

Mietrecht
Abtretung eines gekündigten Mietverhältnisses

Mietrecht, Abgabenrecht
Mietvertragsgebühr bei Vereinbarung
aller Kündigungsgründe des MRG

Wohnungseigentumsrecht
„Grenzenloses“ Wohnungseigentum
und seine Folgen
Kompetenzen bei Verwalterwechsel

Forum Immobilientreuhänder
Zu Transparenz- und Formerfordernissen
im Maklerrecht

Forum Immobilienbesteuerung
Liebhaberei – Beendigung der Vermietung

Mietvertragsgebühr bei Vereinbarung aller denkmöglichen Kündigungsgründe des § 30 Abs 2 MRG

MRG *Der VwGH wurde im Zuge einer Revision mit der Frage konfrontiert, ob die Vereinbarung aller Kündigungsgründe des § 30 Abs 2 MRG einen beidseitigen Kündungsverzicht derart auflockert, dass gebührenrechtlich nicht mehr von einem befristeten Vertrag gesprochen werden könne. Leider verabsäumte es der VwGH in seiner Entscheidung vom 19. 9. 2017 zu Ra 2017/16/0111 Antworten auf diese brisante Frage zu bringen.*

KLAUS PFEIFFER

A. Die Ausgangssituation

Der VwGH wurde mittels aoRev gegen eine Entscheidung des Bundesfinanzgerichts zur Frage angefragt, ob die Vereinbarung aller Kündigungsgründe des § 30 Abs 2 MRG in Zusammenhang mit einem vermietetseitigen Kündungsverzicht diesen derart aufweiche, dass gebührenrechtlich nicht mehr von einem Vertrag auf bestimmte Dauer gesprochen werden könne.

Die Vertragsparteien hatten einen Mietvertrag zur Errichtung sowie zum anschließenden Betrieb eines Hotels auf unbestimmte Dauer geschlossen, wobei beide Seiten den Vertrag unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von zwölf Monaten zum Ende eines Kalenderjahres kündigen konnten.

Der Mieter erklärte einen Kündungsverzicht von 25 Jahren (mit zusätzlichen Verlängerungsoptionen, die jedoch für die Mietvertragsgebühr unerheblich waren). Der Vermieter gab einen gleichlangen Kündungsverzicht ab, wobei er jedoch jedenfalls aus den Kündigungsgründen aufkündigen durfte, die einem Vermieter im Falle der Vermietung einer Wohnung der Kategorie A in einem vor 1945 errichteten Mietshaus zustanden. Ergänzend wurden außerordentliche Kündigungsgründe vereinbart, die zum Teil mit jenen des § 30 Abs 2 MRG deckungsgleich waren.

Die Vertragsparteien vereinbarten, dass die Bestimmungen der §§ 14, 29 bis 36, 45, 46 und 49 MRG, nicht jedoch die weiteren Bestimmungen des MRG auf den Mietvertrag zur Anwendung gelangten. Im Wesentlichen wurde damit der Normtext des § 1 Abs 4 Z 1 MRG integriert.

B. Die Entscheidung des BFG

Das BFG bestätigte zunächst floskelhaft unter Berufung auf die bestehende Judikatur des VwGH, dass die Vereinbarung *aller* Kündigungsgründe des § 30 Abs 2 MRG die Kündigungsmöglichkeiten des Vermieters nicht derart beschränke, dass nicht mehr von einem Mietvertrag auf unbestimmte Dauer gesprochen werden könne. Das BFG führte dazu insbesondere folgende Rechtssätze ins Treffen:

„Nach ständiger Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes besteht das Unterscheidungsmerkmal zwischen auf bestimmte Zeit und auf unbestimmte Zeit abgeschlossene 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 letzten Satz des § 33 TP 5 Abs 3 GebG 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. [...] Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes stellt die Vereinbarung aller Kündigungsgründe nach § 30 Abs 2 MRG keine ausreichende Beschränkung der Kündigungsmöglichkeiten dar, sodass in einem solchen Fall ein Vertrag auf unbestimmte Zeit anzunehmen ist. [...]“

Nach der – vom BFG selbst zitierten – Judikatur des VwGH ist bei der Frage, ob ein gebührenrechtlich befristeter oder unbefristeter Vertrag vorliegt, danach zu unterscheiden, ob (Variante 1) nur einzelne, bestimmte vermietetseitige Kündigungsgründe vereinbart wurden oder (Variante 2) sämtliche, dem Katalog des § 30 Abs 2 MRG entsprechende Kündigungsgründe. Nur für die erste Variante sieht die Judikatur des VwGH eine Prüfung nach Gewicht und Wahrscheinlichkeit vor (siehe unten).

