

# immo *aktuell*

Immobilien – Steuern – Recht

Karin Fuhrmann | Johann Höllwerth | Sabine Kanduth-Kristen | Simone Maier-Hülle  
Alexandra Patloch-Kofler | Florian Petrikovics | Katharina Pinter | Markus Reithofer  
Bernhard Woschnagg | Christian Zenz

## **Der aktuelle Fall**

Frist zur Aufgabe des Hauptwohnsitzes

## **Wohnraum- und Bauoffensive**

Zweckzuschüsse und antispekulative Regelungen

## **Erheblich nachteiliger Gebrauch**

Räumungsklage vs gerichtliche Aufkündigung

## **Cash-Management im (Immobilien-)Konzern**

Rechtliche Herausforderungen und Gestaltungsmöglichkeiten

## **Praxisinformationen**

Blick in die Immobilienbranche

Rechtsprechung von VwGH und OGH samt Anmerkungen

# Rechtsprechung Steuerrecht

Sabine Kanduth-Kristen / Andreas Kampitsch

§ 33 TP 5 GebG

immo aktuell 2024/20

## Bestimmte Dauer bei Bestandvertrag mit Präsentationsrecht

VwGH 8. 4. 2024, Ra 2021/16/0086

**Der VwGH hat in seinem Beschluss vom 25. 11. 2021, Ra 2021/16/0087, [...] festgehalten, dass selbst, wenn man der Ausübung des Präsentationsrechts das Momentum einer Ungewissheit für die Dauer des ursprünglichen Bestandvertrags unterstellen würde, diesem Umstand als auflösende Bedingung in Anwendung des § 17 Abs 4 GebG keine Bedeutung für die Entstehung einer Gebührenschuld zukäme. Denn gem § 17 Abs 4 GebG ist es auf die Entstehung der Gebührenschuld ohne Einfluss, ob die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts von einer Bedingung oder von einer Genehmigung eines der Beteiligten abhängt (vgl VwGH 25. 11. 2021, Ra 2021/16/0087, mwN).**

**Sachverhalt:** Dem Erkenntnis liegt ein Bestandvertrag über Büroräumlichkeiten zugrunde, welcher befristet auf die Dauer von zehn Jahren und neun Monaten abgeschlossen wurde. Teil des Bestandvertrags war auch die Vereinbarung eines Präsentationsrechts für die Bestandnehmerin, das entweder vor Bezug des Bestandgegenstands durch die Bestandnehmerin oder frühestens 60 Monate nach Mietbeginn ausgeübt werden konnte. Die Bestandgeberin war bei Ausübung des Präsentationsrechts – unter gewissen Voraussetzungen, wie zB, dass die Bestandnehmerin bis dahin alle ihre Verpflichtungen erfüllt habe bzw dass der präsentierte Nachmieter eine ähnliche Bonität aufweise wie die ursprüngliche Bestandnehmerin – zum Abschluss eines Bestandvertrags mit dem präsentierten Nachmieter verpflichtet.

Das Finanzamt setzte die Rechtsgeschäftsgebühr für den Bestandvertrag ausgehend von einer Bestandsdauer von zehn Jahren und neun Monaten (dh über die gesamte bestimmte Dauer des Bestandverhältnisses) fest; die Bestandnehmerin wandte sich dagegen mit Beschwerde an das BFG und beantragte wegen der Vereinbarung des Präsentationsrechts die Berechnung der Gebühr ausgehend von einer unbestimmten Dauer des Bestandvertrags (vgl VwGH 17. 9. 1990, 90/15/0034).

Aufgrund des Präsentationsrechts gab das BFG der Beschwerde der (im Revisionsverfahren mitbeteiligten) Bestandnehmerin statt und ließ eine ordentliche Revision an den VwGH nicht zu. Dagegen wandte sich das Finanzamt mit außerordentlicher Revision an den VwGH, der das Erkenntnis des BFG wegen inhaltlicher Rechtswidrigkeit aufhob.

