

Mietrecht

Das rechtliche Interesse des Mieters an der
Feststellung der angemessenen Mietzinshöhe

Wohnungseigentumsrecht

Voraussetzungen der Rückkehr
vom abweichenden zum gesetzlichen
Verteilungsschlüssel im WEG

Exekutionsaufschiebung bei
Zwangsverwaltung von WE

Wohnungsgemeinnützigkeitsrecht

Fixpreis nach §15a WGG bei
Mietkaufmodellen noch denkbar?

Zivilprozessrecht

Verkürzung der Revisionsfrist durch
das neue AußStrVerf

Fixpreis nach § 15 a WGG bei Mietkaufmodellen noch denkbar?

Die WRN 1999 ermöglichte es einer Gemeinnützigen Bauvereinigung, für die nachträgliche Übertragung in das Wohnungseigentum der Mieter bzw Nutzer aufgrund eines gesetzlichen Anspruchs (sog Mietkaufmodell) abweichend vom gerichtlich festzusetzenden Preis, die Übereignung zu einem Fixpreis nach § 15 a WGG zu vereinbaren. Dieser Fixpreis sollte während der Mietphase als pauschalisierte Herstellungskosten auch der Berechnung des laufenden Miet- bzw Nutzungsentgelts zugrunde gelegt werden können. Die WRN 2002 hat dieses Modell zumindest für die Kaufpreisermittlung wieder beseitigt.

HARALD FRIEDL

A. EINLEITUNG

Mit der WRN 2002, die eine grundlegende Änderung des WGG im Bereich der nachträglichen Übertragung in das Wohnungseigentum (WE) brachte, sollten die unterschiedlichen Modelle und Wege zur (nachträglichen) WE-Begründung in einem Regelungskomplex zusammengefasst und auf eine einheitliche normative Basis gestellt werden. Die früheren Preisregelungen für die nachträgliche Übertragung in das WE der Mieter bzw Nutzer, gerichtliche Preisfestsetzung einerseits und Vereinbarung eines Fixpreises nach § 15 a (aF) andererseits, wurden aufgegeben und durch einen – einheitlich für alle Fälle der nachträglichen WE-Begründung geltenden – neuen Fixpreis nach § 15 d iVm § 23 Abs 4c¹⁾ ersetzt.

Ungeachtet der gleichen Terminologie „Fixpreis“ im Gesetz darf der neue Fixpreis nach § 15 d nicht mit dem innerhalb einer bestimmten Bandbreite zu ermittelnden Preis nach § 15 a verwechselt werden.²⁾ Der Fixpreis nach § 15 a ist nur mehr bei sofortiger Übertragung an Neubauten zulässig.³⁾ Dies ergibt sich ganz eindeutig aus dem Bautenausschussbericht (BAB),⁴⁾ wonach nunmehr als Regelfall für die Ei-

gentumsbildung ein modifizierter Fixpreis gem § 15 d vorgesehen ist und unterschiedliche Gebahrungsvorschriften bestehen. Schon nach dem Wortlaut des § 15 a ist dieser als Alternative zum kostendeckenden Preis des § 15 für die sofortige Übertragung in das WE an Neubauten konzipiert. Aber auch seine systematische Stellung im Gesetz – durch eine eigene Marginalie abgetrennt von den Bestimmungen über die nachträgliche Übertragung – und die Gegenüberstellung zum Fixpreis nach § 15 d macht deutlich, dass für die nachträgliche WE-Begründung die Preisermittlung nach § 15 a nicht mehr in Frage kommt.

Dr. Harald Friedl ist Assistent am Institut für Zivilrecht der Universität Wien.

