II. Anwendungsbereich des MRG

1. Vollanwendungsbereich des MRG

Mindestbefristung der Mietverträge, sonst Kündigungsschutz, Mietzinsbeschränkungen!

- Gebäude mit Baubewilligung vor 1.7.1953;
- Wohnungseigentumsobjekt mit Baubewilligung des Gebäudes vor 9.5.1945;
- Errichtung des Gebäudes mit Wohnbauförderungsmitteln gemäß WFG 1968 oder WWG 1948, auch nach Rückzahlung des Darlehens.

2. Teilanwendungsbereich des MRG

Mindestbefristung der Mietverträge, sonst Kündigungsschutz,keine Mietzinsbeschränkungen (außer Wucher!)

- **Neubau eines ganzen Gebäudes** nach 30.6.1953 ohne Wohnbauförderung;
- **Ein- und Zweifamilienhaus**, wenn Mietvertrag noch vor 1.1.2002 abgeschlossen wurde;
- **Wohnungseigentum** mit Baubewilligung nach 8.5.1945;
- Wirtschaftsparks, in denen nicht überwiegend Handelsgewerbe im Sinne der Gewerbeordnung betrieben werden (= Rosenhügelstudios des ORF).

Seit **WRN 2001**:

- **Dachbodenausbau** mit Baubewilligung nach 31.12.2001, gilt für Mietverträge ab 1.1.2002;
- vereinbarter mieterseitiger Ausbau eines Rohdachbodens, Datum der Baubewilligung kann auch schon vor 1.1.2002 liegen, gilt für Mietverträge ab 1.1.2002.

Seit **WRN 2006**:

- Aufstockungen **mit** Dachbodenausbau, wenn Baubewilligung nach dem 31.12.2001 erteilt, gilt für Mietverträge ab 1.1.2002;
- Aufstockungen **ohne** Dachbodenausbau (mit Baubewilligung nach 31.12.2001) fallen nur unter die Teilausnahme, wenn der Mietvertrag **nach dem 30.9.2006** abgeschlossen wird;
- (horizontaler) **Zubau** mit Baubewilligung (und damit logischerweise auch Mietvertragsabschluss) nach dem 30.9.2006.

3. Vollausnahmen vom MRG

Kein Kündigungsschutz, beliebige Befristungsmöglichkeiten, keine Mietzinsbeschränkungen (außer Wucher)!

Das Alter des Gebäudes ist hier unmaßgeblich. Das WFG 1968 und das WWG 1948 unterwerfen auch die Vollausnahmen dem MRG zur Gänze.

- **Zwei-Objekte-Haus** (wenn Vermietung ab 1.1.2002);
- **Berufliche Zweitwohnung**, wenn Mietvertragsdauer insgesamt maximal ein halbes Jahr beträgt;
- **Freizeitwohnung**;
- **Geschäftsräume** auf maximal ein halbes Jahr;

- Vermietung im Rahmen eines Beherbergungs-, Garagierungs-, Verkehrs-, Flughafenbetriebs-, Speditions- oder Lagerhausunternehmens oder eines dafür besonders eingerichteten **Heimes** für ledige oder betagte Menschen, Lehrlinge, jugendliche Arbeitnehmer, Schüler oder Studenten;
- sozialpädagogisch **betreutes Wohnen** bei einer karitativen oder humanitären Organisation;
- Dienst-, Werks- und Naturalwohnungen;
- **Flächenmiete**;
- Selbständige Mietverträge über Einstellplätze bzw. Garagenboxen für private Kfz (MietSlg 63.247);
- **Alles, was nicht Miete ist**: Leihe, Bittleihe (siehe Punkt 4, Seite 30) familienrechtliches Wohnverhältnis, Dienstbarkeiten, Pachtverträge.

Zur Vertiefung:

Eine umfangreiche, einzelfallsbezogene Judikatur gibt es zur **Abgrenzung von der Unternehmenspacht und der Geschäftsraummiete**, weil erstere nicht dem Mietrechtsgesetz unterliegt (RIS-Justiz RS0020261, RS0020398, RS0020486, RS0031183, RS0020521, RIS-Justiz RS0020451, RS0020351, RS0020319, RS0020355, RS0020586 mwN; MietSlg. 63.242 f, 64.247). Die Auslegungstendenz der neueren Rechtsprechung geht mehr in Richtung Miete.

Die Ausnahme des § 1 Abs. 2 Z 1a MRG (sozialpädagogisch betreutes Wohnen) gilt nur im Verhältnis der Organisation als Vermieterin zum Betreuten, aber nicht für die Anmietung einer Wohnung durch eine derartige Organisation).

Im Fall eines erst zu gründenden **Biomasseheizwerkbetriebes** hat der OGH entschieden, dass nur dann von Unternehmenspacht ausgegangen werden könne, wenn der Verpächter alle wesentlichen Betriebsgrundlagen zur Verfügung stellt und der Pächter bei Vertragsende zur Rückstellung eines lebenden Unternehmens verpflichtet sei (MietSlg 63.140).

Einen **Massagebetrieb** in einer Wellness-Oase hat der OGH in MietSlg 65.176 als Pachtvertrag eingestuft.

Ein Bestandvertrag über ein **Restaurant in einem Kinocenter** ist Miete, wenn zwar Betriebspflicht, aber kein umsatzabhängiger Bestandzins vereinbart wurde (MietSlg 63.138).

Blumenladen neben Friedhof: Miete, weil vom Bestandgeber weder Betriebsmittel noch Gewerbeberechtigung zur Verfügung gestellt wurden und auch kein umsatzabhängiger Bestandzins vereinbart wurde. (MietSlg. 63.137)

Es ist zwar nicht entscheidend, wie die Vertragsparteien selbst das Bestandverhältnis bezeichnen, aber als Vertragsverfasser sollte man sich trotzdem hüten, in einem echten Pachtvertrag (über Räume in einem Einkaufszentrum) Bezeichnungen wie „Miete“, „Mietvertrag“ oder „Untermiete“ und „Untermietvertrag“ zu verwenden oder mehrfach auf die Bestimmungen des MRG Bezug zu nehmen, denn der Oberste Gerichtshof leitete daraus den übereinstimmenden Parteiwillen in Richtung kündigungsgeschützter Miete ab (immolex 2008/92).

Superädifikat: Die ständige oberstgerichtliche Rechtsprechung wendet auf die Miete von Grundstücken zur Errichtung eines Wohn- oder eines Geschäftsraums die Bestimmungen des MRG über den **Kündigungsschutz analog** an (MietSlg 67.245).

Zur Frage, ob auch die übrigen Bestimmungen des MRG (Voll- und Teilausnahmen, Mietzinsbildung, ganz oder einzeln **analog** heranzuziehen sind, herrschen eine uneinheitliche Rechtsprechung und gegensätzliche Lehrmeinungen. Für die analoge Anwendbarkeit der Ausnahmeregelungen des § 1 Abs. 2 bis 4 MRG (Vollausnahmen, z.B. Zweiobjektehaus (MietSlg 65.290) oder Teilausnahmen, wie der ungeförderte Neubau) sprach sich der 10. Senat des OGH in MietSlg 64.2486 aus. In MietSlg 64.249 hat derselben Senat des OGH die Flächenmiete zum Betrieb eines Erholungsheims nicht der Vollausnahme des § 1 Abs. 2 Z 1 bzw. Z 1a MRG unterstellt. Einen kritischen Überblick der Rechtsprechung und Lehre findet man in T. Hausmann, „Wieviel MRG verträgt ein Superädifikat?“ wobl 2013, 101 ff.

Macht der Mieter von der ihm eingeräumten Möglichkeit, ein Superädifikat zu errichten, keinen Gebrauch, kommt eine analoge Anwendung des MRG nicht in Betracht (MietSlg 63.244).