**Rechtliche Beurteilung:** [...] Ein Präsentationsrecht liegt dann vor, wenn sich der Bestandgeber nach Art eines Vorvertrags gegenüber dem Bestandnehmer verpflichtet hat, unter bestimm-

ten Bedingungen die Zustimmung zum Eintritt eines Dritten (anstelle des Bestandnehmers) in das Bestandverhältnis zu erteilen oder mit einem vom Bestandnehmer vorgeschlagenen geeigneten Dritten einen Vertrag gleichen (oder bestimmten anderen) Inhalts abzuschließen (vgl VwGH 9. 9. 2015, Ra 2015/16/0072).

Wie in der Revision zutreffend vorgebracht wird, ist das BFG lediglich aufgrund des vereinbarten Präsentationsrechts davon ausgegangen, dass ein Vertrag von unbestimmter Dauer vorliege. Der dem revisionsgegenständlichen Fall zugrunde liegende Vertrag unterscheidet sich allerdings von jenem, der der vom BFG ins Treffen geführten Entscheidung des VwGH vom 17. 9. 1990, 90/15/0034, zugrunde lag schon dadurch, dass das damalige Mietverhältnis auf unbestimmte Zeit abgeschlossen worden war, während im vorliegenden Fall ausdrücklich eine Befristung des Bestandvertrags von zehn Jahren und neun Monaten bedungen wurde (vgl auch VwGH 18. 8. 2020, Ra 2020/16/0115).

Der VwGH hat in seinem Beschluss vom 25. 11. 2021, Ra 2021/16/0087, auf den gem § 43 Abs 2 Satz 2 iVm Abs 9 VwGG verwiesen wird, festgehalten, dass selbst, wenn man der Ausübung des Präsentationsrechts das Momentum einer Ungewissheit für die Dauer des ursprünglichen Bestandvertrags unterstellen würde, diesem Umstand als auflösende Bedingung in Anwendung des § 17 Abs 4 GebG keine Bedeutung für die Entstehung einer Gebührenschuld zukäme. Denn gem § 17 Abs 4 GebG ist es auf die Entstehung der Gebührenschuld ohne Einfluss, ob die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts von einer Bedingung oder von einer Genehmigung eines der Beteiligten abhängt (vgl VwGH 25. 11. 2021, Ra 2021/16/0087, mwN). [...]

## Anmerkung

Mit dem vorliegenden Erkenntnis erodiert der VwGH bislang geltende und auf seine Rechtsprechung zurückzuführende gebührenrechtliche Grundsätze zur Bestimmung der Dauer eines Bestandvertrags weiter: Ist es – in Abweichung zu seiner früheren Rechtsprechung – nunmehr bei den typischen Bestandverträgen über Geschäftsräumlichkeiten nicht mehr ausreichend, (lediglich) alle (denkmöglichen) Kündigungsgründe des § 30 Abs 2 MRG zu vereinbaren (vgl hierzu zB *Kampitsch*, Mietvertragsgebühr: Geschäftsraummiete – keine unbestimmte Dauer bei Vereinbarung der Kündigungsgründe des § 30 Abs 2 MRG, immo aktuell 2020, 24, zu VwGH 4. 12. 2019, Ro 2018/16/0004; *Pinetz/Schaffer*, Bestimmte vs unbestimmte Vertragsdauer von

Mietverträgen gemäß § 33 TP 5 GebG, SWK 12/2020, 694), um eine unbestimmte Dauer des Bestandvertrags herbeizuführen, wurde mit Erkenntnis vom 9. 9. 2015, Ro 2014/16/0072 auch für den Fall der Vereinbarung eines Weitergaberechts die frühere Rechtsprechung (VwGH 27. 1. 2000, 99/16/0017) „nicht aufrecht [erhalten]“ und ausgesprochen, dass es – unter Rückgriff auf zivilrechtliche Ausführungen des OGH – durch die Weitergabe eines Bestandverhältnisses eben zu keiner Auflösung des Bestandvertrags komme (sondern zu einer Vertragsübernahme) und folglich ein solches Weitergaberecht den Bestandvertrag nicht zu einem solchen von unbestimmter Dauer mache.

