

steuerabzug nicht ausschließen, stand bereits seit 2012 in Geltung, wohingegen die KI erst 2018 durch den Erwerb des Hauses auf Vermieterseite in die bestehenden Mietverträge mit der Bekl eintrat. Unter der Prämisse, dass mit diesem Vertragseintritt umsatzsteuerrechtlich ein neues Vertragsverhältnis begann (worauf die KI ihren Ausgleichsanspruch stützt), stand dieses also von vornherein unter USt-Freiheit, weil die KI – da die Bekl die Mietobjekte (unstr) nicht nahezu ausschließlich für Umsätze verwendet, die einen Vorsteuerabzug nicht ausschließen – nicht zur Steuerpflicht optieren konnte. Diese umsatzsteuerrechtliche Vorgabe war für die KI keinesfalls überraschend, vielmehr konnte sie sich – als sie das Haus erwarb, wodurch es zivilrechtlich zum Eintritt in die Mietverträge und steuerrechtlich zum Beginn neuer Mietverhältnisse kam – auf die bestehende Rechtslage einstellen und wirtschaftlich abwägen, ob sie die Investition dennoch vornehmen will. Von einer umsatzsteuerlichen Mehrbelastung der KI durch eine Änderung des UStG iSd § 30 Abs 2 UStG kann daher keine Rede sein, vielmehr beruhen die Konsequenzen aus der Änderung des § 6 Abs 2 UStG durch das 1. StabG 2012, deren „Ausgleich“ die KI begehrt, allein auf ihrem Kaufentschluss. Einen Ersatzanspruch nach § 30 UStG, der voraussetzt, dass sich die Parteien nicht auf eine künftige Änderung des UStG einstellen konnten, kann sie daher nicht berechtigt geltend machen.

**Anmerkung:**

Obwohl die Entscheidung in ihrer Begründung tw anderes nahelegen könnte, lässt der OGH ausdrücklich offen, inwieweit § 30 UStG im Vollanwendungsbereich des MRG anwendbar ist und idZ ein USt-Äquivalent vertraglich vorgesehen werden kann. Vielmehr verneint er einerseits eine vertragliche Regelung und schließt andererseits in bereits inhaltlicher Auseinandersetzung mit § 30 UStG Ansprüche hieraus jedenfalls aus. Damit bleibt aber eine oberstgerichtliche Auseinandersetzung mit der hierzu mE zutr Lehrmeinung (Lovrek in GeKo Wohnrecht I § 15 MRG Rz 16; Prader, RdW 2012, 633 [634f]; Prader, MRG<sup>5/15</sup> § 15 Anm 9; Holzappel/Weinberger, immoleX 2012, 298 [300]; Kuprian, Der Mietvertrag<sup>3</sup> Rz 337b; aA Fuhrmann/Lang, taxlex 2012, 173 [180]; T. Hausmann in Hausmann/Vonkilch, Wohnrecht<sup>3</sup> § 15 MRG Rz 10; wohl auch Schinnagl in Illedits/Reich-Rohrwig, Wohnrecht<sup>3</sup> § 15 MRG Rz 2; Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht<sup>23</sup> MRG § 15 Rz 12, je abstellend auf 1 Ob 233/09k wobl 2010/90 [Arnold]), wonach diese Bestimmung wie auch

eine betreffende Vertragsgestaltung und die Vereinbarung eines Steueräquivalents zwingende Einschränkungen durch die Zinsbildungsvorschriften des MRG, insb § 16 Abs 1 Z 1, erfahren, weiter abzuwarten. Der hierdurch bestehenden Unsicherheit, in Mietverträgen im Vollenwendungsbereich womöglich unzulässige USt-Ausgleichsbeträge auf Mietzinsebene zu regeln, kann jedoch tw durch zulässige Schadenersatzklauseln begegnet werden; so bietet sich etwa an, vor dem Hintergrund des § 6 Abs 2 UStG eine Nutzung des Bestandobjekts nur zur Erzielung USt-pflichtiger Einnahmen zu vereinbaren und dies durch vertragliche Schadenersatzansprüche bei Zuwiderhandeln seitens des Mieters abzusichern (vgl Prader, RdW 2012, 633 [634f]; Kuprian, Der Mietvertrag<sup>3</sup> Rz 337b f mit Musterklauseln).

