw. Abänderung)

Nach § 17 Abs. 1 GebG 1957 ist für die Festsetzung der Gebühren der Inhalt der über das Rechtsgeschäft errichteten Schrift (Urkunde) maßgebend. Es ist daher auf den erklärten Vertragswillen abzustellen (vgl. auch BFG 24.9.2019, RV/7100215/2017).

Gemäß § 33 TP 5 Abs. 1 Z 1 GebG 1957 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, im allgemeinen einer Gebühr von 1 v.H. nach dem Wert.

Abs. 3 leg. cit. in der gegenständlich anzuwendenden Fassung besagt: „Bei unbestimmter Vertragsdauer sind 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. Abweichend vom ersten Satz sind bei Bestandverträgen über Gebäude oder Gebäudeteile, die überwiegend Wohnzwecken dienen, einschließlich sonstiger selbständiger Räume und anderer Teile der Liegenschaft (wie Keller- und Dachbodenräume, Abstellplätze und Hausgärten, die typischerweise Wohnräumen zugeordnet sind) die wiederkehrenden Leistungen höchstens mit dem Dreifachen des Jahreswertes anzusetzen.“

§ 30 Mietrechtsgesetz (MRG) bestimmt unter dem Titel „Kündigungsbeschränkungen“ Folgendes:

„(1) Der Vermieter kann nur aus wichtigen Gründen den Mietvertrag kündigen.

(2) Als ein wichtiger Grund ist es insbesondere anzusehen, wenn

1. der Mieter trotz einer nach dem Eintritt der Fälligkeit erfolgten Mahnung mit der Bezahlung des Mietzinses über die übliche oder ihm bisher zugestandene Frist hinaus, mindestens aber acht Tage im Rückstand ist;

2. der Mieter, dessen vereinbarter Mietzins ganz oder teilweise in eigenen Dienstleistungen besteht, die bedungenen Dienste vertragswidrig verweigert;

3. der Mieter vom Mietgegenstand einen erheblich nachteiligen Gebrauch macht, namentlich den Mietgegenstand in arger Weise vernachlässigt oder durch sein rücksichtsloses, anstößiges oder sonst grob ungehöriges Verhalten den Mitbewohnern das Zusammenwohnen verleidet oder sich gegenüber dem Vermieter oder einer im Haus wohnenden Person einer mit Strafe bedrohten Handlung gegen das Eigentum, die Sittlichkeit oder die körperliche Sicherheit schuldig macht, sofern es sich nicht um Fälle handelt, die nach den Umständen als geringfügig zu bezeichnen sind; dem Verhalten des Mieters steht, soweit er es unterließ, die ihm mögliche Abhilfe zu schaffen, das Verhalten seines Ehegatten und der anderen mit ihm zusammenwohnenden Familienangehörigen sowie der von ihm sonst in die gemieteten Räume aufgenommenen Personen gleich;

4. der Mieter den Mietgegenstand mit oder ohne Beistellung von Einrichtungsgegenständen ganz weitergegeben hat und ihn offenbar in naher Zeit nicht für sich oder die eintrittsberechtigten Personen (§ 14 Abs. 3) dringend benötigt oder, wenngleich auch nur teilweise, durch Überlassung an einen Dritten gegen eine im Vergleich zu dem von ihm zu entrichtenden Mietzins und etwaigen eigenen Leistungen an den Dritten unverhältnismäßig hohe Gegenleistung verwertet. Die teilweise Weitergabe einer Wohnung kommt einer gänzlichen Weitergabe gleich, wenn die nicht weitergegebenen Teile der Wohnung nicht zur Befriedigung des Wohnbedürfnisses des Mieters oder der eintrittsberechtigten Personen regelmäßig verwendet werden;

5. die vermieteten Wohnräume nach dem Tod des bisherigen Mieters nicht mehr einem dringenden Wohnbedürfnis eintrittsberechtigter Personen (§ 14 Abs. 3) dienen;

6. die vermietete Wohnung nicht zur Befriedigung des dringenden Wohnbedürfnisses des Mieters oder der eintrittsberechtigten Personen (§ 14 Abs. 3) regelmäßig verwendet wird, es sei denn, daß der Mieter zu Kur- oder Unterrichtszwecken oder aus beruflichen Gründen abwesend ist;