Nicht jede Vermietung einer Grundfläche mit einem schon vorhandenen oder zumindest geplanten Gebäude ist aber als Raummiete zu behandeln. Wenn das Gebäude nur einen ganz unbedeutenden Teil der gemieteten Fläche in Anspruch nimmt und ihm keine selbständige Funktion, sondern nur eine **Hilfsfunktion** zukommt, dann stellt das Gebäude bloß eine Nebensache dar, die am Hauptgegenstand des Mietvertrags, nämlich an einer **nicht kündigungsgeschützten Flächenmiete**, nichts ändert, z.B.:

- **Autoverkaufsplatz**, auf dem nur eine kleine Holzhütte steht (MietSlg 43.129);
- 2000 m² **Autoverkaufsplatz** mit 60 m² Holzhütte (MietSlg 62.224);
- Kleine Holzhütte auf Freifläche (Zugang zu einem Badeteich) (MietSlg 66.303);
- **Tennis-Sportanlage** mit Dusch- und Umkleideräumen (MietSlg 36 .823/38);
- **transportabler Verkaufsstand** in einer offenen Kaufhauspassage (MietSlg 39/57);
- **Grünflächen** von 33.000 m² als Auslauf- und Weidegrund für die private Pferdehaltung, und Stallgebäude mit Aufenthaltsraum (MietSlg 63.244);
- **Camping-Platz** mit Rezeptions- und Gemeinschaftshütte (JBl 1990, 725);

Nur wenn umgekehrt **die vermietete Grundfläche lediglich die Nebensache ist**, die schon bestehenden oder erst zu errichtenden Räumlichkeiten aber die Hauptsache darstellen, liegt **Raummiete** vor, z.B.:

- **Service-Station** einer Tankstelle (MietSlg 36/48);
- **Berg- und Talstationen** einer Liftanlage (Wobl 1990/80);
- Miete einer Fläche zur Aufstellung von **Musterhäusern** mit Telefonanschluss (3Ob 608/89);
- **Kühlraum** u.a. mit teilweise offener Verkaufsfläche (Wobl 1991/4);
- Grundstück als Zugang zum Badeteich mit kleiner Holzhütte (MietSlg 66.303), wenn die Hütte nur Hilfsfunktion hat.

Die Ausnahme des „**Zwei-Objekte-Hauses**“ (Ziffer 5 des § 1 Abs. 2 MRG) ist die ehemalige „Zweifamilienhaus“-Teilausnahme des § 1 Abs. 4 Z 2 MRG idF vor WRN 2001, welche um Geschäftsräumlichkeiten erweitert worden und zur Vollausnahme erklärt worden ist und gilt nur, wenn der Mietvertrag **nach dem 31.12.2001** abgeschlossen wurde. Die Verlängerung von Mietverhältnissen, die vor dem 1.1.2002 abgeschlossen wurden, richtet sich nach dem Recht vor der WRN 2001.

Es kommt lediglich auf die Anzahl der selbständig vermietbaren Objekte, nicht aber auf deren Größe an. Wenn bei einem großen Gebäudekomplex Teile nicht in einem, sondern hintereinander angemietet werden, bedeutet dies nicht zwangsläufig das Vorliegen mehrerer Bestandobjekte. Maßgebend ist vielmehr auch hier die selbstständige Vermietbarkeit, somit kommt es auch darauf an, ob bei Vermietung an unterschiedliche Bestandnehmer gesicherte Zugangsmöglichkeiten bestehen (MietSlg 63.249).

Ein bäuerliches Wohnhaus samt den für den landwirtschaftlichen Betrieb typischen Nebengebäuden (Schweinestall, Fleischverarbeitungsraum, Futtermittellager) plus einem Wirtschaftsgebäude, dessen Erdgeschoss zu geschäftlichen Zwecken vermietet war, wurde vom OGH noch unter diese Vollausnahme subsumiert (MietSlg 61.254).

Neben den höchstens zwei selbständigen Wohnungen oder Geschäftsräumlichkeiten dürfen keinerlei weitere, einer selbständigen Vermietung zugängliche Räume bestehen. Ausgenommen sind Räume, die – obwohl sie gesondert vermietbar wären – üblicherweise zu einem Ein- oder Zweifamilienhaus oder zu einer Geschäftsräumlichkeit gehören, wie z.B. Garagen und Abstellräume). Dass eine bauliche Einheit über keine eigenen Wasseranschlüsse und sanitären Anlagen verfügt, sondern ein Zugang zu diesen Anlagen nur über das Stiegenhaus besteht, hindert die Annahme der Selbständigkeit als Geschäftsräume nicht (wobl 2011/121, MietSlg 63.250, 51.226 uam).

War aber im maßgeblichen Zeitpunkt der Vermietung einer Wohnung ein solche Garage auch tatsächlich vom Vermieter selbst genutzt oder anderweitig vermietet, wurde der Zusammenhang zu den Wohnungen aufgehoben und sie gilt als drittes Objekt (MietSlg 55.234, 51.226).

Grundsätzlich sind für die Anwendbarkeit des Ausnahmetatbestandes des § 1 Abs. 2 Z 5 MRG mehrere auf einer Liegenschaft befindliche Häuser zusammenzuzählen. Eine Liegenschaft mit einem „Haupthaus“, einem „Pförtnerhaus“ und einem „Fuhrwerkerhaus“ kann daher nicht unter die Vollausnahme fallen (MietSlg 63.253).

In einer Entscheidung des OGH (MietSlg 61.253) befand sich auf der Liegenschaft einerseits ein im Jahr 1908 errichtetes gemauertes mehrstöckiges Wohnhaus, andererseits ein in Holzbauweise in den 1990er Jahren errichtetes, einstöckiges Objekt, in dem der Mieter einen Gastgewerbebetrieb führt. Dazwischen waren eine 2 bis 3 m breite Einfahrt und ein teilweise geschottertes Freigelände, das als Parkplatz sowohl für die Wohnungsmieter als auch Gäste des Mieters diente. Das einstöckige Objekt wurde als Ausnahme nach § 1 Abs. 2 Z 5 MRG angesehen („Zweiobjektehaus“), obwohl beide Häuser an der gleichen Strom-, Gas- und sonstige Energieversorgung hingen.

Andererseits hat der OGH eine Doppelwohnhausanlage, die auf einer Liegenschaft auf Grund einer Baubewilligung ohne trennende Feuermauer als einheitliches Bauvorhaben errichtet wurde, als eine Einheit und daher als nur ein Gebäude angesehen, sodass die darin befindlichen Wohnungen (2 + 2) zusammengezählt wurden und daher keine Vollausnahme gemäß § 1 Abs. 2 Z 5 MRG vorlag (MietSlg 62.230).

Nachträgliche Dachbodenausbauten werden nicht mitgezählt, aber nur „Dachbodenausbauten“ im eigentlichen Sinn, nicht aber echte Aufstockungen, bei denen die Kubatur wesentlich erhöht und das Dach nicht erhalten bleibt, sind vom Ausnahmetatbestand des § 1 Abs. 2 Z 5 MRG erfasst (MietSlg 62.402).

Wohnungseigentumsrecht

I. Schlichtes Miteigentum

1. Schlichtes Miteigentum allgemein

Sind mehrere Personen Eigentümer einer Liegenschaft (z.B. eines Hauses), so liegt schlichtes Miteigentum vor. Jeder schlichte Miteigentümer ist an der Liegenschaft bloß quotenmäßig (d.h. nach Bruchteilen) beteiligt (§ 825 ABGB). Jedem Miteigentümer steht es natürlich frei, seinen Miteigentumsanteil zu verkaufen oder zu belasten.

In der Regel vereinbaren die schlichten Miteigentümer einer Wohnhausanlage gemeinsam, auf welche der vorhandenen Wohnungen jeder das Recht gegen die anderen auf alleinige Nutzung einer bestimmten Wohnung sowie auf Mitnutzung der allgemeinen (gemeinsamen) Teile der Wohnanlage hat. Gelegentlich wird dabei zwischen den Miteigentümern vereinbart, dass auf ihr Rechtsverhältnis die entsprechenden Regelungen des Wohnungseigentumsgesetzes (WEG) analog anzuwenden sind.

Grundsätze der Verwaltung des schlichten Miteigentums:

Die schlichten Miteigentümer können die Liegenschaft gemeinsam verwalten oder auch einen Verwalter bestellen.

Für Maßnahmen der ordentlichen Verwaltung gilt im Unterschied zum Wohnungseigentum immer das Mehrheitsprinzip nach Anteilen (§ 833 ABGB) z.B. zur Durchführung von notwendigen Instandhaltungsmaßnahmen, Vermietung oder Verpachtung der Liegenschaft an einen Liegenschaftsfremden.