Unabhängig davon wird letztlich bei bestehenden Mietverträgen, auch wenn sie keine Regelungen für den Fall der Änderung der USt-Pflicht vorsehen, § 30 UStG auf einen nach dem 31. 8. 2012 stattfindenden Wechsel auf Vermieterseite regelmäßig nicht anwendbar sein. Dies überzeugt bei einer Rechtsnachfolge kraft vertraglicher Vereinbarung aus dem vom OGH angeführten Grund durchaus, da es diesfalls oft an der für den neuen Vermieter überraschenden Änderung der Preisvereinbarung mangelt. Anders kann es sich für den Vermieter aber bei sonstiger Rechtsnachfolge, etwa durch Erbschaft, oder bei Änderungen auf Mieterseite darstellen; fehlt es sodann doch uU am Moment der eigenen abwägenden Entscheidung in Bezug auf eine USt-Befreiung.

**Praxistipp:**

Für Investoren erscheint es daher umso wichtiger, vor einem vertraglichen Eintritt in Mietverhältnisse genau zu prüfen, ob steuerrechtlich ein neues Mietverhältnis begründet ist, man dadurch uU eines Vorsteuerabzugs verlustig geht und dieser Fall im Mietvertrag wirksam geregelt ist. Auch können idZ Transaktionen in Form von Share Deals relevant werden, da generell bei Umgründungen, sofern die Unternehmeridentität erhalten bleibt, aus steuerrechtlicher Sicht kein Vermieterwechsel vorliegt (UStRL 2000 Rz 899c; vgl Bergmann/Bieber, immoleX 2015, 306; Katzlinger, ÖStZ 2013/760).

*MMag. Dr. Benjamin Dobler ist Richter des Landesgerichts Innsbruck.*

## Zum Referenzgebiet beim Lagezuschlag

**immoleX 2021/4**

**§ 16 MRG**

OGH 25. 8. 2020, 5 Ob 140/20 d

**Referenzgebiet; Ausstattung; Wertungsvergleich**

**In Wien ist als Referenzgebiet für die Beurteilung der Durchschnittlichkeit der Lage eines Hauses nicht regelhaft maximal der jeweilige Gemeindebezirk heranzuziehen, sondern auf jene Teile des Wiener Stadtgebiets abzustellen, die einander nach der Verkehrsauffassung in ihren Bebauungsmerkmalen gleichen.**

**Sachverhalt:**

Gegenstand des Verfahrens ist die Zulässigkeit des vereinbarten Hauptmietzinses. Im RevRekVerfahren sind noch die – von beiden Vorinstanzen jeweils verneinte – Einstufung der Wohnung in die Kategorie A, die Berechtigung eines Lagezuschlags und eines Zuschlags für ein Fischgrätparkett strittig.

**Aus der Begründung:**

Die Ausstattungskategorien A und B verlangen nach § 15a Abs 1 Z 1 und 2 MRG (unter anderem) das Vorhandensein eines Vorraums. Im hier zu beurteilenden Fall führt der Eingang zur Wohnung unmittelbar in die Küche, ein gesonderter Vorraum fehlt. Dass die Vorinstanzen aufgrund der räumlichen Einheit von Küche und Vorraum das Vorhandensein des Ausstattungsmerkmals Vorraum verneinten, entspricht stRsp des OGH (vgl RIS-Justiz RS0113013; 5 Ob 173/12 w; jüngst 5 Ob 4/20 d).

Mit der Frage der überdurchschnittlichen Lage und des dafür maßgeblichen Referenzgebiets hat sich der erkSen bereits mehrfach auseinandergesetzt (vgl RS011204). Demnach bedarf es zur Beurteilung, ob eine konkrete Lage (Wohnumgebung) aufgrund ihrer Eigenschaften als „besser als durchschnittlich“ zu qualifizieren ist, eines wertenden Vergleichs mit anderen Lagen (Wohnumgebungen). In Wien ist als Referenzgebiet für die Beurteilung der Durchschnittlichkeit der Lage eines Hauses nicht regelhaft maximal der jeweilige Gemeindebezirk heranzuziehen, sondern auf jene Teile des Wiener Stadtgebiets abzustellen, die einander nach der Verkehrsauffassung in ihren Bebauungsmerkmalen gleichen und (daher) ein einigermaßen einheitliches Wohngebiet bilden (RS0131812; 5 Ob 74/17 v). Als Referenzgebiet für ein im 5. Bezirk gelegenes Haus wurde auf die innerstädtischen Gebiete mit dafür typischer geschlossener mehrgeschossiger Verbauung als Referenzgebiet abgestellt (5 Ob 74/17 v), wo die festgestellte Erschließung der Wohnumgebung des Hauses mit öffentlichen Verkehrsmitteln und dort bestehende Möglichkeiten der Nahversorgung die Annahme einer überdurchschnittlichen Lage iSd § 16 Abs 4 MRG nicht rechtfertigen.