Dennoch nahm das BFG in weiterer Folge die Kündigungsmöglichkeiten des § 30 Abs 2 MRG unter die Lupe und kam – wenig überraschend – zum Ergebnis, dass diese meist nicht für Geschäftsraummiete, sondern – wie vom historischen Gesetzgeber des

§§ 29, 30 MRG;
§§ 1117, 1118
ABGB;
§ 33 TP 5
GebG

Mietvertrags-
gebühr;
Gebühren-
richtlinien;
Bemessungs-
grundlage;
gebührenrechtlich
unbefristete
und befristete
Verträge

Mag. *Klaus Pfeiffer*, Bakk. LL.M., ist selbständiger Rechtsanwalt bei DORDA Rechtsanwälte GmbH mit der Spezialisierung Real Estate, Construction und M&A, E-Mail: klaus.pfeiffer@dorda.at.

MRG intendiert¹⁾ – für Wohnungen relevant seien. Kryptisch fügte das BFG noch hinzu: „Damit sind allerdings bei weitem nicht alle in Betracht kommenden Kündigungsgründe des § 30 MRG in die Vertragsbestimmungen übernommen worden.“ Das BFG bleibt schuldig, wie die Vertragsparteien den Mietvertrag hätten ausgestalten müssen, um eben alle Kündigungsgründe des § 30 Abs 2 MRG zu vereinbaren. Gerade vor dem Hintergrund des § 30 Abs 2 Z 13 MRG, welcher die Vereinbarung zusätzlicher Beendigungsmöglichkeiten nur sehr eingeschränkt ermöglicht,²⁾ ist diese Bemerkung sehr fragwürdig. Darüber hinaus unterstellt die zitierte Formulierung des BFG, der VwGH würde weitere Kündigungsgründe fordern. Das Gegenteil ist der Fall: Es ist jedenfalls davon auszugehen, dass der VwGH die jeweils anwendbare Gesetzeslage in seinen Erkenntnissen berücksichtigt hat, dennoch in keiner seiner Entscheidungen die Vereinbarung von weiteren – über den Gesetzestext hinausgehenden – Kündigungsgründen forderte. Dies wird vom BFG unrichtig in die Entscheidungen interpretiert.

C. Die Entscheidung des VwGH

Die Vermieterin wandte sich mittels aoRev an den VwGH, zitierte die bisherigen Erkenntnisse des VwGH und führte erneut ins Treffen, dass der VwGH bereits bestätigt hatte, dass die Vereinbarung aller Kündigungsgründe des MRG „keine ausreichende Beschränkung der Kündigungsgründe“ darstelle.

Der VwGH bezog zur relevierten Rechtsfrage keine Stellung, erkannte, dass keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vorlag und führte begründend aus:

„Die vom Verwaltungsgericht im Revisionsfall erzielte Deutung des Mietvertrages als einen auf vorerst bestimmte Zeit abgeschlossenen, der während dieser nur aus besonderen, gewichtigen Gründen gekündigt werden kann, lässt keine Auslegungsfehler oder sonstige Fehlbeurteilung erkennen, die eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung aufwerfen würde.“

Damit gibt es weiterhin kein Erkenntnis zur Frage, wann das Gewicht und die Wahrscheinlichkeit der Kündigungsgründe zu prüfen ist, und damit auch nicht zur Frage, ob ein befristeter oder unbefristeter Vertrag in einer solchen Konstellation vorliegt.

In Hinblick auf die massiven finanziellen Auswirkungen (das Dreifache oder das bis zu Achtzehnfache des Jahreswerts als Bemessungsgrundlage) bedeutet dies eine massive und vor allem unnötige Unklarheit in der Rechtsordnung.

D. Die bestehende Rechtslage

Gemäß § 33 TP 5 Abs 1 GebG unterliegen Bestandverträge und sonstige Verträge, wodurch jemand den Gebrauch einer unverbrauchbaren Sache auf gewisse Zeit und gegen einen bestimmten Preis erhält, einer Mietvertragsgebühr von einem vom Hundert. Wiederkehrende Leistungen sind in der Bemessungsgrundlage zu multiplizieren, wobei gem § 33 TP 5 Abs 3 bei unbestimmter Vertragsdauer von dem

Dreifachen des Jahreswerts, bei bestimmter Vertragsdauer von dem entsprechend vervielfachten, höchstens jedoch dem Achtzehnfachen des Jahreswerts auszugehen ist.