- 1) Paragraphen ohne nähere Angabe sind jene des WGG idF WRN 2002, BGBl I 2001/162.
- 2) Zur Ermittlung dieses Bandbreitenpreises vgl § 15 a, § 23 Abs 4 b iVm § 7 b GRVO.
- 3) Vgl Würth/Zingher/Kovanyi²¹ § 15 d Rz 2; Rosifka, Der Wohnungsgemeinnützigkeitsrechtliche Teil der Wohnrechtsnovelle 2002, wobl 2002, 65 (78).
- 4) BAB 890 BlgNR 21. GP 2.

B. ÄNDERUNG DER GEBARUNGSRICHTLINIEN- UND ENTGELTRICHTLINIEN- VERORDNUNG

Erst mit der Änderung der GebarungsrichtlinienV (GRVO) und der EntgeltrichtlinienV (ERVO)⁵⁾ per 1. 4. 2003 bringt der Ordnungsgeber über § 14 Abs 1 a den Fixpreis nach § 15 a wieder ins Spiel. Dies steht allerdings mit dem Gesetzestext und der Ansicht des historischen Gesetzgebers im BAB nicht im Einklang. § 7 c GRVO lautet:

(1) „Bei einer Fixpreisermittlung gemäß § 15 d in Verbindung mit § 23 Abs 4 c WGG unter Bedachtnahme auf § 15 a WGG kann die Bauvereinigung eine jeweils sachgerechte und angemessene Absetzung für Abschreibung und eine Wertsicherung ansetzen.“

(2) „Ein Fixpreis gemäß Abs 1 gilt jedenfalls als angemessen im Sinne des § 23 Abs 4 c WGG, wenn sich die Bauvereinigung aus Anlass der erstmaligen Überlassung der Baulichkeit zu einer Fixpreisermittlung gemäß § 15 d WGG unter Bedachtnahme auf die Grundsätze des § 15 a WGG (in Verbindung mit § 14 Abs 1 a WGG) und § 18 a Abs 1 Entgeltrichtlinienverordnung 1994 verpflichtet.“

§ 18 a ERVO sieht eine Abschreibung dieses Fixpreises mit 1% pa gem § 17 Abs 4 WGG⁶⁾ vor. Was allerdings die Mechanismen des § 15 a und dessen Grundsätze sein sollen, die im Gesetz in dieser Form nicht mehr existieren, und wie darauf Bedacht zu nehmen sei, kann die V nicht aufklären. Der nach § 23 Abs 4 c zu ermittelnde Fixpreis des § 15 d hat ausgehend vom Substanzwert,⁷⁾ unter Bedachtnahme auf den Verkehrswert im Zeitpunkt der Fixpreisvereinbarung (= Kaufanbot), insb zu berücksichtigen: die anteilige Übernahme der Verpflichtungen der GBV (etwa der Darlehen und Hypotheken), die Einmalbeträge (§ 17 – Grund- und/oder Baukostenbeitrag), die anteilige Übertragung aller EVB in die Rücklage nach § 31 WEG und die Kosten der WE-Begründung etc. Dieser Preis ist denknotwendiger Weise nur ein solcher, der erst bei tatsächlicher Übertragung – also frühestens zehn Jahre nach Errichtung – ermittelt werden kann.

Der Preis nach § 15 a wiederum ist nach § 23 Abs 4 b iVm § 7 b GRVO innerhalb einer Bandbreite zu ermitteln, deren Untergrenze die tatsächliche Bau- und Grundkosten samt den (Grund-)Finanzierungskosten etc und deren Obergrenze die Grund- und Baukosten zuzüglich 2% zur Rücklagenbildung und 3% Pauschalsatz zur Risikoabgeltung (je von den Herstellungskosten) bilden. Eine solche Schwankungsbreite eröffnet der Fixpreis nach § 15 d gerade nicht und die prozentuellen Zuschläge sind bei dieser Preisermittlung nicht vorgesehen und daher auch nicht, zulässig. Beide Kalkulationsvarianten sind miteinander nicht vereinbar. Die angesprochenen Grundsätze und Mechanismen des § 15 a sollen wohl die mit der WRN 1999 geschaffenen Valorisierungs- und Abschreibungsvorschriften⁸⁾ sein, die allerdings mit der WRN 2000 teilweise und mit der WRN 2002 gänzlich wieder beseitigt wurden.