Diese Grundsätze auch für die hier zu beurteilende, im 3. Wiener Gemeindebezirk gelegene Wohnung anzuwenden, bedarf keiner Korrektur im Einzelfall: Das Objekt befindet sich im dicht verbauten Wohn- und Geschäftsgebiet, im Vergleich zu innerhalb und außerhalb des Gürtels gelegenen, durch Blockbauweise gekennzeichneten Lagen

fehlen Anhaltspunkte für eine Überdurchschnittlichkeit. Sowohl Geschäfte des täglichen Bedarfs in unmittelbarer Umgebung als auch die Anbindung an eine U-Bahn-Linie sind im dicht verbauten Stadtgebiet zu erwarten, die Nähe zu den Auffahrten auf die stark befahrene Autobahn A23 stellt zwar die gute Anbindung an das Autobahnnetz sicher, bewirkt aber naturgemäß eine übermäßige Belastung der Liegenschaft mit Verkehrslärm. Die Auffassung der Vorinstanzen, eine überdurchschnittliche Lage iSd § 16 Abs 4 MRG liege hier nicht vor, hält sich daher im Rahmen bereits vorliegender Rsp. Auf die vom RekG verneinte Frage, ob der Hinweis nur auf die U-Bahn-Nähe im Mietvertrag als nach § 16 Abs 4 MRG ausreichend anzusehen ist, kommt es daher gar nicht mehr an.

Die Beurteilung des zulässigen Mietzinses und damit auch der Berechtigung eines Lagezuschlags ist Rechtsfrage, die vom Richter und nicht vom Sachverständigen zu lösen ist (vgl RS011105 [T 14] zum angemessenen Mietzins). Dass der Sachverständige im Gutachten von einer „leicht überdurchschnittlichen Lage“ ausging, konnte die Vorinstanzen daher in rechtlicher Hinsicht nicht binden, die die vom Gutachter herausgearbeiteten tatsächlichen Kriterien für die Ermittlung des Lagezuschlags einer eigenen rechtlichen Beurteilung zu unterziehen hatten.

Dass die AST in ihrem Antrag an die Schlichtungsstelle die Berechtigung eines Lagezuschlags ausdrücklich zugestanden hätte, ergibt sich aus ihrem Vorbringen dort nicht. Sie begehrte, die Höhe des gesetzlich zulässigen Hauptmietzinses festzustellen, und nannte zur Begründung (insb) die für die Ausstattungskategorie A fehlenden Merkmale. Da an die Bestimmtheit eines Begehrens in einem außerstreitigen Verfahren nach § 37 Abs 1 Z 8 und 12 MRG keine allzu strengen Anforderungen zu stellen und Mietzinsüberprüfungsanträge nicht kleinlich nach ihrem Wortlaut, sondern so auszulegen sind, dass nach Möglichkeit eine Überprüfung der gesetzlichen Zulässigkeit des vereinbarten Hauptmietzinses in sachlich notwendigem Umfang gewährleistet werden kann (RS0116684 [T 3]; 5 Ob 148/18b), ist die Beurteilung der Vorinstanzen, der Mietzinsüberprüfungsantrag habe sich (auch) auf die Berechtigung des Lagezuschlags bezogen, keine im Einzelfall aufzugreifende Fehlbeurteilung.

Die Frage, ob und in welcher Höhe Zuschläge zum Richtwertmietzins gerechtfertigt sind, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab und unterliegt deshalb grundsätzlich keiner Nachprüfung durch den OGH (RS0116132 [T 2]). Nach hGRsp (RS0117881; 5 Ob 4/20d; 5 Ob 43/17k) hat sich die Vornahme der Zuschläge oder Abstriche an der allgemeinen Verkehrsauffassung und der Erfahrung des täglichen Lebens zu orientieren. Damit ist es unvereinbar, alle Ausstattungsdetails gesondert zu bewerten und die so gewonnenen Zuschläge und Abschläge einfach zusammenzurechnen. Abzustellen ist auf eine Gesamtschau.

Den nach den Feststellungen nur in einem Zimmer verlegten Fischgrätparkettboden nicht als zuschlagsbegründend zu werten, bedarf keiner Korrektur im Einzelfall. Zu 5 Ob 296/02v ging der Fachsenat davon aus, Fischgrätparkettböden seien in Altbauwohnungen der Ausstattungskategorie A nicht ungewöhnlich, nur bei besonderer Qualität oder Ausführung könne von einer zuschlagsrelevanten Sonderausstattung ausgegangen werden. Eine solche steht hier nicht fest.

