

I. Einleitung¹

A. Zielsetzung

Unser Buch soll dem Praktiker ein umfassender **Arbeitsbehelf** in der täglichen Auseinandersetzung mit mietzinsrechtlichen Fragestellungen sein und dem Einsteiger einen Überblick über das Entgelt für die Gebrauchsüberlassung von Immobilien, den Mietzins, geben. Der Mietzins wird in verschiedenen Sondergesetzen unterschiedlichen Beschränkungen und, damit verbunden, einem System der nachprüfenden Kontrolle unterworfen. Dies bedingt unterschiedliche Mietzinsbildungsnormen und teilweise sehr detaillierte **Berechnungsvorschriften**, wie etwa beim Lagezuschlag im Bereich des Richtwertmietzinses. Der angemessene Mietzins wiederum, welcher iSd § 16 Mietrechtsgesetz (MRG)² bei den dem Mietrechtsgesetz unterliegenden Rechtsverhältnissen unter anderem für Geschäftslokale vereinbart werden darf, ist – wie die Praxis zeigt – ohne Hilfe der Immobiliensachverständigen in der Regel nicht ermittelbar. Die **Komplexität** der Berechnung des Lagezuschlages, der Zuschläge zum Richtwert, die Kenntnisse des Immobiliensachverständigen über den – durch die Vergleichswert-Methode zu ermittelnden – ortsüblichen Mietzins, bewirken, dass die Auffassungen sowie Berechnungsmethoden des Sachverständigen und deren rechtliche Verankerung in Gesetz und Rechtsprechung eine unverzichtbare Wissensressource für Praktiker im Immobiliengeschäft und Gerichtsbetrieb darstellen.

B. Gutachten in der Gerichtspraxis

Bewertungen können prinzipiell von verschiedensten Personen, etwa Hausverwaltern, Maklern, Bankangestellten und dergleichen, durchgeführt werden. Besonders zu erwähnen ist in der Gruppe der bewertenden Personen allerdings der Immobiliensachverständige, dessen **Sachverständigenbeweis** im Gerichtsbetrieb nicht wegzudenken ist. Wenn das Wissen bzw die praktische Erfahrung des Gerichtes über entscheidungswesentliche Tatsachen nicht reicht, ist im Sinne der zivilprozessualen Vorschriften über Antrag einer der beiden Prozessparteien ein Gutachten einzuholen.

1 Unter der im folgenden Text verwendeten männlichen Form sind sowohl Frauen wie Männer zu verstehen, wir wollen Frauen und Männer gleichermaßen ansprechen.

2 MRG BGBl 1981/520, zuletzt geändert durch BGBl I 2013/50.

Im Außerstreitgesetz hingegen besteht eine Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht und der zur amtswegigen Stoffsammlung verpflichtete Richter hat gem § 13 Außerstreitgesetz (AußStrG)³ jedenfalls einen Sachverständigen beizuziehen, wenn dies für die Sachentscheidung erforderlich ist. Bei dem MRG unterliegenden Mietverhältnissen sind die Verfahrensvorschriften des § 37 MRG zu beachten.

Das mietrechtliche Außerstreitverfahren iSd § 37 MRG ist bei Ansprüchen, die sich nicht auf das gesamte Haus beziehen, von denen also ein Vermieter und ein konkreter Mieter betroffen sind, von einem eingeschränkten Untersuchungsgrundsatz beherrscht.