Im Anschluss an diese Verordnungsänderungen stünden nach *Th. Österreicher*⁹⁾ einer GBV drei Preiskalkulationsvarianten zur Verfügung:

- Die GBV wartet den Kaufantrag des Mieters ab und ermittelt auf der Grundlage des § 15 d iVm § 23 Abs 4 c einen Fixpreis.
- Stattdessen könne eine GBV auch einen Fixpreis nach § 15 a wie bei sofortiger WE-Begründung ermitteln und eine Verwohung und auch allenfalls eine Valorisierung dieses Betrags vereinbaren. Ein exakt vorgesehener Ausmaß der Verwohung bestehe nicht, sodass zwischen 1 – 2% (§ 14 Abs 1 Z 3 WGG)¹⁰⁾ gewählt werden könne. Die Wertsicherung könne nicht nur nach dem VPI, sondern nach jedem sachgerechten Index (zB Baupreisindex) vereinbart werden.
- In der Dritten Variante stellt es *Österreicher* der GBV frei, den Fixpreis nach § 15 a zu ermitteln und eine Verwohung von 1% anzusetzen. Damit sei dem durch die WRN 2000 grundlegend neu geregelten System der Behandlung von Einmalzahlungen von Mietern (Grund- und/oder Baukosten) Rechnung getragen (gemeint wohl die ausschließliche Abschreibung mit 1% in § 17 Abs 4 seit der WRN 2000).

Die erste Variante entspricht dem Gesetz, die beiden übrigen Varianten finden allerdings auch in der Verordnung keine Deckung, die ihrerseits wieder über das Gesetz hinauschießt.

C. UNANWENDBARKEIT DES § 14 Abs 1 a WGG

Nach § 14 Abs 1 a können die gesamten Herstellungskosten „in den Fällen des § 15 b auch auf der Grundlage eines Fixpreises gemäß § 15 a und § 23 Abs 4a¹¹⁾ von der Bauvereinigung vereinbart werden“, (...). Die Fälle des § 15 b waren vor der WRN 2002 jene eines gesetzlichen Anspruchs infolge Einhebung eines entsprechenden Finanzierungsbeitrags. Dass diese Verweisung nunmehr ihr Ziel verfehlt, fällt auf den ersten Blick nicht auf, weil § 15 b (nF) immer noch die nachträgliche Übertragung betrifft, aber keineswegs mehr die Anspruchsvoraussetzung so wie § 15 b (aF). Diese Regelung befindet sich nun-

5) BGBl II 2003/348.

6) Abschreibung bzw „Verwohung“ des Finanzierungsbeitrags.

7) Darunter kann eigentlich nur der Sachwert (= Bauwert und Grundkosten nach Vergleichswert) verstanden werden, weil die Liegenschaftsbewertung den Begriff Substanzwert nicht kennt und beide Begriffe va in abgabenrechtlichen Zusammenhang synonym verwendet werden; vgl die Darstellung bei *Lenneis*, Bewertung von Liegenschaften im Abgabenrecht, immolex 2005, 140.

8) § 15 b Abs 3 a (aF) iVm § 17 Abs 4 (aF).

9) *Th. Österreicher*, Klarstellungen zur Preisbildung bei der Übertragung von Mietwohnungen gemeinnütziger Bauvereinigungen in das Wohnungseigentum durch Änderung der Gebarungsrichtlinienverordnung und der Entgeltrichtlinienverordnung, wobl 2003, 207 (209).

10) Woher diese Prozentsätze stammen, lässt sich nicht feststellen. In der genannten Bestimmung ist die höchstzulässige Verzinsung der eingesetzten Eigenmittel geregelt.