Zurückzuführen sind diese Auseinandersetzungen im Kern auf das Erkenntnis des verstärkten Senats VwGH 8. 4. 1964, 0840/62, in welchem die Geltung des § 33 TP 5 Abs 3 Satz 2 GebG („Ist die Vertragsdauer bestimmt, aber der Vorbehalt des Rechtes einer früheren Aufkündigung gemacht, so bleibt dieser Vorbehalt für die Gebührenermittlung außer Betracht.“) teleologisch reduziert wurde:

„Soll die Anwendung [des § 33 TP 5 Abs 3 Satz 2 GebG] nicht zu offenbar unvernünftigen und dem Willen der Parteien widersprechenden Ergebnissen führen, dann muß [sic] der Sinn dieser Gesetzesstelle dahin verstanden werden, daß [sic] 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 [sic] dies nur zulässig ist, wenn die Möglichkeit der Kündigung für einzelne im Vertrag ausdrücklich bezeichnete Fälle vorgesehen ist.“

Ohne diese Rechtsprechung wäre schon bisher für jeden Fall eines Bestandvertrags mit bestimmter Dauer selbst bei Vereinbarung eines schrankenlosen Kündigungsrechts auch gebührenrechtlich von einem Bestandvertrag mit bestimmter Dauer auszugehen gewesen.

Bislang hatte der VwGH – ausgehend von seinem Erkenntnis VwGH 17. 9. 1990, 90/15/0034, und unter Verweis auf dieses – weiterhin betont, dass das Vorliegen eines Präsentationsrechts „[in der Regel] bewirkt [...], dass von einer unbestimmten Vertragsdauer auszugehen ist“ (VwGH 9. 9. 2015, Ra 2015/16/0072, Ro 2014/16/0072; 29. 6. 2017, Ro 2015/16/0032), ohne hier zwischen (zivilrechtlich) auf unbestimmte oder bestimmte Dauer abgeschlossenen Verträgen zu unterscheiden.

Mit seiner Entscheidung VwGH 18. 8. 2020, Ra 2020/16/0115 (siehe dazu *Kampitsch*, Bestandvertrag und als Weitergaberecht ausgestaltetes „Präsentationsrecht“: bestimmte Dauer, immo aktuell 2020, 245), hat der VwGH begonnen, die Geltung seiner früheren Rechtsprechung bezüglich der Auswirkung der Vereinbarung eines Präsentationsrechts schrittweise zurückzunehmen. In diesem Erkenntnis hatte er erstmals darauf hingewiesen, dass seine Rechtsprechung