Der Sachverständige ist zwar kein Organ der Rechtsprechung (des Gerichtes), sondern ein über Sonderfachwissen verfügender Dienstleister, der sein Wissen, das abgefragt werden soll, über gerichtlichen Auftrag zur Verfügung stellt, die Parteien trifft aber eine **Mitwirkungspflicht**⁴. Diese Mitwirkungspflicht beschränkt die richterliche Erhebungspflicht und macht es notwendig, dass sich beide Parteien eines mietrechtlichen Verfahrens (zB Mietzinsüberprüfungsverfahren) mit den zugrundeliegenden Sach- und Rechtsfragen, den damit verbundenen Beweisproblemen, somit also auch mit den vom Sachverständigen zu beurteilenden Fragestellungen, auseinandersetzen. In einem Sachverständigengutachten sollten getrennt zwischen Befund, Methodenwahl und gutachterlichen Schlussfolgerungen, schriftlich die **Tatsachengrundlagen** für die gerichtliche Entscheidung dargelegt werden. Über Aufforderung hat der Sachverständige sein Gutachten mündlich zu erläutern. Bei Gericht auf Fragen der Prozessparteien bzw deren Anwälte in sachlicher Erörterung des Gutachterstandpunktes einzugehen, ist – infolge klarer gesetzlicher Anordnung (§ 357 Abs 2 Zivilprozessordnung⁵ [ZPO]) – Teil der gutachterlichen Tätigkeit⁶. Das Fragerecht der Parteien gegenüber dem Sachverständigen ist eindeutig gesetzlich verbrieft.⁷ Die Parteien müssen keine konkreten Fragen anführen, welche sie an den Sachverständigen zu stellen beabsichtigen. Zur Vermeidung einer möglichen Prozessverschleppung muss dem Antrag zu entnehmen sein, welche Aufklärungen und Erläuterungen

3 AußStrG BGBl I 2003/111, zuletzt geändert durch BGBl I 2013/158.

4 Vgl Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht I²² (2009) MRG § 37 Rz 31; diese Mitwirkungspflicht kann es sinnvoll erscheinen lassen, Privatsachverständige bei mietzinsrelevanten Fragestellungen (bereits vorprozessual) beizuziehen.

5 ZPO RGBl 1895/113 zuletzt geändert durch BGBl I 2013/118.

6 Die Parteien können die Ladung des Sachverständigen zur mündlichen Erörterung beantragen, in diesem Antrag müssen die Fragen, welche sie an den Sachverständigen zu stellen beabsichtigen, noch nicht genannt werden; sofern ein Sachverständiger trotz Antrag einer Partei zur mündlichen Verhandlung nicht geladen wird, bewirkt dies jedenfalls einen Verfahrensmangel. Vgl Klauer/Kodek, JN-ZPO¹⁷ (2012) ZPO § 357 E 3, E 4 und E 7a.

7 Rechberger in Fasching/Konecny² III (2004) ZPO § 357 Rz 4.

iSd § 357 Abs 2 ZPO vom Antragsteller erwartet werden. Völlig begründungslose Anträge auf Gutachtenserläuterung sind also gefährlich.⁸

Das Wissen über die relevanten Fragen an den Sachverständigen und die Aufbereitung (Sammlung und Präsentation) der vom Sachverständigen zu beurteilenden Urkunden – alles vorwiegend **Kommunikationsleistung** – trägt entscheidend zu einer effizienten Verfolgung des Rechtsschutzzieles und einer zügigen kosten- und zeitsparenden Verfahrensführung bei. Andererseits müssen Sachverständige (vor allem) die einschlägige wohnrechtliche Judikatur und Lehre kennen, damit sie ihre Methoden aufgabenadäquat wählen und im gerichtlichen Verfahren bei der Gutachtenserstellung, dem Sachverständigeneid verpflichtet, objektiv ihrem Auftrag nachkommen können.

Dies setzt eine – in der täglichen Praxis – de facto gelebte, aber natürlich immer verbesserungsfähige Kommunikation zwischen Richtern, Sachverständigen, Anwälten, Hausverwaltern und Juristen verschiedenster Mieterorganisationen voraus, welche durch die verba legalia der Rechtssprache, Kurzbegriffe der Judikatur und dem Fachjargon der Branche geprägt ist. Wir hoffen, mit unserer auf den Mietzins beschränkten Monografie diesbezüglich **Übersetzungsleistungen** und Hilfestellung bieten zu können.