11) Abs 4 a enthält nunmehr die Verordnungsermächtigung für den Bundesminister.

mehr in § 15 c¹²⁾ unter Einschluss der Regelung für das freiwillige Angebot.

Dem Gesetz wie auch den Mat zur WRN 2002 ist keineswegs zu entnehmen, dass der GBV – so wie es der Ordnungsgeber vorsieht – abweichend von der Preisermittlung nach § 15 d auch noch eine solche unter Bedachtnahme auf § 15 a offen stehen soll. Wie bereits erwähnt ist im BAB dazu gerade Gegenteiliges hervorgehoben: „Neben dem mit dem 3. WÄG zunächst für den Neubau eingeführten Fixpreis gemäß § 15 a (erweitert für die nachträgliche WE-Begründung mit WRN 1999) ist nunmehr als Regelfall für die Eigentumbildung an gemeinnützigen Mietwohnungen ein modifizierter Fixpreis gemäß § 15 d vorgesehen.“¹³⁾ Die Wendung „gemeinnützigen Mietwohnungen“ zeigt, dass vorherige Überlassung in Miete gemeint ist. Die Äußerung „Regelfall“ legt zwar nahe, dass der Gesetzgeber auch eine abweichende Preisbildung für möglich hält. Dies findet auch durchaus Deckung im Gesetz, weil bei erfolgreicher (gerichtlicher) Anfechtung des angebotenen Fixpreises wegen offenkundiger Unangemessenheit (§ 18 Abs 3 b) das Gericht den Preis nach § 15 d Abs 2 autonom ohne Bindung an die Preisermittlungsvorschriften des § 15 d iVm § 23 Abs 4 c festsetzt. Nur diese beiden unterschiedlichen Kaufpreisermittlungsvarianten sind im BAB für die nachträgliche WE-Begründung eigens angesprochen.¹⁴⁾ Deswegen kann der Äußerung „Regelfall“ keineswegs die Bedeutung beigelegt werden, dass der Gesetzgeber eine Preisbildung nach § 15 a ermöglichen wollte, weil eine solche Deutung weder im Gesetz noch in den Mat seinen Niederschlag gefunden hat.

Die Beseitigung der Möglichkeit, dem Nutzungsentgelt pauschalierte Herstellungskosten in der Form des Fixpreises nach § 15 a zugrunde zu legen, kann durchaus als zweckmäßig angesehen werden, weil damit eine schwerwiegende Abweichung vom Kostendeckungsprinzip für die Mietphase wieder aufgehoben wird. Bei dieser Nutzungsentgeltskalkulation wird nämlich keine Endabrechnung gelegt und damit auch nicht offen gelegt, ob *lukrierte Baukostenskonti* weitergegeben wurden. Der Einbehalt ist sonst ja nur in der Höhe der tatsächlichen Aufwendungen für Fremdgeld oder bei Einsatz von Eigenmitteln in der Höhe entgangener Zinsen nach § 14 Abs 1 Z 3 zulässig.¹⁵⁾ Marktgerechteres Anbieten der Wohnung orientiert am Verkehrswert im Zeitpunkt des Verkaufs mag durchaus mit den Prinzipien der Gemeinnützigkeit noch vereinbar sein, die Herstellkosten pauschaliert nach § 15 a auch dem Nutzungsentgelt während der Mietphase zugrunde zu legen aber schon weniger. Solche Herstellkosten fanden bisher nur im Übersteigen des Verkehrswerts vergleichbarer freifinanzierter Objekte ihr Korrektiv (§ 17 Abs 3 ERVO [aF]).

D. LÜCKENHAFTIGKEIT DES GESETZES?

Würth hat völlig zutreffend darauf hingewiesen, dass die Regelung des § 14 Abs 1 a seit der WRN 2002 nur mehr mit Gewalt anwendbar sei.¹⁶⁾ Würth geht daher von einer Lücke im Gesetz aus und schlägt zur berichtigenden Auslegung des § 14 Abs 1 a eine

Preis- bzw Nutzungsentgeltsermittlung nach § 15 a (Bandbreitenpreis) vor.

