



## Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der L.K., L.W., vertreten durch T.W., gegen den Bescheid des Finanzamtes für Gebühren und Verkehrsteuern Wien vom 2. Dezember 2003 betreffend Rechtsgebühr entschieden:

Der Berufung wird Folge gegeben und der angefochtene Bescheid gemäß § 289 Abs. 2 BAO abgeändert wie folgt:

Die Rechtsgebühr gemäß § 33 TP 9 GebG wird festgesetzt mit € 4.134,24  
(2 % von einer Bemessungsgrundlage von € 206.712,00).

### Entscheidungsgründe

Mit Servitutsvertrag vom 10. Oktober 2003, abgeschlossen zwischen der L.B. als Servitutsgeberin und der L.K., der Berufungswerberin, wurde der Berufungswerberin die Dienstbarkeit der Fruchtnießung gemäß § 509 ABGB an dem der Servitutsgeberin gehörigen Baurechte und Mietrechte am Grundstück Nr. 1 eingeräumt. Als Entgelt für die Einräumung dieses Servitutsrechtes hat die Berufungswerberin ab dem 1. Jänner 2003 monatlich einen Betrag von € 1.595,-- zuzüglich Umsatzsteuer zu bezahlen.

Der Artikel V. „Dauer“ dieses Vertrages lautet:

*„Festgehalten wird, dass das Baurecht bis 31.12.2102 besteht (lt. Nachtrag zum Baurechtsvertrag vom 2. Mai 2003). Dieser Servitutsvertrag verlängert sich ipso facto in jenem Umfange, als sich auch das Baurecht verlängert. Das Fruchtgenussrecht wird ausdrücklich nur bis zum Erlöschen des Baurechts aus welchem Grund auch immer eingeräumt. Die Servitutsgeberin ist verpflichtet, das Baurecht aufrecht zu halten und alles vorzukehren, dass eine vorzeitige Auflösung unterbleibt.“*

*Das Fruchtgenussrecht wird auf Dauer des Bestehens der Servitutsberechtigten eingeräumt. Der Fortbestand des Servituts gilt jedoch unabhängig vom Wechsel der Gesellschafter. Für den Fall, dass die Servitutsberechtigte in Liquidation tritt, sind die gemäß dem Gesellschaftsvertrag der Servitutsberechtigten (oder allfälligen sonstigen Vereinbarungen zwischen den Gesellschaftern der Servitutsberechtigten) hiezu Berechtigten berechtigt zu erklären, dass sie den Servitutsvertrag als Servitutsberechtigte ungeachtet der Liquidation der Servitutsberechtigten gemäß diesem Vertrage fortsetzen und sind berechtigt, diese Fortsetzung in einer von ihnen gewünschten Rechtsform fortzuführen. Dies umfasst auch das Recht, die Rechte und Pflichten aus dem Servitutsvertrag auf Dritte oder einzelne/mehrere der Gesellschafter der Servitutsberechtigten zu übertragen. Die Servitutsgeberin nimmt ausdrücklich dieses Recht der Gesellschafter der Servitutsberechtigten zur Kenntnis und erklärt bereits jetzt, einen derartigen Eintritt in den Servitutsvertrag zu akzeptieren. Sie verpflichtet sich – welche Verpflichtung auch die sodann Eintretenden in den Servitutsvertrag trifft – alle zur Umsetzung dieses Eintrittes erforderlichen Urkunden zu errichten und die Übertragung des Servitutsrechtes im Grundbuch in der gehörigen Form zu veranlassen. Die damit im Zusammenhang stehenden Kosten haben die Eintretenden zu tragen.*

*Die Servitutsgeberin verpflichtet sich, einen gleichlautenden Servitutsvertrag mit einem von der Servitutsberechtigten namhaft gemachten Dritten abzuschließen, der an die Stelle der Servitutsberechtigten tritt. Die Errichtung dieses Vertrages hat innerhalb von vier Wochen nach schriftlicher Nennung des Dritten zu erfolgen.*

*Jede Partei ist berechtigt, den gegenständlichen Vertrag unter Einhaltung einer dreimonatigen Frist zu jedem Monatsletzten zu kündigen, wenn über das Vermögen einer der beiden*