Für Maßnahmen der außerordentlichen Verwaltung gilt das Einstimmigkeitsprinzip, z.B. zur Aufnahme eines gemeinsamen Hypothekardarlehens oder zum Abschluss einer Regelung, welche die ausschließliche Benützung durch einen einzigen Miteigentümer vorsieht.

Eine gemeinsame Benützungsregelung verlangt als Maßnahme der außerordentlichen Verwaltung daher die Einstimmigkeit; wenn diese nicht erreicht werden kann, kann das Gericht (im Außerstreitverfahren) angerufen werden.

Nachteil des schlichten Miteigentums:

Ein Einzelrechtsnachfolger (z.B. Käufer, Schenkungsnehmer) könnte sich bei seinem Neueintritt mangels ausdrücklicher oder schlüssiger Überbindung bzw. Unterwerfung an die früher gemeinsam getroffene Benützungsvereinbarung nicht gebunden fühlen.

Es ist jedoch zu beachten, dass bei Einzelrechtsnachfolge (z.B. Kauf) die Verbindlichkeit der bisherigen Benützungsvereinbarung nicht verloren geht (5 Ob 3/95). Ein Unwirksamwerden der bisherigen Benützungsvereinbarung bedürfte einer gemeinschaftlichen Auflösungserklärung derselben oder des Abschlusses einer neuen Benützungsvereinbarung oder der Anrufung des Außerstreitrichters zur Neuregelung des Benützungsverhältnisses (5Ob 5/92).

2. Benützungsregelung unter schlichten Miteigentümern

Während Wohnungseigentümer die vorgenannte Benützungsregelung über die Benützung der allgemeinen Teile einer Wohnhausanlage schließen können (z.B. über die Benützung eines gemeinsamen Gartens als allgemeinen Teil, siehe Sei-

te 285) haben schlichte Miteigentümer einer Liegenschaft, die also nicht Wohnungseigentümer nach dem WEG sind, die Möglichkeit des Abschlusses einer bloßen Benützungsregelung nach dem ABGB (§ 828 f) In dieser Benützungsregelung werden von allen Miteigentümern alle Fragen der Benützung, Verwaltung und Kostenaufteilung der Liegenschaft festgelegt.

Derartige **Benützungsregelungen** sind **verbücherungsfähig**. Der diesbezügliche § 828 Abs. 2 ABGB lautet:
„Eine gerichtliche oder vertraglich vereinbarte Benützungsregelung zwischen den Teilhabern einer unbeweglichen Sache wirkt auch für deren Rechtsnachfolger, wenn sie im Grundbuch angemerkt ist".

Die Verbücherung einer Benützungsregelung erhöht zweifellos ihre rechtliche Qualität, da sie automatisch gegen jeden Dritten gilt. Sie könnte auch als verhältnismäßig kostengünstige und unkomplizierte Alternative zur schwerfälligen Wohnungseigentumsbegründung herangezogen werden. Ebenso bietet sie sich unter bestimmten Umständen als Lösungsmöglichkeit in einem allfällig eingeleiteten gerichtlichen Teilungsverfahren an.

Eine nichtverbücherte Benützungsregelung ist auf Grund der Rechtsprechung für den Einzelrechtsnachfolger eines Liegenschaftsanteils (z.B. eines Käufers) nicht voll verbindlich: Zunächst hat sich der Einzelrechtsnachfolger an diese zu halten (5 Ob 3/95). Er kann jedoch, wenn seinem Begehren auf Änderung bzw. Auflösung von den übrigen Miteigentümern nicht entsprochen wird, bei Gericht im Außerstreitverfahren eine Änderung bzw. eine Auflösung der Benützungsregelung aus einem nachzuweisenden wichtigen Grund beantragen.

Bei einer Benützungsregelung (eingetragen oder nicht) ist zu beachten, dass jedem Miteigentümer eine seinem Miteigentumsanteil annähernd entsprechende Nutzung eingeräumt wird. Bei Nichtbeachtung dieses Grundsatzes könnte jeder einzelne Miteigentümer eine Änderung bzw. Aufhebung der Benützungsregelung aus einem wichtigen Grund bei Gericht beantragen.

3. Kann die Auflösung einer Gemeinschaft jederzeit begehrt werden?

Die Teilhaber einer Gemeinschaft (z.B. einer Immobilie) haben jederzeit das Recht auf Auflösung der Gemeinschaft, auf anteilige Aufteilung des Vermögens bzw. der Schulden. Das Teilungsbegehren darf jedoch nicht zur Unzeit oder zum Nachteil der übrigen Teilhaber gestellt werden (§ 830 ABGB). Als Teilungshindernisse zur Unzeit gelten nur solche, die vorübergehend sind, also deren Eintreten kurz oder mittelfristig zu erwarten ist. In diesem Sinn ist das Vorliegen von „hohem Alter" (OGH 5 Ob 82/41s) oder einer „Dauerkrankheit" kein Teilungshindernis.

4. Kann auf das jederzeitige Auflösungsrecht vertraglich verzichtet werden?

Auf das Recht auf jederzeitige Auflösung kann ausdrücklich (z.B. in einem Vertrag) oder konkludent verzichtet werden. Der Verzicht wird hinfällig, wenn die Aufhebung der Miteigentümerschaft aus wichtigen objektiven, die gemeinschaftliche Sache betreffenden und subjektiven, die einzelnen Teilhaber betreffenden Gründen unvermeidlich ist. Die Behauptungs- und Beweislast für derartige wichtige Gründe trifft den auf Auflösung drängenden Teilhaber (OGH 5 Ob 62/16b, immolex 2016, 330).

5. Welche Folgen hat die Nichteinigung der schlichten Miteigentümer über eine gemeinsame Benützungsregelung?

Können sich die schlichten Miteigentümer über eine gemeinsame Benützungsregelung (schriftlich, mündlich oder auch schlüssig) nicht einigen und ist auch keine Zusage der Einräumung von Wohnungseigentum im Grundbuch angemerkt

(§ 37 Abs. 5 WEG), so kann jeder der schlichten Miteigentümer bei Gericht eine **Teilungsklage** einbringen. Das Begehren der Teilungsklage geht auf Aufhebung der Gemeinschaft des Eigentums an der Liegenschaft.

In der Teilungsklage ist auch anzugeben, ob die Aufhebung der Gemeinschaft durch Natural- oder Zivilteilung erfolgen soll.

Naturalteilung: z.B. Aufteilung der Liegenschaft in mehrere Teilflächen.

Zivilteilung: Gerichtliche Versteigerung der Liegenschaft und Verteilung des Erlöses unter den schlichten Miteigentümern (§ 843 ABGB).

Der Anspruch eines schlichten Miteigentümers auf Aufhebung der Gemeinschaft ist nicht eingeschränkt, außer das Teilungsbegehren wird **zur Unzeit** oder **zum Nachteil der übrigen Miteigentümer** gestellt.

Die **Realteilung** (= **Naturalteilung**) hat Vorrang vor der Zivilteilung (§ 843 ABGB). Sie ist dann möglich und tunlich, wenn die Sache (physisch bzw. im Rechtssinn) geteilt werden kann, ohne dass es im Verhältnis der Summe der Einzelwerte zum Wert der ungeteilten Gesamtsache zu einer wesentlichen Wertminderung kommt.

6. Welche Grundsätze bestehen bei der Verwaltung von schlichtem Miteigentum?

Die gemeinschaftliche Sache wird von der Mehrheit nach dem Verhältnis der Anteile verwaltet.

Besondere Regeln über die Form der Beschlussfassung bestehen nicht, sie kann beispielsweise auch telefonisch oder konkludent zustande kommen, sofern nicht etwas anderes vertraglich vereinbart wurde. Dabei werden Maßnahmen der ordentlichen Verwaltung und Maßnahmen der außerordentlichen Verwaltung unterschieden:

- Maßnahmen der **ordentlichen Verwaltung** sind Maßnahmen zwecks Erhaltung und Verwaltung, die sich im gewöhnlichen Lauf der Dinge als notwendig und zweckmäßig erweisen. Dazu zählen beispielsweise der Abschluss und die Aufkündigung von Bestandsverträgen zu ortsüblichen Bedingungen oder die Geltendmachung von gemeinsamen Ansprüchen.
- Maßnahmen der **außerordentlichen Verwaltung** sind solche, die außergewöhnliche Geschäfte, schwerwiegende Eingriffe in die Substanz oder auch Änderungen der wirtschaftlichen Zweckbestimmung betreffen.