7. die vermieteten Räumlichkeiten nicht zu der im Vertrag bedungenen oder einer gleichwertigen geschäftlichen Betätigung regelmäßig verwendet werden, es sei denn, daß der Mieter nur vorübergehend wegen Urlaubs, Krankheit oder Kuraufenthalts abwesend ist;

8. der Vermieter die gemieteten Wohnräume für sich selbst oder für Verwandte in absteigender Linie dringend benötigt und ihm oder der Person, für die der Mietgegenstand benötigt wird, aus der Aufrechterhaltung des Mietvertrags ein unverhältnismäßig größerer Nachteil erwüchse als dem Mieter aus der Kündigung; die Abwägung der beiderseitigen Interessen entfällt, wenn es sich um eine vom Wohnungseigentümer nach Wohnungseigentumsbegründung vermietete Eigentumswohnung handelt;

9. der Vermieter den Mietgegenstand für sich selbst oder für Verwandte in gerader Linie dringend benötigt und dem Mieter Ersatz beschaffen wird;

10. der Vermieter den Mietgegenstand, der schon vor der Kündigung zur Unterbringung von Arbeitern oder sonstigen Angestellten des eigenen Betriebes bestimmt war, für diesen Zweck dringend benötigt;

11. ein dem Bund, einem Bundesland oder einer Gemeinde gehöriger Mietgegenstand auf eine Art verwendet werden soll, die in höherem Maß den Interessen der Verwaltung dient als die gegenwärtige Verwendung, und dem Mieter Ersatz beschafft wird;

12. bei Untermietverhältnissen durch die Fortsetzung der Untermiete wichtige Interessen des Untervermieters verletzt würden, namentlich wenn der Untervermieter den Mietgegenstand für sich selbst oder für nahe Angehörige dringend benötigt oder wenn ihm nach den Umständen die Aufrechterhaltung der Wohnungsgemeinschaft mit dem Untermieter billigerweise nicht zugemutet werden kann;

13. ein im Mietvertrag schriftlich als Kündigungsgrund vereinbarter Umstand eintritt, der in bezug auf die Kündigung oder die Auflösung des Mietverhältnisses für den Vermieter (Untervermieter), für seine nahen Angehörigen (§ 14 Abs. 3) oder für das Unternehmen, für das der Vermieter (Untervermieter) allein oder in Gemeinschaft mit anderen Personen vertretungsbefugt ist, als wichtig und bedeutsam anzusehen ist;

14. die ordnungsgemäße Erhaltung des Miethauses, in dem sich der Mietgegenstand befindet, aus den Hauptmietzinsen einschließlich der zur Deckung eines erhöhten Erhaltungsaufwandes zulässigen erhöhten Hauptmietzinse weder derzeit, noch auf Dauer sichergestellt werden kann, die baubehördliche Bewilligung zur Abtragung des Miethauses erteilt worden ist und dem Mieter Ersatz beschafft wird;

15. ein Miethaus ganz oder in dem Teil, in dem sich der Mietgegenstand befindet, abgetragen oder umgebaut werden soll, mit dem Abbruch (Umbau) die Errichtung eines neuen (geänderten) Baues sichergestellt ist, die Bezirksverwaltungsbehörde auf Antrag des

Bauwerbers mit Bescheid erkannt hat, daß selbst unter Berücksichtigung schutzwürdiger Interessen der bisherigen Mieter der geplante Neubau (Umbau) aus Verkehrsrücksichten, zu Assanierungszwecken, zur Vermehrung der Wohnungen, die zur Beseitigung oder Milderung eines im Ortsgebiet bestehenden quantitativen Wohnungsbedarfes oder eines qualitativen Wohnfehlbestandes geeignet sind, oder aus anderen Gründen im öffentlichen Interesse liegt und dem Mieter Ersatz beschafft wird;

16. der Hauptmieter einer Wohnung der Ausstattungskategorie ‚D‘ weder bereit ist, eine vom Vermieter im Sinn des § 4 Abs. 4 angebotene Standardverbesserung zuzulassen, noch die angebotene Standardverbesserung selbst durchzuführen, und dem Mieter Ersatz beschafft wird.“

§ 1118 ABGB lautet: „Der Bestandgeber kann seinerseits die frühere Aufhebung des Vertrages fordern, wenn der Bestandnehmer der Sache einen erheblich nachteiligen Gebrauch davon macht; wenn er nach geschehener Einmahnung mit der Bezahlung des Zinses dergestalt säumig ist, dass er mit Ablauf des Termines 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.“