Parteien ein Reorganisations-, Ausgleichs- oder Konkursverfahren eröffnet wurde. Im Falle der Eröffnung eines der vorgenannten Verfahrens über die Servitusberechtigte, sind die Gesellschafter der Servitusberechtigten ungeachtet der Kündigung, die durch die Abgabe einer solchen Erklärung wirkungslos wird, berechtigt, gegenüber der Servitutsgeberin zu erklären, dass einzelne oder alle von ihnen den Servitutsvertrag auf seine restliche Laufzeit fortsetzen und in den Servitutsvertrag eintreten. Den so Eintretenden steht die Wahl der Rechtsform frei, in welcher sie den Eintritt erklären/vollziehen. Bereits die Beantragung eines der vorgenannten Verfahrens berechtigt den jeweils anderen Vertragsteil dann, den gegenständlichen Vertrag unter Einhaltung einer dreimonatigen Frist zu jedem Monatsletzten zu kündigen, wenn die Beantragung eines solchen Verfahrens durch den jeweiligen Vertragsteil selbst erfolgt. Auch in diesem Falle sind die Gesellschafter der Servitusberechtigten zur Abgabe der vorstehend geregelten Erklärung und damit der Aufhebung der Kündigung berechtigt.

Soweit dem nicht zwingende Bestimmungen entgegenstehen, ist die Servitutsgeberin zur Auflösung des Servitutsvertrages nicht berechtigt, wenn über das Vermögen der Servitutsgeberin selbst eines der vorgenannten Verfahren eröffnet wird oder die Eröffnung eines solchen Verfahrens mangels kostendeckenden Vermögens unterbleibt.

Wird über das Vermögen der Servitusberechtigten eines der vorgenannten Verfahren eröffnet und führt dies mangels Eintrittes den Servitutsvertrag Fortsetzender zur Auflösung des Servitutsvertrages, hat die Servitutsgeberin der Servitusberechtigten den Zeitwert der von der Servitusberechtigten vorgenommenen Investitionen zu ersetzen. Die Auflösung des Servitutsvertrages oder von diesen, wie in diesem Artikel V geregelt, benannten Dritten, tritt jedoch dann nicht ein, wenn der eintrittsberechtigte Gesellschafter der Servitusberechtigten die Fortsetzung des Servitutsvertrages zwischen ihnen und der Servitutsgeberin erklären. Wird über den Zeitwert keine Einigung erzielt, ist über Verlangen auch nur eines der Vertragsteile der Zeitwert durch einen aufrecht eingetragenen Sachverständigen festzustellen. Wird über die Person des Sachverständigen trotz Aufforderung eines Vertragsteiles innerhalb von drei Wochen keine Einigung erzielt, ist dieser durch den Präsidenten der Kammer der Wirtschaftstreuhänder über Antrag auch nur eines der Vertragsteile zu bestimmen. Das Sachverständigengutachten ist für beide Teile bindend.

Im Falle der Beendigung des Fruchtgenussrechtes aus sonstigen Gründen gehen die baulichen Veränderungen ersatzlos in das Eigentum der Servitutsgeberin über soweit diese baulichen Veränderungen nicht ohne Verletzung der Substanz entfernt werden können. Können sie ohne Verletzung der Substanz entfernt werden, so steht der Servitusberechtigten das Wahlrecht zu, dieselben zu entfernen oder zu belassen.

Die Liegenschaft ist durch die Servitutsgeberin in jenem Zustand zu übernehmen, in welchem sie sich zum Zeitpunkt der Beendigung des Servitutsvertrages befindet. Ein darüber hinausgehender Anspruch steht der Servitutsgeberin nicht zu."

Mit Bescheid vom 2. Dezember 2003 wurde vom Finanzamt für Gebühren und Verkehrsteuern in Wien der Berufungswerberin für diesen Servitutsvertrag gemäß § 33 TP 9 GebG die Gebühr mit € 8.268,48 vorgeschrieben. Die Bemessungsgrundlage wurde gemäß § 15 Abs. 2 BewG mit dem 18-fachen Jahresentgelt ermittelt.

In der gegen diesen Bescheid eingebrachten Berufung wurde vorgebracht, dass nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes immerwährende Leistungen und Nutzungen dann vorliegen, wenn das Ende der Leistungen/Nutzungen sowohl dem Grunde

als auch dem Zeitpunkt nach ungewiss ist. Im gegenständlichen Fall ist die Laufzeit des Fruchtgenussrechtes an das Bestehen des Baurechtes gekoppelt und ist aus dieser vertraglichen Bestimmung ersichtlich, dass das Fruchtgenussrecht unzweifelhaft spätestens nach Ablauf des Baurechtes endet und damit dem Grunde nach nicht ungewiss ist. Mit dem gegenständlichen Vertrag wurde keine immerwährende Nutzung oder Leistung im Sinne des § 15 Abs. 2 BewG begründet.