zum Präsentationsrecht iZm einem zivilrechtlich auf unbestimmte Dauer abgeschlossenen Vertrag ergangen war (und implizit konstatiert, dass sie daher für Verträge mit bestimmter Dauer nicht anwendbar sei, vgl auch *Resch*, Neue „Formel“ des VwGH zur gebührenrechtlichen Dauer von Bestandverträgen, immo aktuell 2020, 239 [241]): „[Das] damalige Mietverhältnis [war] auf unbestimmte Zeit abgeschlossen worden [...], womit sich der damalige Beschwerdefall vom vorliegenden Revisionsfall, in dem ausdrücklich eine Befristung des Pachtvertrages auf sieben Jahre bedungen wurde, unterscheidet.“ Diese Rechtsprechung wurde in der Folge in zwei weiteren Beschlüssen (VwGH 26. 5. 2021, Ra 2021/16/0027, Ra 2021/16/0029) zitiert. Freilich bleibt der VwGH die Antwort auf die Frage schuldig, welchen Unterschied es unter gebührenrechtlichen Aspekten macht, ob ein Vertrag von vornherein auf unbestimmte Dauer abgeschlossen wurde und welcher für eine gewisse Zeit von keinem der beiden Vertragspartner aufgelöst werden kann (wie in VwGH 17. 9. 1990, 90/15/0034, und daher für diesen Zeitraum auf bestimmte Dauer abgeschlossen zu beurteilen ist und erst danach auf unbestimmte Dauer, vgl grundlegend VwGH 3. 12. 1964, 0143/63), oder der Vertrag überhaupt nur auf eine bestimmte Dauer abgeschlossen wurde. Nach VwGH 21. 5. 1958, 1974/55, „widerstreitet [es] den Grundsätzen folgerichtigen Denkens und der steuerlichen Gleichmäßigkeit und Gerechtigkeit, wenn ein Vertrag, der ursprünglich auf eine bestimmte Zeit fest abgeschlossen ist und der nach Ablauf dieser Zeit sich unter bestimmten Voraussetzungen auf unbestimmte Zeit verlängert, nur aus dem Grunde, daß [sic] er nach Ablauf der unbestimmten Zeit weitergelten kann, einer geringeren Gebühr unterzogen werden sollte als ein Vertrag, der auf dieselbe bestimmte Zeit abgeschlossen worden ist und dessen Weitergeltung nach Ablauf dieser Zeit nicht vorgesehen ist.“ Vor diesem Hintergrund wäre eine Unterscheidung zwischen der Vereinbarung eines Präsentationsrechts bei einem von vornherein auf unbestimmte Dauer (mit beidseitigen Kündigungsverzicht für eine gewisse Zeit) und bei einem auf bestimmte Dauer abgeschlossenen Bestandvertrag mE nur schwerlich zu rechtfertigen.

Im – von der Fachliteratur weitgehend unbeachteten – Beschluss VwGH 25. 11. 2021, Ra 2021/16/0087, auf den der VwGH im vorliegenden Erkenntnis verweist, verneinte der VwGH dann erstmals überhaupt die Relevanz eines vereinbarten Präsentationsrechts für die Bestimmung der Vertragsdauer: „Selbst wenn man der Ausübung des Präsentationsrechts das Momentum einer Ungewissheit für die Dauer des ursprünglichen Bestandvertrages unterstellte, käme diesem Umstand als auflösende Bedingung in Anwendung des § 17 Abs 4 GebG keine Bedeutung für die Entstehung der Gebührenschuld zu. Denn gemäß § 17 Abs 4 GebG ist es auf die Entstehung der Gebührenschuld ohne Einfluss, ob die

Wirksamkeit eines Rechtsgeschäftes von einer Bedingung oder von einer Genehmigung eines der Beteiligten abhängt (VwGH 7. 8. 2003, 2000/16/0322 = Slg. 7846/F).“

Da sich diese Aussage jedoch sowohl auf Verträge bestimmter Dauer als auch auf von vornherein auf unbestimmte Dauer abgeschlossene, aber aufgrund eines beiderseitigen Kündigungsverzichts für eine gewisse Zeitspanne als Verträge bestimmter Dauer (mit anschließender unbestimmter Dauer) zu beurteilende anwenden lässt, steht mE zu befürchten, dass der VwGH die Vereinbarung eines Präsentationsrechts auch bei zweiten Verträgen nicht mehr ausreichen lässt, um eine von vornherein unbestimmte Vertragsdauer anzunehmen. Die weitere Entwicklung der Rechtsprechung – vor allem zu von

vornherein auf unbestimmte Dauer abgeschlossenen Verträgen – bleibt abzuwarten. Kritikwürdig an der Judikatur des VwGH zum Präsentationsrecht bleibt, dass der Gerichtshof – anders als bei der Aufgabe seiner Rechtsprechung zum Weitergaberecht (VwGH 9. 9. 2015, Ro 2014/16/0072) – das Abgehen von seiner früheren Rechtsansicht nicht als solches bezeichnet; dies führte zB bei der Judikaturwende iZm den Kündigungsgründen des § 30 Abs 2 MRG dazu, dass das BFG Nachsichtsansuchen für die höhere Rechtsgeschäftsgebühr nach § 236 BAO mit dem Hinweis ablehnte, dass der VwGH von seiner früheren Rechtsprechung nicht abgewichen sei (vgl zB BFG 4. 5. 2023, RV/7102883/2022, RV/7102941/2022).