3.1.1. Vertragsdauer

a.) Kündigungsgründe

Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes besteht das Unterscheidungsmerkmal zwischen auf bestimmte Zeit und auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Bestandverträgen darin, ob nach dem erklärten Vertragswillen beide Vertragsteile durch 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 aufzulösen, der Beurteilung des Vertrages als eines auf bestimmte Zeit abgeschlossenen, nach dem zweiten Satz des § 33 TP 5 Abs. 3 GebG nicht im Wege steht (VwGH 17.9.1990, 90/15/0034).

Während die Vereinbarung aller Kündigungsgründe nach § 30 Abs. 2 MRG keine ausreichende Beschränkung der Kündigungsmöglichkeit darstellt, vermögen ausnahmsweise bestehende Kündigungsmöglichkeiten die grundsätzliche Bindung einer Vertragspartei an ein nach dem Vertragsinhalt auf bestimmte Dauer abgeschlossenes Bestandverhältnis nicht aufzuheben (VwGH 16.10.1989, 88/15/0040).

Was eine Beschränkung der Kündigungsmöglichkeiten auf einzelne im Vertrag ausdrücklich bezeichneten 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. VwGH 16.10.1989, 88/15/0040; VwGH 17.9.1990, 90/15/0034; VwGH 19.9.2017, Ra 2017/16/0111 und 0112 mwN).

Wenn auch die Vereinbarung aller Kündigungsgründe des § 30 Abs. 2 MRG allein noch keine ausreichende Beschränkung der Kündigungsmöglichkeiten mit dem Ergebnis eines Vertrages auf bestimmte Dauer darstellt, so kann eine Gewichtung und eine Unwahrscheinlichkeit der Realisierung dieser vertraglich vereinbarten Kündigungsgründe durchaus zum Ergebnis führen, von einem Vertrag auf bestimmte Dauer auszugehen (vgl. VwGH 4.12.2019, Ro 2018/16/0004; VwGH 19.9.2017, Ra 2017/16/0111 bis 0112; VwGH 26.4.2018, Ra 2018/16/0040; VwGH 3.6.2020, Ra 2019/16/0182).

Ob die Vertragsdauer bestimmt oder unbestimmt ist, wird somit nicht nach der Form, sondern nach dem Inhalt des Vertrages beurteilt und hängt einerseits davon ab, wie umfassend die Kündigungsrechte sind, andererseits aber auch davon, wie wahrscheinlich es ist, dass ein Kündigungsrecht ausgeübt werden kann (VwGH 26.4.2018, Ra 2018/16/0040)

Die Anführung aller Kündigungsgründe nach § 30 Abs. 2 MRG in einem Vertrag bedeutet somit nicht, dass in allen Fällen unkritisch von einer unbestimmten Vertragsdauer auszugehen ist. So ist der gesamte Vertragsinhalt einer Einzelfallprüfung zu unterziehen, die ergeben kann, dass von den Vertragsparteien eine zeitlich konkret begrenzte Bestandsdauer gewollt ist, die bei vertragsgetreuem Verhalten aller Wahrscheinlichkeit nach auch erreicht wird.

Im gegenständlichen Fall wird eine Geschäftsfläche in einem erst zu errichtenden Geschäftsgebäude bis zum 31. Jänner 2027 in Bestand gegeben, sodass das Mietverhältnis nach Ablauf dieser Zeit endet, ohne dass es einer ausdrücklichen Aufkündigung bedarf. Die Vermieterin ist unabhängig von der vereinbarten Laufzeit des Mietverhältnisses berechtigt, zu jeder Zeit das Mietverhältnis gemäß § 1118 ABGB oder aus einem in § 30 Abs. 2 MRG angeführten Grund aufzulösen. Daneben ist die Vermieterin noch zur sofortigen Vertragsauflösung aus drei näher beschriebenen Gründen berechtigt (siehe Sachverhalt), die alle eine grobe Pflichtverletzung der Mieterin voraussetzen, wobei die Mieterin auch bei zwei Kündigungsgründen (1. vertragswidrige Verwendung; 2. vertragswidrige Untervermietung oder Weitergabe) die die Vermieterin treffende Verpflichtung zur Leistung einer Vertragsstrafe gegenüber der ***H*** zu übernehmen hätte und allenfalls auch Schadenersatz leisten müsste.