#### **Anmerkung:**

Schleichend, aber merklich werden durch diese Entscheidung noch höhere Anforderungen an den Lagezuschlag etabliert, als sie ohnehin schon bestehen. In 1030 Wien gelegen, mit Anbindung an U-Bahn und Nähe zur A23, muss es sich in gegenständlichem Sachverhalt wohl um eine Liegenschaft handeln, die sich in der Nähe der U-Bahn-Stationen U3 Erdberg oder Schlachthausgasse befindet. Selbst wenn es uE durchaus im Bereich des Möglichen und Vertretbaren liegt, eine Lage in dieser Gegend lediglich als durchschnittlich zu beurteilen, ist schon erstaunlich, wie genau das Lagekriterium, dessen Abwesenheit in vorangehenden Entscheidungen maßgeblich dazu verwendet wurde, den Lagezuschlag zu verneinen (nämlich fehlende U-Bahn-Nähe, siehe 5 Ob 74/17v oder 5 Ob 188/18k), hier gemeinsam mit Geschäften des täglichen Bedarfs als absoluter Standardfall dargestellt wird. Wenn tatsächlich das mittlerweile bekannte und als gefestigt geltende „dicht verbaute Stadtgebiet“ bzw „innerstädtisches Gebiet mit dafür typischer geschlossener mehrgeschossiger Verbauung“ (wohl synonym zu behandeln) als Referenzgebiet herangezogen wird, kann nur entgegnet werden: Nein, die Anbindung an eine U-Bahn-Linie ist in diesem Referenzgebiet nicht immer zu erwarten. Selbst in den Innenbezirken können Wohnlagen mitunter eine hohe Distanz zu U-Bahn-Stationen aufweisen (zB Innenlagen in 5. oder 9. Bezirk Wiens mit rund 700m Luftlinie, vom Fußweg ganz zu schweigen, zur nächsten U-Bahn-Station); in den dicht bebauten Außenbezirken (zB Innenlagen im 10., 16. oder 17. Bezirk Wiens etc) ist die Distanz zum Teil noch deutlich höher. Wenn man außerdem damit beginnt, Geschäfte des täglichen Bedarfs als Standardfall (und damit durchschnittlich) zu betrachten, erübrigt sich jegliche Lagebetrachtung in dieser Hinsicht. Überspitzt gesagt: U-Bahn-Nähe und Infrastruktur in der Nähe müssten nach dieser Entscheidung im Referenzgebiet nicht mehr geprüft werden, da ohnehin als standardmäßig vorhanden vorausgesetzt; dann stellt sich aber die Frage, welche Kriterien dann noch eine überdurchschnittliche Lage begründen können.

Bestätigt und damit wohl nunmehr verallgemeinerungsfähig ist (vgl 5 Ob 158/18y), dass das Referenzgebiet offensichtlich über den „Gürtel“ (B 221) hinausgeht (cit „im Vergleich mit innerhalb und außerhalb des Gürtels gelegenen Lagen“). In methodischer Hinsicht ist - trotz durchaus nachvollziehbarer Begründung des erKSen - zu hinterfragen, ob die Lärmbelastung einer Wohnung tatsächlich im Rahmen der Lagebeurteilung zu berücksichtigen ist; die Empfehlungen der MA 25 bspw sehen für Lärmbelastungen schon auf Ebene der Zu-/Abschläge nach § 16 Abs 2 Z 1 MRG einen Abschlag bis zu -20% vor. Eine erneute (doppelte) Berücksichtigung im Rahmen des Lagezuschlags ist uE jedenfalls abzulehnen. Vermittelnde Lösung könnte womöglich sein (wie das § 16 Abs 2 Z 1 MRG auch schon nahelegt), über Abs 2 Z 1 lediglich Lärmbelastung zu berücksichtigen, die die spezifische Wohnung betrifft (zB Straßenlage), aber nicht für die gesamte Liegenschaft wirkt (in diese Richtung gehend MietSlg 62.286); über Z 3 (Lage) würde dann eine überdurchschnittliche Lärmbelastung berücksichtigt, die lagebedingt ist und daher auch die gesamte Liegenschaft betrifft (wie wohl hier die A23).

*Dr. Clemens Limberg ist RA und allgemein beedeter und gerichtlich zertifizierter Sachverständiger in Wien. Mag. Valentin Plank ist als Jurist im Immobilienbereich in Wien tätig.*