  Wenn eine Maßnahme bekannte Interessen der Miteigentümer betrifft, stellt sie ebenfalls eine außerordentliche Maßnahme dar.

Sofern nicht Abweichendes vereinbart wurde, gilt bei Maßnahmen der ordentlichen Verwaltung das Mehrheitsprinzip nach Anteilen. Bei außerordentlichen Maßnahmen können jedoch die Überstimmten eine Sicherstellung ihrer Interessen verlangen oder aus der Gemeinschaft austreten oder einen Schiedsmann oder das Gericht entscheiden lassen (§§ 834 und 835 ABGB).

Verweigert die Minderheit die Umsetzung eines Beschlusses, so hat die Mehrheit die Durchsetzung im streitigen Verfahren bei Gericht zu betreiben.

Da die Miteigentümerschaft (des ABGB) keine juristische Person bildet, sind bei Prozessen, die Verfügungen über die ganze Sache betreffen, alle Miteigentümer aktiv und passiv legitimiert; sie bilden eine Streitgenossenschaft nach § 14 ZPO (Hagen in immolex 2015, 190 in Besprechung zu OGH 10 Ob 207/14v).

7. Kann in einem Teilungsverfahren Wohnungseigentum begründet werden?

Ja! Wie schon im Punkt 5 erwähnt, ist im Teilungsverfahren der **Realteilung** der Vorzug vor der Zivilteilung zu geben (§ 843 ABGB).

Die Begründung von Wohnungseigentum ist nur eine Sonderform der Realteilung, es müssen dabei nicht alle Teilnehmer zustimmen. Im Wesentlichen müssen jedoch zwei Voraussetzungen gegeben sein:

- Im Verhältnis zur Anzahl der Miteigentümer muss eine ausreichende Anzahl Wohnungseigentumstauglicher Objekte vorhanden sein oder ohne unverhältnismäßigen Aufwand geschaffen werden können und
- die Miteigentümer müssen über ausreichend große Mindestanteile verfügen, welche die Schaffung von konkreten Wohnungseigentumsobjekten mit einer Mindestgröße und annähernd gleicher Beschaffenheit ermöglichen. Miteigentümer, die unter die Mindestgröße fallen, sind entsprechend ihren Anteilen in Geld abzufinden. Jeder Teilhaber hat Anspruch auf eine objektiv gleiche Behandlung.

  Das bei Gericht abzuhandelnde Teilungsverfahren endet mit einem rechtsgestaltenden Teilungsbeschluss, basierend auf einer Nutzwertfestsetzung/Parifizierung (OGH 5 Ob 133/14s, Rainer in immolex 2015, 33).

Anmerkung der Einräumung von Wohnungseigentum (§ 40 Abs. 2 WEG)

Liegt eine Zusage auf Einräumung von Wohnungseigentum für einen Miteigentümer, Wohnungsbewerber oder Wohnungseigentumsorganisator vor und sind diese im Grundbuch eingetragen, so können diese im Grundbuch Eingetragenen auf die Sicherstellung, bzw. Verbücherung ihres Eigentumsrechts bestehen und damit eine allfällige Teilungsklage zu Fall bringen.

Die im Grundbuch Eingetragenen können die Einverleibung ihres Eigentums im Range dieser Anmerkung verlangen, dies auch dann, wenn die Liegenschaft nach der Anmerkung einem Dritten übertragen oder belastet wurde (§ 40 Abs. 4 WEG).

Richterliche Begründung von Wohnungseigentum (§ 3 Abs. 1 Z 3 WEG)

Liegt jedoch keine Anmerkung der Eintragung von Wohnungseigentum für einen Miteigentümer vor, kann das Teilungsverfahren aus einem anderen Grund abgewehrt werden. Jeder schlichte Miteigentümer kann das Teilungsverfahren dadurch zunichte machen, dass er im Teilungsverfahren die Begründung von Wohnungseigentum durch das Gericht verlangt. Hierbei sollte dem Gericht bereits ein **detailliert ausgearbeiteter Vorschlag** auf Begründung von Wohnungseigentum unterbreitet werden.

II. Wohnungseigentumsbegründung

1. An welchen Objekten kann Wohnungseigentum begründet werden?

Objekte, an denen Wohnungseigentum begründet werden kann, sog. **wohnungseigentumstaugliche Objekte,** sind (§ 2 Abs. 2 WEG):

- **Wohnungen** als Teile eines Gebäudes

  Eine selbständige Wohnung kann auch ein Einfamilienhaus oder ein Reihenhaus sein. Bei einer Reihenhausanlage werden idR auf einer Liegenschaft mehrere Einfamilienhäuser errichtet, wobei an den Wohnungen wiederum Wohnungseigentum begründet wird.

  An Substandardwohnungen kann ebenfalls Wohnungseigentum begründet werden. Substandardwohnungen sind Wohnungen, die über kein WC und/oder keine Wasserentnahmestelle im Inneren verfügen.

- Sonstige **selbständige Räumlichkeiten**

  Eine „sonstige selbständige Räumlichkeit" ist ein **baulich abgeschlossener,** nach der Verkehrsauffassung **selbständiger** Teil eines Gebäudes, dem nach seiner Art und Größe eine **erhebliche wirtschaftliche Bedeutung** zukommt.

  Wohnungseigentum kann somit auch an Geschäftslokalen, Lagerräumlichkeiten, Büros, Ordinationen, Ateliers, Garagen(boxen) etc begründet werden.

  Dazu zählen auch beispielsweise Verkaufsflächen in einem Einkaufszentrum, die durch ein Rollgitter von der allgemeinen Liegenschaft abgetrennt sind; dies deshalb, weil die notwendige bauliche Abgeschlossenheit nicht nur durch Mauern, sondern auch durch Rollgitter, Rollbalken, Schiebetore, Glaswände etc erreicht werden kann.

  Die Wohnungseigentums-Tauglichkeit eines Objekts ist vom Grundbuchgericht, bei dem die Einverleibung des Wohnungseigentums beantragt wird, selbständig zu prüfen. Bei der Prüfung „sonstige selbständige Räumlichkeit" ist das Kriterium zugrunde zu legen, ob die Verkehrsauffassung dem Raum eine **selbständige wirtschaftliche Bedeutung** zuerkennt (OGH 5 Ob 47/00y, immolex 2000/162, MietSlg 52526). Beispielsweise sind Kellerräume, die ihrer Ausstattung nach weder für Wohn- noch für Geschäftszwecke geeignet sind, ebenso wie Räumlichkeiten, die nicht allseitig abgeschlossen sind, nicht wohnungseigentumstauglich (OGH 5 Ob 196/01m, Prader 9/E16).

- **Abstellplätze für Kraftfahrzeuge**

  An Kfz-Abstellplätzen kann selbständiges Wohnungseigentum begründet werden (siehe folgenden Punkt 2). Wenn an den Kfz-Abstellplätzen kein Wohnungseigentum begründet wird, dann gehören sie zu den allgemeinen Teilen der Liegenschaft (siehe Punkt 4).

2. Wohnungseigentum an Kfz-Abstellplätzen

Seit 2002 (WEG 2002) besteht die Möglichkeit, an deutlich abgegrenzten Kfz-Abstellplätzen (z.B. durch Bodenmarkierung) selbständiges Wohnungseigentum zu begründen. Damit sind ua. alle Abstellplätze im Freien bzw. in einer Tiefgarage gemeint (siehe oben).

Soweit Zubehör-Wohnungseigentum (siehe Punkt 3) an Kfz-Abstellplätzen nach der alten Rechtslage (vor dem WEG 2002) begründet wurde, bleibt dies jedoch weiterhin gültig.