Betrachtet man die Kündigungsgründe des § 30 Abs. 2 MRG, so ergibt sich, dass die in Z 5, 6, 8 und 16 eingeräumten Kündigungsgründe im gegenständlichen Fall nicht zur Anwendung gelangen können, da diese Ziffern auf die Vermietung von Wohnraum abstellen. Z 2 kommt nicht in Betracht, weil der vereinbarte Mietzins nicht in einer Dienstleistung besteht. Z 10 eignet sich nicht als Kündigungsgrund, weil das Bestandsobjekt ein Geschäftslokal ist und nicht zur Unterbringung von Arbeitern oder sonstigen Angestellten dient. Z 11 (öffentliches Interesse), Z 14 und Z 15 (beziehen sich auf ein Mietshaus) sind aufgrund des anderen

Sachverhaltes ebenfalls nicht anwendbar. Z 13 ist kein eigener Kündigungsgrund, sondern sieht vielmehr die Möglichkeit vor, weitere Umstände als Kündigungsgründe zu vereinbaren, was gegenständlich durch die Aufnahme dreier weiterer Kündigungsgründe erfolgte.

Eine Kündigung wegen Eigenbedarf nach § 30 Abs. 2 Z 9 MRG würde nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes voraussetzen, dass die Bestandgeberin die von ihr verpachteten oder vermieteten Räumlichkeiten zur Erfüllung ihres Zweckes, also für ihren Betrieb, dringend benötigt (vgl. BFG 06.02.2017, RV/7105923/2015). Lediglich dieser Kündigungsgrund liegt in der Sphäre der Bestandgeberin. Die Wahrscheinlichkeit der Realisierung dieses Kündigungsgrundes wird allerdings als äußerst gering eingestuft. Der gegenständliche Bestandvertrag hat eine Geschäftsfläche in einem Fachmarktzentrum zum Gegenstand und handelt es sich bei der Bestandgeberin um eine juristische Person (FN ***Nr***), die einen Handel mit Waren aller Art betreibt. Es liegen keinerlei Hinweise vor, dass die Bestandgeberin tatsächlich auch Eigenbedarf an der in Bestand gegebene Fläche haben könnte, weil sie bereits mit ihrem Lebensmittelhandel im Fachmarktzentrum vertreten ist. Aus diesem Grund ist auch die Realisierung des Kündigungsgrundes nach § 30 Abs. 2 Z 12 MRG als nicht wahrscheinlich zu beurteilen.

Damit verbleiben der Bestandgeberin lediglich die Kündigungsgründe der Ziffern 1 (rückständiger Mietzins), 3 (erheblich nachteiliger Gebrauch des Mietgegenstandes), 4 (bei Weitergabe) und 7 (keine regelmäßige Verwendung zur vereinbarten geschäftlichen Betätigung). Es kommen also nur diese einzelnen Kündigungsgründe und die drei weiteren in Punkt 2.3 vereinbarten Kündigungsgründe in Betracht, die alle nur bei Vertragsverletzungen geltend gemacht werden können und ein grobes Fehlverhalten der Bestandnehmerin voraussetzen. Zudem würde die Mieterin bei einer vertragswidrigen Verwendung des Mietgegenstandes und bei einer unzulässigen Untervermietung von Ersatzforderungen der Bf. getroffen werden, was die Vertragstreue sicher stellen soll. Die Bestandgeberin kann die Kündigungsgründe nicht beeinflussen und steht ihr bei vertragskonformen Verhalten der Mieterin kein Kündigungsrecht zu. Es besteht für sie keine Möglichkeit einer Vertragsauflösung aufgrund freier Entscheidung.

Die Tatbestände der §§ 1117 und 1118 ABGB sind solche, die es dem einen oder anderen Teile gestatten, das Vertragsverhältnis ohne Kündigung vorzeitig zu beenden. Es handelt sich hier um Fälle von Vertragsverletzungen oder von zufälligen Ereignissen, die von außen her den Gegenstand des Bestandvertrags treffen (VwGH 21.5.1958, 1974/55). Dem Umstand, dass die Auflösung des Mietvertrages wegen der in § 1118 ABGB normierten Gründen nicht ausgeschlossen wurde, kommt kein Gewicht in der Frage der Bindung der Vertragsparteien auf bestimmte Zeit zu (vgl. VwGH 29.6.1992, 91/15/0040).