Wir wollen unter anderem zeigen, wie Sachverständigengutachten (vielleicht leichter als bisher) gelesen werden können und **Anregungen** für Fragen im Zuge der mündlichen Gutachtenserörterung geben. Sachverständige müssen sich bewusst sein, dass sie ihre Aufgaben in einem engen Rahmen zu erfüllen haben, der durch gesetzliche Vorgaben, aber auch durch eine am Einzelfall orientierte Rechtsprechung determiniert ist.

Der kollegiale Wettbewerb zwischen Sachverständigen und das Bemühen der Richter um die Ermittlung des richtigen, gesetzlichen Mietzinses im konkreten Verfahren stellt die **hohe Qualität** der mietrechtlichen Rechtsprechung in Österreich seit Jahrzehnten sicher. Das gesamte Wohnrecht ist in weiten Bereichen durch unbestimmte und damit auslegungsbedürftige Gesetzesbegriffe charakterisiert. Deshalb kommt der Rechtsprechung zur Konkretisierung, aber auch zur Fortentwicklung gesetzgeberischer Vorhaben besondere Bedeutung zu. Die Möglichkeit, **transparente Sachverständigengutachten** und gerichtliche Entscheidungen nachprüfen und somit einer inhaltlichen Kontrolle unterziehen zu können, stellt ein elementares (Verfahrens-)Grundrecht dar. Auch diese Kontrolle setzt wechselseitiges Verstehen und Wissen um relevante, etwa unbeachtete oder nicht richtig gewürdigte (gesetzliche), Tatbestandselemente voraus. In diesem

8 *Rechberger in Fasching/Konecny*² III ZPO § 357 Rz 4 (welcher deutsche Judikatur zitiert, wonach ein Erläuterungsantrag zurückgewiesen werden kann, wenn er unbegründet ist und das schriftliche Gutachten vollständig und überzeugend ist).

Zusammenhang ist auch das Tätigkeitsfeld des gerichtlich beeideten Sachverständigen als Privatgutachter zu erwähnen.

Privatgutachten, das sind von Privaten in Auftrag gegebene Sachverständigen-gutachten, haben in der Gerichtspraxis naheliegenderweise nicht die Beweiskraft eines gerichtlichen und deshalb unparteilichen und unabhängigen Gutachtens. Sie können allerdings dazu dienen, den eigenen Standpunkt in einer Privaturkunde komprimiert und auf hohem Niveau darzustellen. Das Gericht ist zwar prinzipiell nicht verpflichtet, allfällige Widersprüche zwischen einem Privatgutachten – auch wenn dieses von einem in die Gerichtssachverständigenliste eingetragenen Sachverständigen stammt – und dem vom Gericht in Auftrag gegebenen Gutachten aufzuklären. Dennoch ist ein Privatgutachten vor dem Hintergrund der Rechtsprechung ein beachtliches und oftmals unverzichtbares **Kontrollmittel**.

So wird bspw. judiziert, dass zur Ausschöpfung aller angebotenen Beweismittel auch ein Privatgutachten, sowie die zeugenschaftliche Einvernahme des Privatgutachters und die allenfalls ergänzende Einvernahme des gerichtlich bestellten Sachverständigen zählen.

Wenn das (Erst-)Gericht dem Gutachten eines Sachverständigen folgt und dabei weder einen Verstoß gegen die Denkgesetze begeht, noch ihm erkennbar ist, dass der Sachverständige erheblichen Verhandlungsstoff außer Acht gelassen hat, so liegt die Beurteilung, zu welcher der Richter aufgrund des Gutachtens gelangt, im Gebiet der **Beweiswürdigung** und kann „nur“ (oder immerhin) als solche in einem Rechtsmittel angefochten und vom hierfür zuständigen Instanzgericht überprüft werden. Dadurch sind die wesentlichen Einsatzmöglichkeiten des Privatsachverständigen-gutachtens aufgezeigt. Der Privatsachverständige liefert Tatsachengrundlagen, aus welchen Argumente zur Bekämpfung der Beweiswürdigung des Gerichtes gewonnen werden können.