Mit der Wohnrechtsnovelle 2006 wurde bestimmt, dass nunmehr auch sogenannte **Parkwippen** und **Stapelparker** selbständige wohnungseigentumstaugliche

Objekte als Kfz-Abstellplätze werden können. Dies gilt für jedes Stockwerk einer Parkwippe, aber auch für jede einzelne Stellfläche, wenn sich auf einem Stockwerk mehrere Stellflächen nebeneinander befinden. Dabei ist wesentlich, dass dem Abstellplatz eine bestimmte Abstellfläche zur ausschließlichen Nutzung zugewiesen ist. Daher kann Wohnungseigentum bei jenen technischen Parksystemen (z.B. Verschiebesystem) nicht begründet werden, bei denen ein abzustellendes Fahrzeug auf einen momentan gerade freien Platz gestellt wird (§ 2 Abs. 2 WEG).

Das Gesetz enthält jedoch eine Regelung, welche die Wohnungseigentümer der Liegenschaft beim Erwerb eines Kfz-Abstellplatzes bevorzugen soll. Für eine Frist von 3 Jahren ab Begründung von Wohnungseigentum an der Liegenschaft ist der Erwerb von selbständigem Wohnungseigentum an einem Kfz-Abstellplatz jedoch beschränkt. Siehe im Folgenden.

Einschränkung beim Erwerb von Kfz-Abstellplätzen im Wohnungseigentum innerhalb einer 3-jährigen Sperrfrist (§ 5 Abs. 2 WEG)

Während der 3-jährigen Sperrfrist ab Begründung von Wohnungseigentum an der Liegenschaft gilt für den Erwerb von Kfz-Abstellplätzen als selbständige WE-Objekte folgende Regelung:

Innerhalb der 3-Jahresfrist dürfen nur Eigentümer von Wohnungen und selbständigen Geschäftsräumlichkeiten (Eigentümer von sogenannten „**Bedarfsobjekten**“) jeweils für ihr Bedarfsobjekt einen Kfz-Abstellplatz im Wohnungseigentum erwerben. Somit kann ein „Nur-Eigentümer“ einer Garage einen Kfz-Abstellplatz innerhalb der 3-Jahresfrist nicht erwerben.

Darüber hinaus kann der Eigentümer eines Bedarfsobjekts während der 3-Jahresfrist **mehrere Abstellplätze** nur erwerben, soweit die Zahl der auf der Liegenschaft vorhandenen und als WE-Objekte gewidmeten Abstellplätze die Zahl der Bedarfsobjekte übersteigt. Bei der Berechnung der überzähligen Abstellplätze ist der schriftlich erklärte Verzicht eines Wohnungseigentümers auf den ihm vorzubehaltenden Abstellplatz zu berücksichtigen.

Nach Ablauf der 3-Jahresfrist können auch andere Personen (z.B. „Nur-Eigentümer einer Garage“ oder Liegenschaftsfremde) Wohnungseigentum an einem Abstellplatz erwerben.

Die 3-jährige Sperrfrist gilt nicht für den operativ tätigen Wohnungseigentumsorganisator, und zwar auch dann, wenn der Erwerb vor dem Inkrafttreten der WEG-Novelle 2006 stattgefunden hat (§ 58 Abs. 2 WEG – Übergangsregelung).

Abstellplätze für Motorräder

Sofern eine abgetrennte Bodenfläche zum Abstellen eines einspurigen Kfz geeignet und gewidmet ist, ist diese als sonstige selbständige Räumlichkeit wohnungseigentumstauglich.

3. Zubehör-Wohnungseigentum (§ 2 Abs. 3 WEG)

Dieses ist das mit dem Wohnungseigentum verbundene Recht (das auch grundbücherlich eingetragen wird oder werden kann), andere mit dem Wohnungseigentumsobjekt **baulich nicht verbundene**, aber abgegrenzte Teile der Liegenschaft (z.B. **Keller- oder Dachbodenräume, Hausgärten, Lagerplätze**) ausschließlich zu nützen.

Objekte des Zubehör-Wohnungseigentums teilen das rechtliche Schicksal des selbständigen Wohnungseigentumsobjektes, dem sie zugeordnet sind.

Seit der Novelle 2015 gilt, dass die **Übertragung eines Zubehör-Objekts** (z.B. durch Verkauf) von einem Wohnungseigentums-Objekt zu einem anderen nicht mehr der Zustimmung der übrigen Wohnungseigentümer bedarf (§ 5 Abs. 4 WEG).

Diese rechtliche Verbindung zum Zubehörobjekt hat jedoch zur Bedingung, dass das Zubehörobjekt ohne Inanspruchnahme anderer Wohnungseigentums- oder Zubehörobjekte zugänglich und deutlich abgegrenzt ist (OGH 5 Ob 167/08g, Prader S 13/E38.

Das Wohnungseigentumsobjekt **darf baulich nicht mit der Wohnung verbunden** (muass also baulich getrennt) sein.

Mit der Wohnung beispielsweise verbundene Balkone und Terrassen sind daher nicht Gegenstand von Zubehör-Wohnungseigentum, sondern Teil der jeweiligen Wohnung und finden bei der Nutzwertfestsetzung durch einen entsprechenden Zuschlag Berücksichtigung.

Wenn sie jedoch durch ein Stiegenhaus oder durch einen Dachboden von der Wohnung baulich getrennt sind, dann sind sie Zubehör-Objekte (OGH 50b, 196/15g, immolex 2016, 86).

Nach der Novelle 2015 erstreckt sich die Eintragung des Wohnungseigentums an einem Wohnungseigentums-Objekt auch auf dessen Zubehör-Objekte, soweit sich deren Zuordnung zum WE-Objekt aus dem WE-Vertrag oder der gerichtlichen Entscheidung jeweils in Zusammenhalt mit der Nutzwertermittlung oder -festsetzung eindeutig ergibt (§ 5 Abs. 3 WEG). Das bedeutet, dass das Zubehör nicht eigens verbüchert werden muss, sofern dessen Zuordnung zu einem WE-Objekt im obigen Sinn hinreichend erkennbar ist. Ist dies nicht zweifelsfrei gegeben, kann der Betroffene eine einvernehmliche rechtliche Sanierung versuchen (dazu bedarf es der Einstimmigkeit aller Wohnungseigentümer oder einer gerichtlichen Entscheidung).

4. Allgemeine Teile der Liegenschaft (§ 2 Abs. 4 WEG)

Allgemeine Teile der Liegenschaft sind nämlich solche, welche der allgemeinen Benützung dienen (z.B. Höfe, Gärten, Stiegenhäuser, zum Haus gehörende freie Parkplätze für alle, Grünflächen für alle) oder die Hausbesorgerwohnung (§ 3 Abs. 3 WEG).

Bei den allgemeinen Teilen der Liegenschaft kann man zwischen notwendigen allgemeinen Teilen (z.B. Stiegenhäuser) und allgemeinen Teilen kraft Widmung (das sind z.B. Kfz-Abstellplätze, die obwohl wohnungseigentumstauglich kraft vertraglicher Widmung aber als allgemeine Teile bestimmt werden können) unterscheiden.

An den allgemeinen Teilen der Liegenschaft kann nicht Wohnungseigentum begründet werden (§ 3 Abs. 3 WEG).

Allgemeine Teile müssen nicht unbedingt von allen Miteigentümern benützt werden können, sie bleiben weiter allgemeine Teile, wenn sie zur Benützung auf Grund einer Benützungsregelung (siehe Seite 285) nur einzelnen Miteigentümern zugeordnet sind (z.B. ein Hausgarten) (OGH 5 Ob 15, 16/80, MietSlg 32.483/34, Prader 15/E51)

Die Benützung der allgemein verfügbaren Teile der Liegenschaft durch einzelne oder mehrere Wohnungseigentümer erfordert eine **einstimmige schriftliche Vereinbarung** aller Wohnungseigentümer (sog. Benützungsregelung nach § 17 WEG, siehe Seite 286 f).

Von großer Bedeutung ist in der Praxis der Abschluss einer Benützungsvereinbarung über Abstellplätze, die nicht im Wohnungseigentum stehen und somit zu den allgemeinen Teilen der Liegenschaft gehören.