Die vereinbarten Kündigungsgründe lassen damit nur sehr eingeschränkt eine vorzeitige Kündigung zu und ist eine frühzeitige Auflösung des nach dem Willen der Vertragsparteien auf bestimmte Zeit abgeschlossenen Bestandvertrages als nicht wahrscheinlich einzustufen.

Es ist daher nach dem gesamten Vertragsinhalt davon auszugehen, dass bei beiden Vertragsparteien der Wille bestand, das Vertragsverhältnis für eine bestimmte Dauer, nämlich bis zum 31. Jänner 2027 aufrechtzuerhalten.

Das Bundesfinanzgericht hat sich in den letzten Jahren mehrfach mit Bestandverträgen beschäftigt, in denen die Vertragsparteien zwar die Kündigungsgründe des § 30 Abs. 2 MRG vereinbart haben, sich aus dem Gegenstand des konkreten Bestandvertrages ergibt, dass von den in § 30 Abs. 2 MRG genannten Kündigungsgründen nur einzelne Kündigungsgründe überhaupt in Betracht kommen können und wurden Verträge, bei denen nur einzelne der in § 30 Abs. 2 MRG aufgezählten Kündigungsgründe anwendbar blieben, als Bestandverträge auf bestimmte Zeit beurteilt; so zB zuletzt auch in BFG 28.4.2021, RV/7100691/2018; BFG 12.1.2021, RV/7103456/2020; BFG 18.11.2020, RV/7100544/2018; BFG 18.08.2020, RV/7100312/2020; BFG 16.4.2020, RV/7102968/2017; BFG 23.3.2020, RV/7100404/2018; BFG 15.1.2020, RV/7100109/2017; BFG 7.10.2019, RV/7101823/2017; BFG 24.9.2019, RV/7100215/2017; BFG 8.8.2019, RV/7105629/2018; BFG 19.12.2017, RV/7101160/2017; BFG 27.9.2017, RV/7105121/2016.

Die gegen die Entscheidungen BFG 4.4.2017, RV/1100501/2016, BFG 19.12.2017, RV/7101160/2017, BFG 4.7.2019, RV/7103228/2019, BFG 8.8.2019, RV/7105629/2018, BFG 16.4.2020, RV/7102968/2017 sowie BFG 09.06.2020, RV/7103379/2019 eingebrachten außerordentlichen Revisionen wurden vom Verwaltungsgerichtshof ebenso mit Beschluss zurückgewiesen (siehe VwGH 19.09.2017, Ra 2017/16/0111, VwGH 26.4.2018, Ra 2018/16/0040, VwGH 28.11.2019 Ra 2019/16/0173, VwGH 03.06.2020, Ra 2019/16/0182, und VwGH 18.08.2020, Ra 2020/16/0115) wie die gegen BFG 27.9.2017, RV/7105121/2016 eingebrachte ordentliche Revision (siehe VwGH 4.12.2019, Ro 2018/16/0004).

Auch der Verfassungsgerichtshof hat die Behandlung der gegen die Entscheidung BFG 4.4.2017, RV/1100501/2016 eingebrachten Beschwerde abgelehnt (vgl. VfGH 26.6.2018, E 1739/2017 und E 1740/2017).

Im Fall VwGH 4.12.2019, Ro 2018/16/0004, hatte das BFG bei einer Vereinbarung aller Kündigungsgründe des § 30 Abs. 2 MRG ebenfalls eine Einzelfallprüfung durchgeführt und kam zum Ergebnis, dass nach Gewicht und Wahrscheinlichkeit der Realisierung der vereinbarten Kündigungsgründe von einer bestimmten Vertragsdauer auszugehen sei. Der Verwaltungsgerichtshof stützte diese Rechtsansicht mit einem Hinweis auf zwei andere Beschlüsse folgendermaßen: „Wenn auch die Vereinbarung aller Kündigungsgründe des § 30 Abs. 2 MRG allein noch keine ausreichende Beschränkung der Kündigungsmöglichkeiten mit dem Ergebnis eines Vertrages auf bestimmte Dauer darstellt, so kann eine Gewichtung und

eine Unwahrscheinlichkeit der Realisierung dieser vertraglich vereinbarten Kündigungsgründe durchaus zum Ergebnis führen, von einem Vertrag auf bestimmte Dauer auszugehen.“

Auch im gegenständlichen Fall führen die einzelnen Kündigungsrechte nach § 33 TP 5 Abs. 3 zweiter Satz GebG nicht dazu, dass ein ausdrücklich auf eine bestimmte Zeit eingegangenes Bestandverhältnis gebührenrechtlich als eines mit einer ungewissen Dauer zu qualifizieren ist, weil die Realisierung eines Kündigungsgrundes nicht als wahrscheinlich einzustufen ist.