Dieser kann auch bzw. gerade erfahrenen und professionellen Parteienvertretern helfen, unbeachtet gelassenen „**Verhandlungsstoff**“, zB verkürzte und deshalb unter Umständen unrichtige Deduktionen im (gerichtlichen) Sachverständigen-gutachten, aufzufinden. Wie sonst, als durch ein anderes Gutachten, sollte ein Gutachten, abgesehen vielleicht vom stets wichtigen Korrektiv des „gesunden Menschenverstandes“, bekämpft werden?

Sofern Parteienvertreter etwa mit Hilfe eines Privatsachverständigen einen relevanten, aber ungeprüft gelassenen „Verhandlungsstoff“ aufzeigen können, kann ein beigebrachtes – als „Beweismittel“ vorgelegtes – Privatgutachten einen **entscheidenden Beitrag** für den Prozessausgang darstellen. Damit stellt es ein wichtiges Angriffs- bzw. Verteidigungsmittel der Verfahrensparteien dar. Seit 1995 wird darüber hinaus judiziert, dass bei elementaren Abweichungen in den Befunden zweier gerichtlich beeideter Sachverständiger, auch wenn einer von ihnen ein Privatsachverständiger ist, ein weiterer Sachverständiger bestellt werden muss.

Dies ist naheliegend bzw sollte selbstverständlich sein, da die Tatsachen, welche einer (gerichtlichen) Würdigung unterzogen werden, unstrittig sein sollten.

C. Aufbau des Buches

Schwerpunkt dieses Buches ist es, die wichtigsten Mietzinsbildungsvorschriften anhand von Gesetzestext, Judikatur und Erfahrungen aus der Praxis zu erläutern. Laufend werden auch Sachverständige mit dem Thema Mietzinsbildung, sei es in Form eines Mietzinsgutachtens oder in Form eines Ertragswertverfahrens, im Zuge einer Liegenschaftsbewertung konfrontiert sein, weshalb auch im 2. Kapitel auf den **Immobilienfachverständigen** in der österreichischen Rechtsordnung und darauffolgend auf den **Inhalt eines Sachverständigengutachtens** eingegangen werden soll.

Angesprochen werden dabei sowohl die Standesregeln und die nicht unbedeutende Haftung eines Sachverständigen sowie auch Problematiken, die sich in Hinblick auf den Entlohnungsanspruch ergeben können. Bereits an dieser Stelle wird besonders auf die Warn- und Aufklärungspflicht des Sachverständigen in der Gerichtspraxis hingewiesen.

Bevor noch die einzelnen Mietzinsbildungsvorschriften behandelt werden, wird im Vorfeld geklärt, welche **Bestandverhältnisse** überhaupt unter die Anwendung des MRG fallen. Dabei wird auch die Definition einer Pacht und eines Pachtvertrages behandelt. Wichtig ist dabei die Abgrenzung zur Miete, da sich diese Problematik im Sinne dieses Buches hauptsächlich bei Bestandverhältnissen in Einkaufszentren ergibt. Weitere besondere Bestandverhältnisse (Flächenmieten, Prekarien, Shop-in-Shop-Konzepte und Superädifikate) werden darauffolgend überblicksartig erwähnt. Abschließend wird in Kapitel 3 auf die **Anwendung** des MRG als Überleitung zu den einzelnen Mietzinsbildungsvorschriften eingegangen.

Das nächste Kapitel widmet sich einem entscheidenden Bestandteil des österreichischen Mietrechts, dem **Richtwertmietzins**. Besonderes Augenmerk liegt auf den Zu- und Abschlägen, wobei aber auch der Versuch unternommen wird, das Ausmaß dieser Zu- und Abschläge greifbar und nachvollziehbar zu machen (bspw durch Lärmkarten oder Energieausweis). Ebenso angesprochen wird die Problematik der Gründerzeitviertel, in denen von Gesetzes wegen kein Lagezuschlag möglich ist.

Mit einem Beispiel und dem Exkurs zu einer Studie über den Richtwertmietzins in Wien wird dieses Kapitel beendet.