Steuerrecht

I. Allgemeines

Das Steuerreformgesetz (StRefG 2015/2016, BGBl I 118/2015) brachte ab 1.1.2016 Änderungen im Immobilienbereich bei der AfA, der Zehntelabsetzung, der Umsatzsteuer, der Immobiliensteuer, und eine wesentliche Umstellung bei der Grunderwerbsteuer. Das Abgabenänderungsgesetz 2016, BGBl I 2016 Nr. 117 brachte ab 1.1.2017 Änderungen bei der Bemessung der Kleinunternehmergrenze.

Hier kann nur ein kursorischer Überblick über die steuerrechtlichen Fragen aus Vermietung und Verpachtung geboten werden, der die individuelle Beratung durch den Steuerberater nicht ersetzen kann.

1. Welche Steuern sind bei Erwerb eines Grundstücks zu bezahlen?

Bei Erwerb eines Grundstücks durch Kauf, Tausch, Schenkung, Erbschaft oder Vermächtnis ist die **Grunderwerbsteuer** zu bezahlen. Sie ist seit 1.1.2016 grundsätzlich neu geregelt.

Der Veräußerer hat seit 1.4.2012 (mit Ausnahmen) die Immobiliensteuer zu bezahlen.

2. Welche Steuern sind bei Vermietung und Verpachtung zu bezahlen?

Bei Vermietung und Verpachtung sind an Steuern zu zahlen:

- **Einkommensteuer**
- **Umsatzsteuer**
- **Gewerbesteuer**, sofern das gemietete Grundstück (Gebäude) zu einem Gewerbebetrieb gehört.

3. Welche Steuern fallen sonst noch vom Grundbesitz an?

- Grundsteuer
- Bodenwertabgabe

Es gibt aber diverse Freigrenzen, Freibeträge und Befreiungstatbestände.

4. Gibt es noch die Schenkungssteuer und Erbschaftssteuer?

Nein! Die Schenkungssteuer und die Erbschaftssteuer sind seit 1.8.2008 durch zwei Verfassungsgerichtshoferkenntnisse aufgehoben worden. Bei der Schenkung von Grundstücken ist nunmehr die Grunderwerbssteuer zu entrichten.

Ein neues Erbschafts- und Schenkungssteuergesetz wurde nicht verabschiedet, sondern es wurde das **Schenkungsmeldegesetz** (SchenkMG), BGBl I Nr. 85/2008 ab 1.8.2008 in Kraft gesetzt.

Bei Schenkungen zwischen **Angehörigen** sind Schenkungen zu melden, wenn die zusammengezählten Schenkungsbeträge pro Jahr eine Freigrenze von **50.000** € übersteigen. Angehörige sind Ehegatten, Verwandte in gerader Linie sowie bis zum vierten Grad in der Seitenlinie, Verschwägerte und auch Lebensgefährten.

Zwischen **Nichtangehörigen** sind Schenkungen zu melden, wenn die zusammengezählten Schenkungsbeträge innerhalb von fünf Jahren eine Freigrenze von **15.000** € übersteigen.

Wer eine die Freigrenzen übersteigende Schenkung nicht meldet und erst im Fall einer Steuerprüfung behauptet, ein fraglicher Einkommenszuwachs stamme aus einer Schenkung, muss künftig erklären können, warum er die behaupteten Schenkung nicht fristgerecht gemeldet habe. Überdies gibt es eine Geldstrafe in Höhe von 10% des gemeinen Werts des Schenkungsgegenstands.

5. Wie sind Miet- oder Pachtverträge zu vergebühren?

Schriftliche Bestandverträge unterliegen einer Gebühr von **einem Prozent** vom Brutto-Entgelt. Auch die **schriftliche Verlängerung** eines Miet- oder Pachtvertrages unterliegt der Pflicht zur Selbstvergebührung.

Gebührenfrei sind ua. Verträge über die Miete von **Wohnräumen** bis zu einer Dauer von **drei Monaten** sowie Bestandverträge, bei denen der für die Gebührenbemessung maßgebliche Wert **150** € nicht übersteigt. Wird das Mietverhältnis über die drei Monate hinaus fortgesetzt, so besteht Gebührenpflicht. Vorverträge, d.h. schriftliche oder mündliche Verabredungen, künftig einen Mietvertrag abschließen zu wollen, sind gebührenfrei.

Die **Gebührenschuld** entsteht, sobald die Urkunde von allen Vertragsparteien unterzeichnet worden ist. Die „Bogengebühr" wurde mit Einführung des Euro ab 1.1.2002 abgeschafft. Die Abschrift des Bestandvertrags wird nicht mehr an das Finanzamt für Gebühren und Verkehrsteuern eingeschickt, sondern ist vom Bestandgeber zwecks amtlicher Nachschau **sieben Jahre** lang aufzubewahren.

- Zur Entrichtung der Gebühren an das Finanzamt ist nur der Bestandgeber verpflichtet, aber er darf die Gebühr vertraglich auf den Bestandnehmer überwälzen.

Zur Vertiefung:

Zur Bemessungsgrundlage (Brutto-Entgelt) gehören nicht nur der eigentliche **Miet- bzw. Pachtzins**, sondern **auch die Nebenkosten** (Betriebskosten, öffentliche Abgaben, Heizung), die Umsatzsteuer sowie **einmalige Leistungen**, wie z.B. Baukostenbeiträge, Investitionsablösen, usw.

Auch Heiz- und Warmwasserkosten, die der Mieter an einen Dritten (Fernwärme, usw.) zu zahlen hat, zählen zur Bemessungsgrundlage, ebenso die Kosten von Wartungsverträgen und Serviceverträgen, von Haushalts- oder Betriebsversicherung sowie für das Ausmalen des Mietobjekts, wenn der Mieter zu solchen Leistungen vertraglich verpflichtet wird. Die Kaution ist nicht mitzurechnen, weil sie kein Entgelt ist. Mit zu berücksichtigen (zu bewerten) ist auch eine vertragliche Verpflichtung des Mieters zur Sanierung des Bestandsobjekts.

Wird in der Vertragsverlängerung nur die neue Vertragsdauer beurkundet (und nicht z.B. ein neuer Miet- oder Pachtzins vereinbart), bleibt die Bemessungsgrundlage gegenüber dem ursprünglichen Vertrag unverändert, auch wenn der Miet- bzw. Pachtzins inzwischen durch Wertsicherung und Anpassung der Betriebskostenakonti höher geworden sein sollte.

Wenn aus dem Bestandvertrag nicht ersichtlich ist, wie hoch die Nebenkosten sind, sind laut der Verordnung (BGBl II Nr. 469/2001) folgende Werte **exklusive Umsatzsteuer je Monat und je Quadratmeter Nutzfläche** anzusetzen:

- für Betriebskosten (ohne Heizung und ohne Warmwasser) **1,30** €,
- für die Heizkosten **0,58** €,
- für die Warmwasserkosten **0,29** €.

Die Bemessungsgrundlage ist weiters von der **Laufzeit** des Bestandvertrags abhängig.

- Bestandvertrag auf **bestimmte** Zeit: Jahreswert der wiederkehrenden Leistungen mal Vertragsdauer plus einmalige Leistungen;
  - bei **Wohnungsmietverträgen** maximal der **dreifache** Jahreswert plus einmalige Leistungen;
  - bei sonstigen Verträgen maximal der **18fache** Jahreswert plus einmalige Leistungen;
- Bestandvertrag auf **unbestimmte** Zeit:
  Jahreswert der wiederkehrenden Leistungen mal 3 plus einmalige Leistungen;
- Vertrag auf **unbestimmte** Dauer mit **einseitigem Kündigungsverzicht** auf bestimmte Zeit: Jahreswert der wiederkehrenden Leistungen mal 3 plus einmalige Leistungen.

Achtung!
Die gebührenrechtliche Einstufung sagt noch nichts über die **mietrechtliche Durchsetzbarkeit von Befristungen und Kündigungsklauseln** aus.

Weitere Beispiele findet man auf dem Gebührenformular Geb1, das man sich auch von der Homepage des BMF herunterladen kann.

6. Was versteht man unter Instandhaltungsaufwendungen?

Instandhaltungsaufwendungen sind Aufwendungen für Arbeiten, die mit keiner wesentlichen Erhöhung des Nutzwertes oder der Nutzungsdauer verbunden sind. Dies sind laufende Reparaturarbeiten, die nicht zu einem Austausch von Teilen eines Gebäudes führen, wie z.B.