Die Stütze dafür, die Würth in § 7 c Abs 2 GRVO sieht, verfängt nicht, weil der Ordnungsgeber nur zur Konkretisierung und nicht zu einer Art „authentische Interpretation“ des Gesetzes ermächtigt sein kann. Der Ordnungsgeber meint selbst nur den Fixpreis nach § 15 d und verweist bloß auf die Bedachtnahme der Grundsätze des § 15 a. Deswegen erlaubt nicht einmal der Ordnungstext – wie von Österreicher angenommen und Würth vorgeschlagen – eine Preisermittlung ausschließlich nach dem Bandbreitenpreis des § 15 a.

An einer planwidrigen (vom Gesetzgeber nicht gewollten) Unvollständigkeit des eigenen Normsetzungsaktes, die Voraussetzung jeder Analogie ist, bestehen allerdings erhebliche Zweifel, weil sich der Gesetzgeber nach den Ausführungen im BAB durchaus bewusst war, nur mehr den Preis nach § 15 d für anwendbar zu erklären.

1. BESEITIGUNG DER ANFECHTUNGSMÖGLICHKEIT

Gegen die planwidrige Unvollständigkeit spricht auch, dass die in § 18 Abs 3 Z 2 (aF) normierte gerichtliche Anfechtung des dem Nutzungsentgelt zugrunde gelegten Fixpreises (damals nur § 15 a-Bandbreite) ersatzlos gestrichen wurde. Diese Aufhebung kann aber mit Rücksicht auf die Neuregelung der Fixpreisgestaltung nur damit erklärt werden, dass der Fixpreis dem Nutzungsentgelt nicht mehr zugrunde gelegt werden kann und deswegen eine Überprüfungsmöglichkeit während der Mietphase hinfällig ist.

Vor der WRN 2002 konnten nach § 18 Abs 3 Z 1 und Z 2 (aF) Einwendungen gegen die Höhe der dem Entgelt zugrunde gelegten gesamten Herstellungskosten (§ 13 Abs 2) oder gegen die Höhe des Fixpreises binnen drei Kalenderjahren ab erstmaligem Bezug gerichtlich geltend gemacht werden. Es bestand ein Gleichklang der Fristen für die Überprüfung der Herstellungskosten, mögen sie pauschaliert nach § 15 a oder kostendeckend nach § 13 Abs 2 dem Nutzungsentgelt zugrunde gelegt worden sein. Der beim Mietkaufmodell vereinbarte Fixpreis konnte daher nur während der Mietphase und *keinesfalls neuerlich* anlässlich der Übereignung mind zehn Jahre danach überprüft werden.

Nach dem neu gefassten § 18 Abs 3 sind nur mehr die Herstellungskosten des § 13 Abs 2 binnen drei Kalenderjahren ab Bezug überprüfbar. Anders als vor der WRN 2002 legt nun § 15 e Abs 1 für die Geltendmachung des Übereignungsanspruchs bei den Mietkaufmodellen fest, dass die GBV auf Antrag des Mieters mind zehn Jahre nach Bezug eine Fixpreisvereinbarung nach § 15 d anzubieten hat. Dementsprechend sind Einwendungen gegen den Fixpreis – und zwar jenen nach § 15 d – nach dem

12) IVm § 39 Abs 21 a für bereits bestehende Ansprüche.

13) BAB 890 BlgNR 21. GP 2.

14) BAB 890 BlgNR 21. GP 2.

15) Vgl RIS-Justiz RS0112612; RS0059055.

16) Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht²¹ § 14 Rz 18 a; ders in Rummel, ABGB II/5³ § 14 WGG Rz 27 a.

neuen § 18 Abs 3 a Z 2 binnen sechs Monate nach schriftlichen Anbot gem § 15 e Abs 1 geltend zu machen. Der Verweis auf § 15 e Abs 1, welcher wiederum auf § 15 c lit a verweist, der die gesetzlichen Ansprüche (Mietkaufmodelle) zum Inhalt hat, zeigt, dass der Gesetzgeber eine Anfechtung des Fixpreises erst nach Anbot der GBV zum Kauf ermöglicht und nicht schon in der Mietphase ab Bezug.

Einwendungen in den Fällen des § 15 a (Neubauten) sind nach der ebenfalls neuen Z 1 des § 18 Abs 3 a nach schriftlicher Vereinbarung, worunter zivilrechtlich nur der Abschluss des Kauf- und Anwartschaftsvertrags¹⁷⁾ verstanden werden kann, längstens sechs Monate nach Bezug geltend zu machen. Dass auch hier unter den Fällen des § 15 a nur die WE-Begründung in Neubauten zu verstehen ist, zeigt der ebenfalls neue § 18 Abs 3 b: „*Ein Fixpreis gemäß §§ 15 a und 15 d ist offenkundig unangemessen, wenn er den ortsüblichen Preis für frei finanzierte gleichartige Objekte – in den Fällen des § 15 d unter Berücksichtigung der vom Mieter oder sonstigen Nutzungsberechtigten zu übernehmenden Verpflichtungen der Bauvereinigung – übersteigt.*“ Eine solche Übernahme der Verpflichtungen ist natürlich nur bei nachträglicher Übertragung denkbar (vgl § 15 b Abs lit d) und der Einschub „*in den Fällen des § 15 d*“ wäre sonst ohne Zweck, weil ja auch bei einer nachträglichen Übertragung zum Preis des § 15 a Verpflichtungen zu übernehmen und beim Vergleich zum freifinanzierten Objekt zu berücksichtigen wären.¹⁸⁾ Der § 18 Abs 3 a iVm Abs 3 b regelt daher die Anfechtung des Fixpreises anlässlich des Verkaufs, wie durch die relativ kurze und gleichlaufende Anfechtungsfrist von sechs Monaten belegt wird.

„*Vereinbarung*“ und „*Bezug*“ in § 18 Abs 3 a Z 1 kann nicht dahingehend verstanden werden, dass damit auch die Vereinbarung im Mietvertrag erfasst ist. Eine solche Auslegung verbietet sich zwar schon nach der Systematik des § 18, würde aber darüber hinaus den unüberbrückbaren Wertungswiderspruch heraufbeschwören, dass die tatsächlichen Herstellungskosten (§ 13 Abs 2) mit § 18 Abs 3 drei Jahre lange überprüft werden können und die als pauschaliert dem Nutzungsentgelt zugrunde gelegten nur sechs Monate.

2. ANALOGIEHINDERNISSE

Grundvoraussetzung für das Vorliegen einer sog „echten“ Lücke ist natürlich, dass die bereits dargestellten gesetzgeberischen Akte nicht höherrangige Wertungen und Grundentscheidungen dokumentieren, sodass mit § 14 Abs 1 a schon gar keine Lücke vorliegt.¹⁹⁾ Kennzeichnend ist, dass eine ausdrückliche gesetzliche Bestimmung ohne deren Ergänzung überhaupt nicht anwendbar ist.²⁰⁾ Zur Analogie wird eine gesetzliche Regel nach ihrer ratio über ihren Wortlaut hinaus auf den ähnlichen Fall erstreckt (Einzelanalogie) oder aus einer Mehrzahl verwandter Vorschriften induktiv ein gemeinsames Prinzip erschlossen und auf den ähnlichen Fall deduktiv angewendet (Gesamtanalogie).²¹⁾

Zu denken wäre daher zuerst an die Preisbildungsvorschrift des § 15 d für die nachträgliche