Die Mietvertragsgebühr fiel ursprünglich auch bei Wohnungsmiete an (dort jedoch mit dem Dreifachen des Jahreswerts gedeckelt). Gem § 33 TP 5 Abs 4 Z 1 GebG ist diese jedoch mit Wirkung ab 11. 11. 2017³⁾ von der Gebühr befreit. Das Folgende gilt daher ausschließlich für gewerbliche Miete.

Das Gebührengesetz selbst schweigt zur Auslegung der im Gesetz enthaltenen Termini, sodass sich Finanzbehörden und VwGH grundsätzlich am allgemeinen Zivilrecht orientieren (dies nicht zuletzt aufgrund des Legalverweises auf §§ 1090 ff ABGB).

Beim – wie hier gegenständlichen – unbefristeten Vertrag mit beidseitigem Kündigungsverzicht vertritt der VwGH⁴⁾ jedoch die Ansicht, es handle sich insoweit um einen aus gebührenrechtlicher Sicht befristeten Vertrag, als die Kündigungsverzichtse überlappen und nur einzelne Kündigungsgründe vereinbart wurden. Regelmäßig wird dazu der im oben angeführten BFG-Urteil genannte Leitsatz zitiert (mit leichten Abweichungen in der Diktion).⁵⁾

Das BMF konkretisiert diese Judikatur in den Gebührenrichtlinien⁶⁾ wie folgt:

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

703. Ein Bestandverhältnis, das zwar der Form nach auf eine bestimmte Zeit eingegangen wird, aber dennoch vor Ablauf dieser Zeit von jedem der beiden Vertragsteile oder auch nur von einem von ihnen beliebig aufgelöst werden kann, ist in seiner Dauer unbestimmt.

704. Ein Vertrag auf bestimmte Dauer, bei dem ein *Kündigungsrecht nur für einzelne im Vertrag ausdrücklich bezeichnete Fälle vorgesehen* ist, bleibt gebührenrechtlich ein Vertrag auf bestimmte Dauer.

705. Im Falle einer uneingeschränkten Kündigungsmöglichkeit liegt grundsätzlich ein Vertrag auf unbestimmte Dauer vor. *Ebenso liegt bei Vereinbarung aller denkmöglichen Kündigungsgründe des*

1) Es wurden die Kündigungsgründe des § 19 Mietengesetz, welches nach dem BGBl 1922/872 richtig als „Bundesgesetz vom 7. Dezember 1922 über die Miete von Wohnungen und Geschäftsräumlichkeiten (Mietengesetz)“ bezeichnet wurde, übernommen. Es wurde bewusst vom Gesetzgeber kein erweiterter Katalog für Geschäftsräumlichkeiten im Mietrechtsgesetz vorgesehen; die Kündigungsgründe des § 30 Abs 2 MRG waren für den Gesetzgeber hierfür ausreichend.

2) Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht I²³ § 30 Rz 60; Hausmann in Hausmann/Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht³ § 30 Rz 101 ff; Prader, MRG⁴ § 30 E 595 ff.

3) BGBl I 2017/147.

4) VwGH 22. 12. 1976, 2163/74.

5) Siehe zB VwGH 17. 9. 1990, 90/15/0034.

6) Richtlinie des BMF vom 22. 2. 2007, BMF-010206/0201-VI/5/2006.

§ 30 Abs 2 MRG ein Vertrag von unbestimmter Dauer vor (VwGH 17. 9. 1990, 90/15/0034)“.

Aus mietrechtlicher Sicht ist zu ergänzen, dass Mietverträge im Voll- und Teilanwendungsbereich dem strengen Kündigungsregime der §§ 29 ff MRG unterliegen. Ein Vermieter kann nur dann eine Aufkündigung erfolgreich aussprechen, wenn ein Kündigungsgrund des MRG vorliegt, dies unabhängig davon, ob der Mietvertrag befristet oder unbefristet geschlossen wurde. De facto bedeutet dies für Vermieter, dass unbefristete Verträge über Geschäftsräumlichkeiten unkündbar sind. Zwar räumte der Gesetzgeber den Parteien die Möglichkeit ein, den Katalog auszubauen, doch ist dies nach § 30 Abs 2 Z 13 MRG nur eingeschränkt möglich. Für das Mietrecht hat die Unterscheidung in befristet und unbefristet sohin enorme, ins Grundrecht des Eigentum des Vermieters eingreifende Konsequenzen.