- Reparaturen, auch wenn diese nicht jährlich anfallen,
- Ausmalen des Stiegenhauses und der Räume,
- Anfärbeln der Fassade ohne Erneuerung des Außenverputzes,
- Ausbessern des Verputzes usw,
- laufenden Wartungsarbeiten,
- Umdeckung des Daches, Ausbesserung der Dachrinne oder des Mauerwerkes,
- Erneuerung des Verputzes und des Anstriches, Instandsetzung schadhaft gewordener Türen und Fenster sowie die Reparatur sanitärer Anlagen und der Elektroanlagen,
- Austausch von weniger als 25% der Fenster oder Türen,
- Einfügen eines neuen Teiles, zum Beispiel an Stelle einer Holzdecke eine Betondecke, wenn ansonsten das Gebäude und insbesondere die Mauern, welche in erster Linie über die Nutzungsdauer eines Hauses entscheiden, unverändert bestehen bleiben;
- Ersetzung eines Schindeldaches durch ein Leichtmetalldach, Ersetzung eines Holztores durch ein Eisentor oder Ersetzung einer Gartenmauer bzw. eines Zaunes durch eine Umfriedung (VwGH 16.3.1962, 0241/59; VwGH 1.3.1963, 1681/62),

- Umstellung einer mit festen Brennstoffen beheizten Zentralheizungsanlage auf Ölfeuerung, wenn lediglich der **Einbau eines Ölbrenners** und die damit verbundenen Installationsarbeiten aus technischen oder ihnen gleichkommenden wirtschaftlichen Notwendigkeiten erfolgten (VwGH 12.2.1975, 0881/74);
- Austausch der Heiztherme (UFSW, GZ RV/1417-W/05 vom 19.10.2005; daher keine Sonderausgabe gem. § 18 Abs. 1 Z 3 lit. c EStG);
- Austausch einer Gaseinzelofenheizung durch Gasetagenheizung (VwGH 23.10.2013, 2010/13/0147, immolex 2014/43), weil dadurch keine Änderung der Wesensart des Gebäudes eintrat und die Wohnung und die zwei Wohnungen wurden durch die Modernisierung der Gasheizung auch nicht so umgestaltet, dass „von anderen Wohnungen gesprochen werden" könnte (siehe unten gegenteilig);
- als Großreparatur zu bezeichnende Aufwendungen, die für die Erhaltung von Gebäuden aufgewendet werden und nicht jährlich erwachsen (VwGH 18.11.1966, 1565/65; VwGH 10.6.1987, 86/13/0167; VwGH 2.8.1995, 93/13/0197); die Generalsanierung bzw. Generalüberholung eines Wirtschaftsgutes, solange die Wesensart dieses Wirtschaftsgutes erhalten bleibt (VwGH 24.09.2007, 2006/15/0333 zur Wasserleitung einer Brauerei; siehe Rz 2204);
- Aufwendungen wie Kanalisationsbeitrag, eine Kanaleinmündungsgebühr oder ähnliche Zahlungen für den Anschluss eines bestehenden Gebäudes mit bereits vorhandenen Abwasserbeseitigungsanlagen (Senkgrube, Sickergrube, Kanal) an eine öffentliche Kanalisationsanlage;
- Aufwendungen zur Beseitigung von Schäden, die ausschließlich infolge **höherer Gewalt** (Sturm, Hagel, usw.) eingetreten sind, sind nicht als Instandsetzungsaufwand, sondern als Instandhaltungsaufwand zu behandeln.

Instandhaltungsaufwand muss grundsätzlich sofort abgesetzt werden. Nicht jährlich wiederkehrende Reparaturen können wahlweise auf 10 Jahre aufgeteilt werden.

7. Was versteht man unter Instandsetzungsaufwendungen?

Instandsetzungsaufwendungen sind solche Aufwendungen, die weder zu den Instandhaltungs- und Herstellungsaufwendungen gehören und allein oder zusammen mit einem Herstellungsaufwand den **Nutzwert wesentlich erhöhen** oder die **Nutzungsdauer des Gebäudes wesentlich verlängern**. Zum Beispiel:

- Austausch von Fenstern zu mehr als 25% (zu mehr als 25%, eine Differenzierung nach Größe oder Wert der Fenster oder Türen erfolgt nicht)
- Austausch von Türen,
- Austausch von Dach oder Dachstuhl, auch wenn ein Teil der Schäden auf Stürme zurückzuführen ist (VwGH 28.10.2008, 2006/15/0277)
- Austausch von Stiegen,
- Austausch von Zwischenwänden und Zwischendecken,
- Austausch von Unterböden (Estrich statt Holzboden usw),
- Austausch von Aufzugsanlagen,
- Austausch von Heizungsanlagen sowie Feuerungseinrichtungen (z.B. Umstellung einer Zentralheizungsanlage von festen Brennstoffen auf Gas,
- Austausch von Elektroinstallationen,

- Austausch von Gas-, Wasser- und Heizungsinstallationen,
- Austausch von Sanitärinstallationen (auch mit Erneuerung der Bodenbeläge und Fliesen),
- Umfangreiche Erneuerung des Außenverputzes bspw. mit Erneuerung,
- Wärmedämmung,
- Trockenlegung der Mauern usw,
- Kanalanschluss bei bestehenden Gebäuden (VwGH 25.1.1993, 92/15/0020 UFSW, GZ RV/1417-W/05 vom 19.10.2005),
- Austausch von Dach oder Dachstuhl, auch wenn ein Teil der Schäden auf Stürme zurückzuführen ist (VwGH 28.10.2008, 2006/15/0277).

Instandsetzungsaufwendungen müssen **ab 1.1.2016** auf fünfzehn Jahre aufgeteilt werden (zuvor 10 Jahre) Jene Instandsetzungsaufwendungen, die **nicht für Wohnzwecke** vermietete Teile des Gebäudes betreffen, können **sofort** oder über Antrag auf **fünfzehn Jahre** verteilt abgesetzt werden.

Nachgeholter Erhaltungsaufwand (EStR 2000 Rz 6474):

Rechtslage bis 31.12.2010: Bei Erwerb eines Gebäudes in vernachlässigtem Zustand waren grundsätzlich alle Aufwendungen in einem nahen zeitlichen Zusammenhang von etwa drei Jahren als Teil der Anschaffungskosten zu aktivieren, ausgenommen bei Gebäuden im Vollanwendungsbereich des MRG. Die AfA ist (auch über 2010 hinaus) fortzusetzen. Mit Zustimmung des Steuerpflichtigen kann jedoch in offenen Verfahren auch die Rechtslage angewendet werden, die für ab 1.1.2011 anfallende Erhaltungsaufwendungen gilt.

Ab 1.1.2011 hat sich die Finanzverwaltung dem Erkenntnis des VwGH (30.6.2010, 2005/13/0076) angeschlossen, dass anschaffungsnahe (nachgeholte) Erhaltungsaufwendungen nicht zu aktivieren sind (VwGH 30.06.2010, 2005/13/0076).

Im **Anwendungsbereich des § 28 Abs. 2 EStG 1988** (soweit das Gebäude Wohnzwecken dient) sind Instandsetzungsaufwendungen stets auf zehn Jahre abzusetzen. Dabei ist davon auszugehen, dass bei Erwerb eines vernachlässigten Gebäudes alle Aufwendungen im nahen zeitlichen Zusammenhang mit der Anschaffung Instandsetzungsaufwand sind.

Soweit der nachgeholte Aufwand Herstellungsaufwand ist, können bei Vorliegen der Voraussetzungen (Zehntel- bis) Fünfzehntelabsetzungen vorgenommen werden (EStR 2000 Rz 6475).

8. Was versteht man unter Herstellungsaufwendungen?

Herstellungsaufwendungen liegen bei jeder Änderung der Wesensart des Gebäudes vor, wie z.B.