Übertragung ins WE in der von ERVO u GRVO intendierten Anwendung, weil diese Regelung der zu prüfenden – orientiert am Endzweck Übereignung – noch am ähnlichsten ist. Über die ratio dieser vollkommen neuen Preisbildung geben die Mat keinen Aufschluss. Preisbildung ausgehend vom Substanzwert unter Bedachtnahme auf den Verkehrswert im Zeitpunkt der Veräußerung (§ 23 Abs 4 c) scheint aber den Zweck zu verfolgen, der GBV ein Anbieten der Wohnung orientiert am Verkehrswert mind zehn Jahre nach Errichtung – also ein marktgerechteres Anbieten – zu ermöglichen. Diese Möglichkeit war nach den Mat zum 3. WÄG schon die ursprüngliche ratio der Einführung eines vom Kostendeckungsprinzip abweichenden Fixpreises nach § 15 a bei Neubauten.²²⁾ Es sollen also die Wertverhältnisse im Veräußerungszeitpunkt maßgeblich sein. Diesen an der ratio legis der Fixpreise des § 15 a und § 15 d orientierten Zweck kann eine Preisermittlung nach § 15 d im Zeitpunkt des Mietvertragsabschlusses nicht erfüllen, weil damit gerade auf die Wertverhältnisse mind zehn Jahre vor Veräußerung abgestellt wird. Damit scheidet auch der Deduktionsschluss aus dem zuvor induktiv aus den §§ 15 a, 15 d ermittelten Prinzip aus.

Es fragt sich daher, ob die ratio der Ausdehnung der Preisbildung nach § 15 a auf die nachträgliche Übertragung mit der WRN 1999 eher entsprechen könnte. Zweck dafür war, dass das bis dahin für die nachträgliche Veräußerung allein maßgebliche gerichtliche Preisfestsetzungsverfahren bei „*echten Mietkaufmodellen zu einer Unkalkulierbarkeit des künftigen Kaufpreises durch die gerichtliche Verkehrswertfestsetzung*“ führe.²³⁾ Eine andere Ratio als die Überwindung der Unkalkulierbarkeit (wohl für die GBV) ist den Mat für die Einführung des § 14 Abs 1 a iVm § 15 b Abs 3 a (aF) nicht zu entnehmen. Damit gerät dieser Analogieversuch allerdings schwer ins Wanken, weil das *gerichtliche Preisfestsetzungsverfahren mit der WRN 2002 beseitigt* wurde und überhaupt nur mehr subsidiär stattfindet. Die auffindbaren rationes für die einzelnen Fixpreisregelungen über die verschiedenen Novellen passen nicht mehr in das durch der WRN 2002 geschaffene Konzept oder treffen einfach nicht mehr zu. Im Übrigen fehlen seit die WRN 2000 Valorisierungsvorschriften, welche die mind zehn Jahre auseinanderliegenden Wertverhältnisse auffangen können, weil in § 17 Abs 4 seither nur mehr die Ab-

17) Genau genommen handelt es sich beim Erwerb einer erst zu errichtenden Wohnung idR um einen typengemischten Vertrag: Kauf des Liegenschaftsmitigentumsanteils und Werkvertrag auf Errichtung; vgl 5 Ob 282/00 g, immolex 2001/90.

18) Vgl nur den alten § 15 b Abs 4 idF vor der WRN 2002 über die Berücksichtigung der Übernahme der Verpflichtungen bei der Bekanntgabe des endgültigen Fixpreises.

19) *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz 170; *Larenz*, Methodenlehre⁶ 374.

20) *F. Bydlinski*, Methodenlehre² 473; bloß andere Terminologie *Canaris*, Lücken 59.

21) Vgl *F. Bydlinski*, Methodenlehre² 477 f; *Larenz*, Methodenlehre⁶ 383 f.

22) AB zu § 15 a, abgedruckt bei *Würth/Zingher*, WohnR '94, 193.

23) BAB 2056 BlgNR 20. GP 4.

schreibung des Finanzierungsbeitrags vorgesehen ist und nicht wie vorher auch eine Aufwertung nach dem VPI.