E. Die bestehende Judikatur

Das BFG prüfte in seiner Entscheidung zu RV/1100501/2016 die Wahrscheinlichkeit der vertraglich vereinbarten Kündigungsgründe (dh die gesetzlichen Kündigungsgründe für „eine Wohnung der Kategorie A in einem Miethaus, welches vor 1945 errichtet wurde“) und kam zum Schluss, dass die Kündigungsgründe des § 30 Abs 2 MRG nur teilweise relevant waren; konkret wurden die Kündigungsgründe nach Z 1, 2, 3, 4 und 7 als möglich eingestuft.

Die Prüfung des Gewichts und der Wahrscheinlichkeit bei Anwendbarkeit des § 30 Abs 2 MRG widerspricht jedoch der ständigen Judikatur des VwGH: „Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes stellt die Vereinbarung aller Kündigungsgründe nach § 30 Abs 2 MRG keine ausreichende Beschränkung der Kündigungsmöglichkeiten dar, sodass in einem solchen Fall ein Vertrag auf unbestimmte Zeit anzunehmen ist.“ Der VwGH nimmt daher automatisch und ohne Prüfung (Argument: „sodass“) einen gebührenrechtlich unbefristeten Vertrag an, sofern der Vermieter aus den Gründen nach § 30 Abs 2 MRG beenden darf. Folglich ist nur bei Vereinbarung einzelner Kündigungsgründe (des MRG) eine Wahrscheinlichkeitsprüfung vorzunehmen.⁷⁾

Ausdrücklich wurde dies vom VwGH mit Entscheidung vom 22. 12. 1976⁸⁾ festgehalten: „Was eine Beschränkung der Kündigungsmöglichkeit auf einzelne im Vertrag ausdrücklich bezeichnete Fälle darstellt, ist eine Frage, die nach Gewicht und der Wahrscheinlichkeit einer Realisierung der vertraglich vereinbarten Kündigungsgründe von Fall zu Fall verschieden beantwortet werden muß. Würden etwa im Bestandvertrag alle Kündigungsgründe des § 19 Abs 2 Mietengesetz angeführt, könnte entgegen der von Arnold, aaO, vertretenen Ansicht keinesfalls mehr von einzelnen im Vertrag ausdrücklich bezeichneten Fällen gesprochen werden.“

(Arnold⁹⁾ hatte in der zitierten Stelle vermutet, dass bei Vereinbarung der „19 Kündigungsgründe des § 19 Abs 2 MietG“ wohl nach Ansicht des VwGH noch immer von „einzelnen“ Kündigungsgründen auszugehen war. Diese Annahme wurde je-

doch in der vorzitierten Entscheidung ausdrücklich verneint.)

Eine hievon abweichende Interpretation der Judikatur, wonach immer – also auch wenn sämtliche Kündigungsgründe des § 30 Abs 2 MRG vereinbart wurden – eine Prüfung des Gewichts und der Wahrscheinlichkeit einer Kündigung durchzuführen ist, wäre zumindest im Voll- und Teilanwendungsbereich des MRG systemwidrig, da es gebührenrechtlich zu einer unnötigen Differenzierung in Mietverträge mit/ohne vermierterseitigem Kündigungsverzicht käme, obwohl diese weiterhin aus denselben Gründen beendet werden könnten. Aus MRG-Sicht ist es irrelevant, ob (i) der Vermieter keinen Kündigungsverzicht abgab, jedoch den Kündigungsbeschränkungen des § 30 MRG unterliegt, oder (ii) der Vermieter auf die Kündigung verzichtete, jedoch jedenfalls aus den Kündigungsgründen des § 30 MRG beenden darf. Der Unterschied liegt lediglich in der Diktion. Die zu Ra 2018/16/0040 ergangene Entscheidung des VwGH vom 26. 4. 2018 bringt zur Frage, wann eine Prüfung des Gewichts und der Wahrscheinlichkeit vorzunehmen ist, keinen Mehrwert, lässt doch auch diese offen, ob bei Vereinbarung aller Kündigungsgründe automatisch von einem unbefristeten Vertrag ausgegangen werden kann. Der in Rz als Zitat angeführte Passus der Entscheidung Ra 2017/16/0111 existiert in dieser nicht.