Im Erkenntnis vom 8.4.1964, 840/62 heißt es ua. wörtlich: „Im Übrigen ist zu bemerken, dass ein Bestandverhältnis, das zwar der Form nach auf eine bestimmte Zeit eingegangen worden ist, aber dennoch vor Ablauf dieser Zeit von jedem der beiden Vertragsteile oder auch nur von einem von ihnen beliebig aufgelöst werden kann, in seiner Dauer unbestimmt ist. Soll die Anwendung des genannten Absatzes 3. Satz 2 nicht zu offenbar unvernünftigen und dem Willen der Parteien widersprechenden Ergebnissen führen, dann muss der Sinn dieser Gesetzesstelle dahin verstanden werden, dass nicht jede vorbehaltene schrankenlose Kündigungsmöglichkeit es der Behörde erlaubt, einen Bestandvertrag dennoch, wenn in ihm auch ein Endzeitpunkt des Vertragsverhältnisses angegeben ist, als einen Vertrag auf bestimmte Zeit zu werten, sondern dass dies nur dann zulässig ist, wenn die Möglichkeit der Kündigung für einzelne im Vertrag ausdrücklich bezeichnete Fälle vorgesehen ist. **Somit wird auch in Fällen, in denen einem Vertragsteile das Kündigungsrecht überhaupt nicht oder für eine bestimmte Zeit nicht zusteht, der andere Vertragsteil aber nur in bestimmten Fällen, aber nicht schrankenlos nach freiem Belieben kündigen kann** – wie es z.B. im Falle des hg. Erkenntnisses vom 13. Juli 1960, Slg. Nr. 2249 (F) vereinbart war -, **ein Bestandvertrag auf bestimmte Zeit angenommen werden müssen.** Ist allerdings nur ein Vertragsteil zeitlich gebunden, während der andere das Vertragsverhältnis ohne Beschränkung auf einzelne im Vertrag ausdrücklich bezeichnete Gründe durch Kündigung auflösen kann, dann ist nach Ansicht des verstärkten Senates ein Bestandverhältnis auf unbestimmte Zeit anzunehmen.“

Aus diesem von der Bf. herangezogenen Erkenntnis des VwGH lässt sich für die Bf. nichts gewinnen. So trifft sogar die Aussage des vorletzten Satzes auf den gegenständlichen Sachverhalt vollständig zu, weil der hier zu beurteilende Vertrag für die Mieterin keine Kündigungsmöglichkeit vorsieht und die Bestandgeberin nur in bestimmten Fällen - bei einem Fehlverhalten der Mieterin -, aber nicht schrankenlos nach freiem Belieben kündigen kann.

In der Entscheidung des VwGH 16.10.1989, 88/15/0040 wird dem Beschwerdebegehren der Partei hinsichtlich der Dauer des Bestandverhältnisses insofern stattgegeben, weil der Gerichtshof die Realisierung eines Kündigungsgrundes als durchaus wahrscheinlich ansah. Daraus ist zu ersehen, dass auch hier eine Einzelfallprüfung durchgeführt wurde und die Wahrscheinlichkeit einer Vertragsauflösung bei der Beurteilung ausschlaggebend war. Die Ansicht der Bf., dass bei einer Einräumung sämtlicher gesetzlicher Kündigungsmöglichkeiten nach § 30 Abs. 2 MRG eine weitergehende Prüfung nach Gewicht und Wahrscheinlichkeit einer

Realisierung der vertraglich vereinbarten Kündigungsgründe zu entfallen hat, stützt dieses Erkenntnis nicht.

b.) Präsentationsrecht/Weitergaberecht

Die Bf. sieht laut ihrer Stellungnahme vom 16. August 2021 in der Bestimmung des Punktes 9 des Vertrages kein „einfaches“ oder „bloßes“ Weitergaberecht vorliegen und sieht darin eher ein Präsentationsrecht verwirklicht.