- Aufstockung eines Gebäudes;
- Zusammenlegung von Wohnungen;
- erstmaliger Einbau von Zentralheizungen, Aufzugsanlagen usw;
- Umstellung der Wärmeversorgung von Öl, Gas oder einem festen Brennstoff auf Fernwärme (VwGH 2.10.2014, 2011/15/0195);
- Versetzung von Zwischenwänden;
- Einbau von Badezimmern und WC (Kategorieanhebung);

- Einbau von Gebäudeteilen an anderen Stellen (z.B. Versetzen von Türen und Fenstern);
- Stellplatz-Ausgleichsabgaben in Zusammenhang mit der Errichtung eines Gebäudes;
- Anschluss an öffentliche Versorgungssysteme wie Gas, Wasser, Strom, Kanalisation gehören laut EStR Rz 2627 zu den Herstellungskosten des Gebäudes, weil sie der Nutzbarkeit des Gebäudes dienen (VwGH 12.2.1965, 1279/64). Gleiches gilt für die Kosten für die Ablöse der Verpflichtung zur Errichtung von Garagenabstellplätzen;
- die Einrichtung einer „nur durch Betätigung von Druckknöpfen" zu bedienenden Heizanlage „anstelle einzelner, die einzelnen Räume beheizenden Öfen" erspare „Arbeitsstunden, allenfalls auch besondere Arbeitskräfte (Heizer)" und sei daher als Herstellungsaufwand aktivierungspflichtig (VwGH 20. Oktober 1971, 970/71, VwSlg 4295/F, ÖStZB 1972, 96);
- Betonierungs- und Asphaltierungsarbeiten sind auf 8 Jahre (12,5% AfA) aufzuteilen (BMF-Erlass vom 11.8.1992 SWK 1992, A I 312);
- Zu den aktivierungspflichtigen Anschaffungsnebenkosten gehören die **Aufschließungskosten** (Beiträge zur Verkehrserschließung durch öffentliche Interessentenwege oder Ortsstraßen, Herstellung der Wasserversorgung und Abwasserentsorgung, gesetzliche Beiträge zu Fußgängerzonen usw.) sowie Kosten von Schutzbauten (z.B. Hochwasserschutz) und anderen behördlichen Auflagen (z.B. Vorschreibung der Errichtung eines Wasserrückhaltebekkens durch die Gemeinde), soweit sie durch den Grundeigentümer zu tragen sind (z.B. in Form von **Anlieger- oder Interessentenbeiträgen** oder Infrastrukturbeiträgen); insoweit Aufwendungen auf Dritte überwälzt werden, sind die Anschaffungsnebenkosten entsprechend zu kürzen. Ein zeitlicher Zusammenhang der Aufschließungskosten mit dem Anschaffungsvorgang ist nicht erforderlich. Diese Aufwendungen sind entsprechend ihres Veranlassungszusammenhanges auf Grund und Boden oder Gebäude aufzuteilen (Rz 2626 EStR 2000).

Treffen Erhaltungs- und Herstellungsaufwendungen im Rahmen einer Baumaßnahme **zusammen**, so ist grundsätzlich eine Trennung in Erhaltungs- und Herstellungsaufwand vorzunehmen. Ist aber der Erhaltungsaufwand durch den Herstellungsaufwand bedingt, liegt insgesamt Herstellungsaufwand vor, z.B. im Zusammenhang mit einem nachträglichen Einbau von Sanitäreinrichtungen (Badezimmer, WC) müssen die Wände in diesen Räumen neu ausgemalt werden (EStR 2000 Rz 6452).

Wäre der Erhaltungsaufwand jedoch auch ohne Herstellungsaufwand notwendig gewesen, sind die Aufwendungen getrennt zu beurteilen, z.B. ein schadhaftes Dach muss repariert werden; das Gebäude wird aufgestockt und dabei gleich ein neues Dach aufgesetzt. Die Dacherneuerung ist Erhaltungsaufwand (Instandsetzungsaufwand), die Gebäudeaufstockung Herstellungsaufwand.

Herstellungsaufwand ist grundsätzlich auf die **Restnutzungsdauer** des Gebäudes im Wege der **AfA** abzusetzen.

Aus der Stellung der Bestimmung des § 28 Abs. 3 EStG 1988 im Gesetz ergibt sich, dass die dort vorgesehene – gegebenenfalls auch einer Normal-AfA vorgehende – Verteilungsmöglichkeit von Herstellungsaufwand auf 15 Jahre nur dann zum Tragen kommen kann, wenn im Zeitpunkt seines Anfalls Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung vorliegen. Für eine Verteilungsmöglichkeit von bereits vor dem Zeitraum der erstmaligen Einkünfteerzielung getätigtem Herstellungsauf-

wand ergibt sich nach der Gesetzeslage kein Anhaltspunkt (VwGH 25. 9. 2012, 2008/13/0240 SWK Heft 9/2013, 512).

9. Wann kommt eine Fünfzehntelabschreibung des Herstellungsaufwands in Betracht?

Eine **beschleunigte Abschreibung** des Herstellungsaufwands auf (zehn bis) fünfzehn Jahre kommt in Betracht, wenn es sich handelt um

- Aufwendungen nach §§ 3 bis 5 MRG, wenn das Gebäude dem MRG unterliegt;
- **Sanierungsmaßnahmen**, wenn eine Zusage für eine **Förderung nach Wohnhaussanierungsgesetz**, Startwohnungsgesetz oder Landesgesetzen über Wohnhaussanierung vorliegt;
- Sanierungsaufwendungen nach § 19 Denkmalschutzgesetz.

Werden zur Finanzierung dieses Herstellungsaufwandes erhöhte Zwangsmieten (§§ 18 ff MRG) oder erhöhte Mieten, die auf ausdrücklich gesetzlich vorgesehenen Vereinbarungen beruhen, eingehoben, dann kann der Herstellungsaufwand gleichmäßig auch auf die Laufzeit der erhöhten Mieten, mindestens aber gleichmäßig auf zehn Jahre verteilt werden. Laut OGH (5 Ob 240/06i uam.) darf der Aufteilungszeitraum einer Mietzinserhöhung nach §§ 18 ff MRG zehn Jahre gar nicht überschreiten.

Der VwGH hat sich in seinem Erkenntnis vom 22.9.2005 (Z 2001/14/0041, immolex 2006/29, ebenso VwGH vom 24.11.2005, Z 2006/13/0170, immolex 2009/90) der Meinung der Finanzverwaltung angeschlossen, dass der Dachbodenausbau ohne eine Förderungszusage als Herstellungsaufwand auf die Restnutzungsdauer (1,5% AfA bzw. 2% AfA bei Baujahr vor 1915) zu verteilen sei (EStR 2000, Rz 6481), und nicht eine Verbesserungsarbeit (Kategorieanhebung) nach § 4 MRG ist.

(§ 28 Abs. 3 EStG)

10. Was passiert mit den Zehntel- bzw. Fünfzehntelbeträgen bei Übertragung des Mietshauses sowie bei Aufgabe der Vermietung?

Rechtslage ab 1.8.2008 (aufgrund des Schenkungsmeldegesetzes)

a) Entgeltliche Übertragung, z.B. Verkauf des Mietshauses:

Wie bisher gehen die Zehntel/Fünfzehntel- und Herstellungsfünfzehntelabsetzungen verloren. Im Jahr der Übertragung steht dem Übertragenden noch der volle Jahresbetrag zu (EStR 2000 Rz 6484).

Offene Instandhaltungszehntel (ab 1.1.2016 Instandhaltungsfünfzehntel) sind in den Folgejahren als nachträgliche Werbungskosten absetzbar (EStR 2000 Rz 6468a).

Eine entgeltliche Gebäudeübertragung löste bisher die Nachversteuerung der Differenz zwischen Herstellungsfünfzehntel-AfA und Normal-AfA gemäß § 28 Abs. 7 EStG 1988 aus.

Neu: Seit dem 1. StabG 2012 beträgt bei „Neuvermögen" die Einkommensteuer darauf 25% (**ab 1.1.2016: 30%**), weil die abgesetzten Herstellungsfünfzehntelbeträge dem Spekulationsgewinn hinzugerechnet werden.

Bei der pauschalierten Immobilienertragssteuer auf „Altvermögen" erfolgt die Nachversteuerung, indem die in den letzten fünfzehn Jahren vor der Veräußerung abgesetzten Herstellungsfünfzehntelbeträge zur Hälfte zu den 14% des Veräußerungserlöses hinzugerechnet werden und davon 25% – ab 1.1.2016: 30% – Immobilienertragssteuer ermittelt wird.