Mit Berufungsvorentscheidung vom 10. Februar 2004 wurde vom Finanzamt für Gebühren und Verkehrsteuern in Wien diese Berufung als unbegründet abgewiesen. Die Abweisung wurde wie folgt begründet:

*„Die Berufungswerberin (Bw.) wendet sich gegen die Bewertung mit dem 18-fachen des Jahreswertes nach § 15 (2) BewG (immerwährende Dauer). Es sei hier keine immerwährende Vertragsdauer gegeben. Die Bw. hält aber in der Berufung fest, dass die Einräumung des Fruchtgenussrechtes an ein zeitlich befristetes Baurecht erfolgt wäre. Der Ablauf des gegenständlichen Rechtes sei an den Ablauf des Baurechtes gekoppelt und sei daher dem Grunde nach bestimmt.“*

*„Das Baurecht wurde bis zum 31. 12. 2102 eingeräumt. Es liegt hier, wie auch die Bw. festhält, eine bestimmte Zeit vor. An diese Laufzeit knüpft der Servitutsvertrag an. Die Parteien haben durch den Verweis auf den Baurechtsvertrag die Vertragsdauer des Fruchtgenussrechtes bestimmt (vgl. VwGH v. 19. 12. 2002, Zl. 99/16/0405). Bei bestimmter Vertragsdauer ist nach § 26 iVm § 15 (1) BewG der Gesamtwert der Nutzung die Summe der einzelnen Jahreswerte, maximal das 18-fache. Dem in der Berufung zit. VwGH-Erk. v. 16. 2. 1984 Zlen. 83/15/0047, 0048, lag ein anderer Sachverhalt zugrunde: Der Ablauf des Rechtes war von der Betriebsfähigkeit der Liftanlagen abhängig (unbestimmte Dauer). Vorliegendenfalls ist, wie in der Berufung ausdrücklich angeführt, der Ablauf des Rechtes an den Ablauf des Baurechtes gekoppelt und ist daher dem Grunde nach bestimmt.“*

*„Im Ergebnis tritt keine Änderung ein, da nach § 15 (1) BewG hier gleichfalls der Gesamtwert der Nutzung mit dem 18-fachen des Jahreswertes zu bewerten ist.“*

In dem darauf eingebrochenen Vorlageantrag wurde ergänzend vorgebracht, dass der gegenständliche Vertrag neben den Kündigungsgründen des Konkurses, Ausgleiches oder der Reorganisation ein so genanntes Präsentationsrecht enthält. Die Berufungswerberin ist gemäß Punkt V des Vertrages jederzeit berechtigt, der Servitutsgeberin einen geeigneten Nachfolger in der Ausübung des Fruchtgenussrechtes namhaft zu machen. Mangels Judikatur zur vertraglichen Fruchtgenusseinräumung wird auf die Judikate des Verwaltungsgerichtshofes zu Bestandverträgen verwiesen, da die Einräumung eines Servitutsrechtes und die Errichtung eines Bestandvertrages vom Vertragsinhalt hinsichtlich der Frist durchwegs vergleichbar sind. Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes besteht das Unterscheidungsmerkmal zwischen auf bestimmte 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. Wesentlich für die Qualifizierung eines Vertrages als Vertrag von unbestimmter Dauer ist einerseits, dass die Beendigungsmöglichkeit durch den Urkundeninhalt gedeckt ist und andererseits, dass die Realisierung der Beendigungsmöglichkeit nicht völlig unwahrscheinlich ist. Das mit dem gegenständlichen Servitutsvertrag eingeräumte Fruchtgenussrecht kann nach dem erklärten Parteiwillen jederzeit durch die Inanspruchnahme eines Weitergabe- und Präsentationsrechtes beendet werden. Die Ausübung des Weitergabe- und Präsentationsrechtes ist unter Berücksichtigung aller Umstände als nicht unwahrscheinlich zu qualifizieren. Der gegenständliche Vertrag sei als Vertrag von unbestimmter Dauer zu qualifizieren und damit gemäß § 15 Abs. 2 BewG mit dem neunfachen Jahreswert zu bewerten.

***Über die Berufung wurde erwogen:***

Dienstbarkeiten, wenn jemandem der Titel der Erwerbung einer Dienstbarkeit entgeltlich eingeräumt oder die entgeltliche Erwerbung von dem Verpflichteten bestätigt wird, unterliegen gemäß § 33 TP 9 GebG einer Rechtsgebühr in Höhe von 2 vH vom Wert des bedungenen Entgeltes. Daraus folgt, dass bei Verträgen auf bestimmte Dauer der Wert der vom Servitusberechtigten während der gesamten vorgesehenen Vertragsdauer geschuldeten Leistungen in die Bemessungsgrundlage einzubeziehen ist. Dieser beträgt gemäß § 15 Abs. 1 Satz 3 BewG höchstens das Achtzehnfache des Jahreswertes. Bei unbestimmter Vertragsdauer sind die wiederkehrenden Leistungen hingegen gemäß § 15 Abs. 2 mit dem Neunfachen des Jahreswertes zu bewerten.