Darüber hinaus müsste jeder, der die Wahrscheinlichkeitsprüfung bei Anwendbarkeit des § 30 Abs 2 MRG fordert – um sich nicht dem Vorwurf der Inkonsequenz auszusetzen – verlangen, dass der Wahrscheinlichkeitstest auch auf unbefristete Mietverträge anzuwenden sei. Diese können im Rahmen des MRG ebenso nur aus bestimmten Gründen beendet werden, die – wie das Erkenntnis zu Ra 2017/16/0111 zeigt – für gewerbliche Miete nur von marginaler Bedeutung sind. Im Ergebnis wäre daher im Voll- und Teilanwendungsbereich gebührenrechtlich immer ein befristeter Vertrag anzunehmen. Dies widerspricht dem expliziten Wortlaut des § 33 TP 5 GebG, da der Gesetzgeber gerade zwischen befristet und unbefristet unterscheiden wollte.

Das BMF nimmt, unter Verweis auf die Judikatur des VwGH, denselben Standpunkt ein, wird in Rz 705 der Gebührenrichtlinien gerade auf eine Entscheidung des VwGH¹⁰⁾ verwiesen. Diese geht im Ergebnis sogar noch einen Schritt weiter und stellt ein Präsentationsrecht der Vereinbarung aller Kündigungsgründe des § 30 Abs 2 MRG gleich: „Das Präsentationsrecht des Mieters verleiht nämlich dem

7) Exemplarisch an dieser Stelle angeführte Rsp des VwGH zu Ra 2017/16/0111: VwGH 16. 6. 1983, 82/15/0019 (Beschränkung auf „ganz besonders begründete Anlässe“); VwGH 17. 2. 1986, 85/15/0112 (Vereinbarung von drei Kündigungsgründen); VwGH 6. 3. 1989, 88/15/0037 (Vereinbarung von fünf Kündigungsgründen); VwGH 27. 1. 2000, 99/16/0017 (Vereinbarung von einzelnen Kündigungsgründen ohne Verweis auf § 30 Abs 2 MRG); VwGH 9. 9. 2015, Ra 2015/16/0072 (Vereinbarung der Kündigungsgründe gem § 1118 ABGB sowie einzelner weiterer Gründe).

8) VwGH 22. 12. 1976, 2163/74.

9) Anwaltsblatt 1974/11.

10) VwGH 17. 9. 1990, 90/15/0034 (richtigerweise handelt es sich dabei um das Judikat für das Präsentationsrecht).

vorliegenden Vertrag insbesondere verglichen mit dem Fall der Vereinbarung aller Kündigungsgründe des § 30 Abs 2 MRG (früher 19 Abs 2 MG) unter Bedachtnahme auf die Schwierigkeiten, die bekanntermaßen ein aufkündigender Vermieter bei der erfolgreichen Durchsetzung seines Anliegens hat, ein derartiges Maß an Ungewissheit hinsichtlich seiner Dauer, daß arg a maiori ad minus im Sinne der schon oben zitierten hg Judikatur [...] ein Bestandvertrag vorliegt, der von Anfang an von ungewisser Dauer ist.“

F. Conclusio

Rechtsanwälte, Notare, Wirtschaftstreuhänder, Immobilienmakler und Immobilienverwalter sind gemäß § 33 TP 5 Z 4 GebG berechtigt, eine Selbstberechnung vorzunehmen. Gerade für diese Berufsgruppen ist es von enormer Bedeutung, dass Klarheit

über die Bemessungsgrundlage herrscht. Die derzeitige Praxis des Finanzamts für Gebühren, Verkehrssteuern und Glücksspiel sowie des BFG, trotz Vereinbarung aller Kündigungsgründe des § 30 Abs 2 MRG eine Prüfung vorzunehmen, widerspricht der Judikatur des VwGH. Die Prüfung ist nach Ansicht des VwGH nur bei Vereinbarung einzelner Kündigungsgründe durchzuführen.

SCHLUSSTRICH

Es ist dringend notwendig, dass der VwGH diesbezüglich eine Klarstellung vornimmt. In der Zwischenzeit empfiehlt es sich für Vertragsparteien, zumindest ein Präsentationsrecht in den Mietvertrag aufzunehmen, um ein zweites Argument für das Dreifache des Jahresentgelts als Bemessungsgrundlage vorweisen zu können.