Andreas Kampitsch

## Update aus der Verwaltungspraxis

### Zinsanpassung bei Stundungs-, Anspruchs-, Aussetzungs-, Beschwerde-, Umsatzsteuer- und Rückerstattungszinsen

**Erlass des BMF vom 9. 8. 2024, 2024-0.584.522, BMF-AV 2024/106.**

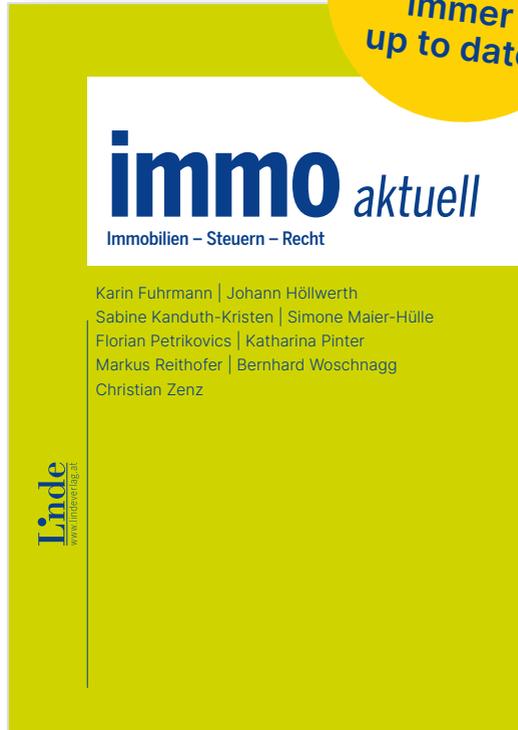
Die Höhe der Stundungs-, Aussetzungs-, Anspruchs-, Beschwerde-, Umsatzsteuer- und Rückerstattungszinsen ist vom jeweils geltenden Basiszinssatz abhängig (§§ 212 Abs 2, 212a Abs 9, 205 Abs 2, 205a Abs 4, 205c Abs 5 BAO, § 16 COFAG-NoAG).

Der Basiszinssatz vom 1. 1. 1999 (= Diskontsatz vom 31. 12. 1998) betrug 2,5 %. Mit BGBl II 2002/309 (Änderung der Basis- und ReferenzzinssatzVO) wurde die Bezugsgröße für den Basiszinssatz (bisher: Einlagenfazilität) auf die Veränderungen des Zinssatzes der Hauptrefinanzierungsoperationen umgestellt. Der Basiszinssatz verändert sich gemäß § 1 Basis- und Referenzzinssatzverordnung idF BGBl II 2002/309, entsprechend dem von der Europäischen Zentralbank auf ihre Hauptrefinanzierungsoperationen angewendeten Zinssatz. Veränderungen von insgesamt weniger als 0,5 Prozentpunkten seit der jeweils letzten Änderung des Basiszinssatzes bleiben dabei außer Betracht (§ 1 BGBl I 1998/125). Seither ergaben sich aufgrund der vom EZB-Rat beschlossenen Zinssatzänderungen folgende Änderungen des Basiszinssatzes:

Wirksamkeit ab	Basiszinssatz	Stundungszinsen	Aussetzungszinsen	Anspruchszinsen	Beschwerdezinsen	Umsatzsteuerzinsen	Zinsen gemäß § 16 Abs 1 Satz 1 COFAG-NoAG	Zinsen gemäß § 16 Abs 1 Satz 2 COFAG-NoAG
14. 9. 2022	0,63 %	2,63 %	2,63 %	2,63 %	2,63 %	2,63 %		
2. 11. 2022	1,38 %	3,38 %	3,38 %	3,38 %	3,38 %	3,38 %		
21. 12. 2022	1,88 %	3,88 %	3,88 %	3,88 %	3,88 %	3,88 %		
8. 2. 2023	2,38 %	4,38 %	4,38 %	4,38 %	4,38 %	4,38 %		
22. 3. 2023	2,88 %	4,88 %	4,88 %	4,88 %	4,88 %	4,88 %		
21. 6. 2023	3,38 %	5,38 %	5,38 %	5,38 %	5,38 %	5,38 %		
20. 9. 2023	3,88 %	5,88 %	5,88 %	5,88 %	5,88 %	5,88 %		
1. 7. 2024	3,88 %	8,38 %	5,88 %	5,88 %	5,88 %	5,88 %		
<b>1. 8. 2024</b>	<b>3,88 %</b>	<b>8,38 %</b>	<b>5,88 %</b>	<b>5,88 %</b>	<b>5,88 %</b>	<b>5,88 %</b>	<b>5,88 %</b>	<b>4,88 %</b>

Dieser Erlass ersetzt den Erlass des BMF vom 6. 6. 2024, 2024-0.339.113.

Mit dem  
Jahresabo  
immer  
up to date!



**Jetzt 20 % Rabatt auf Ihr Abo 2024!**

Immobilien | Steuern | Recht

**Der aktuelle Fall**

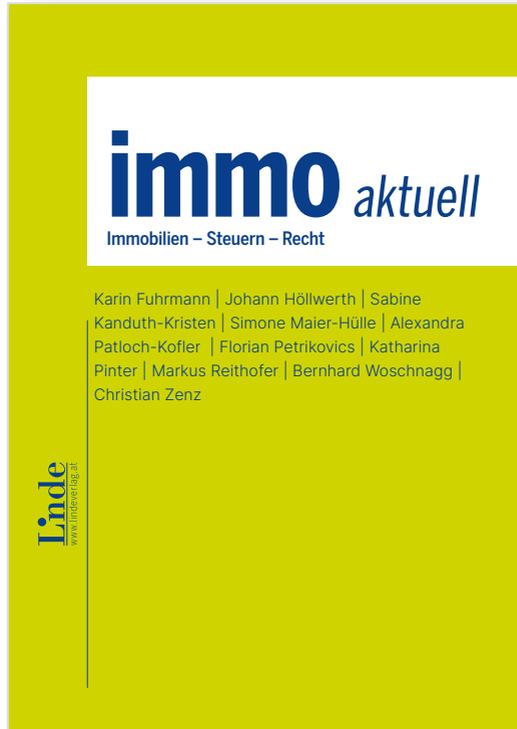
Diskussion am Puls der Zeit

**Immobilien- und Steuerrecht**

Fundierte Fachinformation durch Top-Experten

**Rechtsprechung**

Judikatur des VfGH, VfGH, OGH aus erster Hand



## immo aktuell – Jahresabonnement 2024

### Bestellen unter:

- [www.lindeverlag.at/immo-aktuell](http://www.lindeverlag.at/immo-aktuell)
- [fachzeitschriften@lindeverlag.at](mailto:fachzeitschriften@lindeverlag.at)



Bitte geben Sie bei Ihrer Bestellung  
den Aktionscode V-24 an.

Print & Digital: **€ 297,80** (statt € 372,30)

Preisänderung und Irrtum vorbehalten.  
(Preis inkl. MwSt., zzgl. Versandkosten)

Weitere Informationen zur Zeitschrift  
und alle Abo-Varianten finden Sie unter  
[www.lindeverlag.at/immo-aktuell](http://www.lindeverlag.at/immo-aktuell)