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 Inhaltes abzuschließen (OGH 28.6.2000, 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 (VwGH 17.9.1990, 90/15/0034). Dies aus dem Grund, da es die Mieterin in Gestalt des Präsentationsrechts in der Hand hätte, jederzeit, auch während einer bestimmten Vertragsdauer, die Auflösung des Bestandverhältnisses zu erwirken (vgl. VwGH 17.9.1990, 90/15/0034; VwGH 9.9.2015, Ro 2014/16/0072; VwGH 29.6.2017, Ro 2015/16/0032). Allerdings bedeutet die Phrase „in der Regel“ auch, dass es Konstellationen geben kann, bei denen trotz eines eingeräumten Präsentationsrechtes von einem Vertrag auf bestimmte Dauer auszugehen ist (vgl. so zB BFG 23.04.2020, RV/7101246/2020).

Ein Weitergaberecht berechtigt zur Übertragung der Rechte und Pflichten aus dem Bestandverhältnis auf einen Dritten, ohne dass es einer (weiteren) Erklärung des Bestandgebers bedarf. Mit 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 2014/16/0072). Ein derartiges Weitergaberecht verleiht dem Bestandvertrag daher nicht ein derartiges Maß an Ungewissheit hinsichtlich seiner Dauer, dass er gebührenrechtlich als auf unbestimmte Dauer abgeschlossen zu qualifizieren ist (vgl. BFG 14.7.2015, RV/7101783/2012).

Der Verwaltungsgerichtshof hat im Erkenntnis vom 9.9.2015, Ro 2014/16/0072 klargestellt, dass die im Erkenntnis des VwGH vom 27.1.2000, 99/16/0017, vertretene Ansicht, durch Ausübung des vertraglich vereinbarten Weitergaberechts könne die Vertragspartei den Bestandvertrag auflösen, nicht aufrechterhalten wird (vgl. auch VwGH 29.6.2017, Ro 2015/16/0032). Weil die von der Bf. zitierte Entscheidung zur Rechtslage vor der Änderung des § 33 TP 5 Abs. 3 GebG durch das AbgÄG 1998, BGBl. I Nr. 28/1999, erging, war im Übrigen auch kein verstärkter Senat erforderlich.

Gegenständlich soll von der Bestandnehmerin kein "Nachfolgemmieter" nominiert werden, mit dem dann die Bf. einen neuen Bestandvertrag abschließen soll, sondern kann nach dem Gesamtinhalt des Punktes 9.1. des Bestandvertrages der Mieter- bei Zustimmung der Bf. - den

Mietgegenstand untervermieten (vgl. § 1098 ABGB) oder weitergeben. Eine solche Zustimmung kann nur aus wichtigem Grund verweigert werden, was insbesondere dann vorliegt, wenn die geplante Untervermietung oder Weitergabe aus Sicht der ***H*** eine Verletzung des mit dieser abgeschlossenen Mietvertrages darstellt.

Bei einer (durch die Zustimmung der Bf. zulässigen) Untervermietung der Bestandsache wird der gegenständliche Bestandvertrag nicht aufgelöst; der Bestandvertrag zwischen der Bf. und der Mieterin ist weiterhin aufrecht. Lediglich wird zwischen der Bestandnehmerin und einem Dritten ein weiteres Rechtsverhältnis begründet, indem eine Einigung über Konditionen und Laufzeit usw. erzielt wird. Nur bei einer Untervermietung oder Weitergabe des Mietgegenstandes ohne Zustimmung der Bf. würde ein Kündigungsgrund in Hinsicht auf den gegenständlichen Mietvertrag vorliegen, dessen Eintritt also von einem groben Fehlverhalten der Bestandnehmerin abhängig wäre, wobei deren Vertragstreue durch die Vereinbarung der Übernahme einer die Bf. treffenden Vertragsstrafe und einer Schadensersatzpflicht zusätzlich abgesichert wurde (siehe Punkt 2.3. des Mietvertrages).

Damit wurde ein Weitergaberecht zugunsten der Mieterin vereinbart, das unter der Bedingung steht, dass die Bf. als Vermieterin vor Ausübung des Rechtes durch die Mieterin schriftlich ihr Einverständnis erklärt.