Darauf folgt im nächsten Kapitel der **angemessene Hauptmietzins**. Dabei geht es vorrangig um die einzelnen Fragestellungen, die sich eine bewertende Person im Zuge der Vergleichswertmethode stellen muss, um Zu- und Abschläge von den

Vergleichsobjekten auf die zu bewertende Wohnung bzw das zu bewertende Geschäftslokal vornehmen zu können.

Im Bereich der Geschäftslokale wird hauptsächlich auf das wichtige **Lagekriterium** eingegangen. Um die Güte der Lage zu bestimmen, werden die einzelnen entscheidenden Faktoren genannt sowie eine Möglichkeit der Klassifizierung von Einkaufsstraßen aufgezeigt. Zwei kleine Beispiele verdeutlichen die Anwendung der Vergleichswertmethode.

Der **freie Mietzins** ist der Bestandteil des 8. Kapitels. Im Zuge dessen sollen die einzelnen Teil- und Vollaussnahmen vom MRG detailliert anhand vorhandener Judikatur erläutert werden. Den Abschluss dieses Kapitels bildet der Exkurs zu einer Studie, in der die Frage beantwortet wird, ob in der Praxis der freie Mietzins und der Richtwertmietzins tatsächlich weit voneinander entfernt sind.

Das darauffolgende Kapitel hat die **Betriebs- und sonstigen Kosten** als Schwerpunkt. Dabei geht es um verrechenbare Kosten und die Arten der Kostenverrechnung, die dem Mieter von dem MRG unterliegenden Mietgegenständen anteilig weiterverrechnet werden. Die Frage, was alles als Betriebskosten angesetzt werden darf, beschäftigt alljährlich gegen Jahresmitte sowohl Mieter als auch Vermieter.

Anschließend werden die relevanten Regelungen zur Umsatzsteuer, welche im Rahmen des 1. Stabilitätsgesetzes eine Neuerung erfahren haben, dargestellt sowie die Wertsicherung und Fälligkeit des Mietzinses behandelt.

Kapitel 10 befasst sich mit dem Zusammenwirken von **Mietrecht und Förderungsrecht**. Die Frage, die sich bei geförderten Mietgegenständen nämlich immer wieder stellt, ist, welcher Mietzins zur Anwendung kommt, wobei zu unterscheiden ist, ob es sich um eine bereits zurückbezahlte oder eine noch aufrechte Förderung handelt. Daher werden verschiedenste Fälle und auch Ausnahmen im Detail erläutert.

Im elften Kapitel gilt es noch einen kurzen Überblick über einige, wenn auch nicht alle, weitere Vorschriften in Bezug auf die Mietzinsbildung in besonderen Fällen zu geben. Erwähnenswert sind dabei **Mietzinsanpassungsklauseln, Staffelmietzinsvereinbarungen, Untermietzinse** sowie, zumindest als Mietzinsbestandteil, die **Möbelmiete**.

Das letzte Kapitel gewährt einen kleinen Einblick in die Statistiken des Wohnungsmarktes und erläutert überblicksartig **Entwicklungen**. Die Notwendigkeit eines derartigen Kapitels ergibt sich aus der Tatsache, dass die bewertende Person ein „Gefühl für den Markt“ haben muss, und in diesem Kapitel vielleicht die eine oder andere Anregung findet. In einem Buch wie dem vorliegenden, das als Behelf für den Praktiker gedacht ist und als langfristiges Nachschlagewerk verstanden werden will, ist es natürlich schwierig, kurzfristige Trends einzufangen, da-

her wird nicht auf tagesaktuelle Statistiken abgestellt, sondern werden langfristig verifizierbare Entwicklungen aufgegriffen.

Statt eines Nachworts stehen am Ende rechtspolitische Beiträge (sowohl aus Vermietersicht als auch aus Sicht einer Mieterschutzorganisation), die einen Einblick in die verschiedenen Diskussionsansätze und Problembereiche der aktuellen Diskussion zum Thema Mietzins ermöglichen.