Im gegenständlichen Fall ist bei der Ermittlung der Bemessungsgrundlage noch zu klären, ob ein Vertrag auf bestimmte oder unbestimmte Dauer vorliegt.

Das Unterscheidungsmerkmal zwischen auf bestimmte Zeit und auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Verträgen besteht 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 aufzulösen, 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 beantwortet werden muss.

Für den Fall der Liquidation der Berufungswerberin besteht für ihre Gesellschafter ein Fortsetzungs- und Eintrittsrecht. Vereinbarungsgemäß sind die Vertragsparteien berechtigt

den Vertrag zu kündigen, wenn über das Vermögen einer der Parteien ein Reorganisations-, Ausgleichs- oder Konkursverfahren eröffnet wurde. Bei Eröffnung eines dieser Verfahren über die Berufungswerberin können auch wieder ihre Gesellschafter erklären, den Servitutsvertrag auf seine restliche Laufzeit fortzusetzen und in diesen einzutreten.

Neben diesen Kündigungsgründen und Fortsetzungs- und Eintrittsrechten wurde im Punkt V. dieses Vertrages weiter vereinbart, dass sich die Servitutsgeberin verpflichtet einen gleich lautenden Servitutsvertrag mit einem von der Berufungswerberin namhaft gemachten Dritten abzuschließen, der an die Stelle der Berufungswerberin tritt. Danach ist die Berufungswerberin jederzeit berechtigt, der Servitutsgeberin einen geeigneten Nachfolger in der Ausübung des Fruchtgenussrechtes namhaft zu machen.

Bei diesem im Vertrag vereinbarten Recht handelt es sich um ein so genanntes Präsentationsrecht, welches der Berufungswerberin das Recht einräumt, der Servitutsgeberin eine geeignete Person als Nachfolger vorzuschlagen, wobei die Servitutsgeberin verpflichtet ist, innerhalb von vier Wochen nach schriftlicher Nennung dieses Nachfolgers mit diesem einen gleich lautenden Servitutsvertrag abzuschließen. Dass die Servitutsgeberin die Möglichkeit hat, diesen Nachfolger aus bestimmten Gründen nicht zu akzeptieren, wurde im gegenständlichen Vertrag nicht vereinbart. Der Nachfolger tritt dann an die Stelle der Berufungswerberin.

Die Berufungswerberin hat es somit in Gestalt ihres Präsentationsrechtes in der Hand, jederzeit durch Nennung eines Nachfolgers eine Auflösung des Fruchtgenussrechtes zu bewirken. Ökonomisch denkende Unternehmer vereinbaren so genannte Weitergabe- oder Präsentationsrechte in von ihnen geschlossenen Verträgen deshalb, um im Wege der Ausübung derselben jederzeit den sich laufend ändernden ökonomischen Verhältnissen entsprechend Rechnung tragen zu können. Das im vorliegenden Fall durch Punkt V. des Servitutsvertrages eingeräumte Recht der Berufungswerberin, eine Auflösung des Vertrages durchzusetzen, muss im konkreten Fall nach ihrem Gewicht und ihrer Wahrscheinlichkeit so beurteilt werden, dass damit wegen der Freiheit der Berufungswerberin zur Vertragsbeendigung insgesamt eine ungewisse Vertragsdauer anzunehmen ist. Die Ausübung des Weitergabe- und Präsentationsrechtes ist nicht als unwahrscheinlich zu qualifizieren. Es liegt hier ein Vertrag von unbestimmter Dauer vor und ist somit die Bemessungsgrundlage mit dem Neunfachen des Jahreswertes zu bewerten.

Das Unterscheidungsmerkmal zwischen auf bestimmte Zeit und auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Verträgen besteht darin, ob nach dem erklärten Vertragswillen beide

Vertragsteile durch eine bestimmte Zeit an den Vertrag gebunden sein sollen oder nicht.

Durch das Präsentationsrecht liegt es in der Hand der Berufungswerberin jederzeit durch Nennung eines Nachfolgers aus dem Vertrag auszusteigen. Sie ist somit nicht durch eine bestimmte Zeit an den Vertrag gebunden.

Da dem Berufungsbegehr vollinhaltlich stattgegeben wurde, konnte auf die Abhaltung einer mündlichen Verhandlung verzichtet werden.

Aus diesen Gründen war spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 9. Februar 2007