Die in Punkt 9.1 enthaltene Vereinbarung über eine gänzliche oder teilweise Untervermietung oder sonstige Weitergabe des Bestandobjektes kann daher nicht bewirken, dass aus diesem Grund eine frühzeitige Auflösung des Bestandvertrages vor dem mit 31. Jänner 2027 als Ablaufdatum fixierten Vertragsende als wahrscheinlich anzunehmen ist und steht diese Bestimmung einer Beurteilung des Vertrages als eine Vereinbarung von bestimmter Dauer nicht entgegen.

Die Selbstberechnung, die von einer unbestimmten Vertragsdauer ausging, erwies sich daher als nicht richtig, weshalb die bescheidmäßige Festsetzung der Gebühr gemäß § 201 Abs. 2 Z 3 BAO zu Recht erfolgte und dem Beschwerdevorbringen auf Aufhebung des Bescheides nicht zu folgen war.

3.1.2. Bemessungsgrundlage

Kosten für Werbepylone als Teil des Wertes des Bestandvertrags

Die Bestimmung der Bemessungsgrundlage mit dem Begriff „nach dem Wert“ bedeutet nach der ständigen Judikatur sowohl des Verwaltungsgerichtshofes, als auch des Verfassungsgerichtshofes (zitiert in Fellner, Gebühren und Verkehrssteuern, Band I, § 33 TP 5 Rz 75), dass darunter der Preis, das heißt alle Leistungen zu verstehen sind, die der Bestandnehmer für die Überlassung der Sache zum Gebrauch zu erbringen hat.

Der anteilige Beitrag für die Errichtung der Werbeflyonen ist als Teil der Leistung, die im Austauschverhältnis zur Einräumung des Benützungsrechtes steht, in die Bemessungsgrundlage einzubeziehen. Dies hat offensichtlich auch die Bf. so beurteilt, wenn sie in ihrer Selbstberechnung, die sie als richtig erachtet, den Betrag von 8.305 Euro in die Bemessungsgrundlage einbezog.

Da im angefochtenen Bescheid dieser Beitrag offensichtlich irrtümlich nicht in die Bemessungsgrundlage einbezogen wurde, war die Abgabenfestsetzung gemäß § 279 Abs. 1 BAO abzuändern:

Bemessungsgrundlage lt. Bescheid	2,629.028,18 Euro
+ ant. Kosten für Werbeflyone	8.305,00 Euro
Bemessungsgrundlage	2,637.333,18 Euro
1% von 2,637.333,18 Euro	26.373,33 Euro
abzüglich Selbstberechnung	7.617,42 Euro
Nachforderung	18.755,91 Euro
Bisherige Nachforderung	18.672,86 Euro
Differenz	83,05 Euro

Aus den Beschwerdepunkten ergeben sich keine Grenzen der Abänderungsbefugnis und besteht bei der Abänderung des angefochtenen Bescheides kein Verböserungsverbot (Ritz, Kommentar zur BAO⁶, Rz 13 und 17).

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.

Die Beurteilung, ob ein konkreter Bestandvertrag im Einzelfall in seiner Gesamtgestaltung als ein Vertrag von bestimmter oder von unbestimmter Dauer anzusehen ist, ist – von krassen Fehlentscheidungen abgesehen – keine Frage, die über den Einzelfall hinausgeht und ist die Gewichtung und Wahrscheinlichkeit der Realisierung der im Einzelfall vertraglich vereinbarten Kündigungsgründe eine Tatfrage. Der VwGH hat in jüngster Zeit bereits mehrfach Revisionen in

ähnlichen Fällen mittels Beschluss zurückgewiesen (zB VwGH 19.9.2017, Ra 2017/16/0111; 26.4.2018, Ra 2018/16/0040; 4.12.2019, Ro 2018/16/0004).

Die Frage, ob ein Weitergaberecht zu einer unbestimmten Vertragsdauer führt, wurde bereits durch die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes beantwortet und kommt ihr daher auch keine grundsätzliche Bedeutung zu. So wurde zuletzt durch Beschluss des VwGH vom 29.6.2017, Ro 2015/16/0032, eine Revision gegen die Entscheidung des BFG vom 14.7.2015, RV/7101783/2012, zurückgewiesen.

Graz, am 5. November 2021