Dazu käme ein eventuell aus § 21 Abs 1 zu schließendes Analogiehindernis.²⁴⁾ Danach sind Vereinbarungen, die zum Nachteil des Mieters von den Bestimmungen der §§ 13–15, 15 b bis 20 und 22 abweichen, unwirksam. Diese (relativ) zugunsten der Mieter und Käufer wirkende Anordnung („Günstigkeitsprinzip“) erfordert daher eine Prüfung, ob sich durch die Analogie § 14 Abs 1 a iVm § 15 a ein Nachteil in der Position als Mieter ergäbe. Die Position als Käufer hat dabei wieder geringere Bedeutung, weil es bei der Anwendung des § 14 Abs 1 a zu vorderst um das laufende Nutzungsentgelt in der Mietphase geht. Mieter ziehen ja vor Ablauf der zehn Jahre häufig wieder aus oder entscheiden sich trotz des Anspruchs nicht zum Erwerb. Im Übrigen wäre ein Käufer durch einen lange vorher nach § 15 a bemessenen Kaufpreis, der im Zeitpunkt der Veräußerung unter den Marktwerten liegt, sogar besser gestellt, weil die GBV trotz der Preisbildungsmöglichkeit nach § 15 d für den Zeitpunkt der Veräußerung an den zuvor schon im Mietvertrag vereinbarten Kaufpreis zivilrechtlich gebunden ist.²⁵⁾ Prima vista müssten schon von vornherein dem Nutzungsentgelt zugrunde gelegte pauschalierte Herstellungskosten in Form des Fixpreises nach § 15 a für den Mieter nachteilig sein, weil diese wohl über den streng nach Kostendeckung zu ermittelnden Herstellungskosten des § 13 Abs 2 liegen werden.

Die Überprüfbarkeit des dem Nutzungsentgelt zugrunde gelegten Fixpreises während der Mietphase wurde zwar aufgehoben, jedoch können Einwendungen gegen die dem Nutzungsentgelt zugrunde gelegten Herstellkosten nach § 18 Abs 3 iVm § 22 Abs 1 Z 6 dennoch erhoben werden, weil nicht die Angemessenheit des Fixpreises überprüft werden soll, sondern die Zulässigkeit des begehrten Nutzungsentgelts überhaupt. Die dreijährige Präklusivfrist kann nicht ablaufen, weil sich diese immer weiter um ein Jahr verlängert, solange keine prüffähige Abrechnung der Grund- und Baukosten gelegt wurde. Die bloße Bekanntgabe eines Pauschalbetrages, wie dies beim Fixpreis regelmäßig der Fall ist, reicht nach der Rsp nicht aus.²⁶⁾ Im Ergebnis bedeutet dies, dass in einem Verfahren zur Überprüfung des Nutzungsentgelts nach den § 18 Abs 3 iVm § 22 Abs 1 Z 6 ermittelt werden muss, ob der in das Nutzungsentgelt eingeflossene Fixpreis gegenüber den Herstellkosten des § 13 Abs 2 – was einen Nachweis derselben erfordert – nachteilig ist und daher eine Analogie verhindert.

E. AUSBLICK AUF DIE GEPLANTE NOVELLE

Viele GBV haben zwar seit der WRN 2002 zu Recht davon abgesehen, schon im Mietvertrag Fixpreise zu vereinbaren, doch dürfte die Rechtsänderung nicht wenigen verborgen geblieben sein. So nimmt es nicht Wunder, dass mit der geplanten Nov, die allerdings im November 2005 von der Tagesordnung wieder abgesetzt wurde, aus diesem Anlass wieder einmal

korrigierend eingegriffen werden soll.²⁷⁾ In § 14 Abs 1 a soll der Verweis auf § 15 c lit a Z 1 (Anspruch auf Übereignung) und § 15 a geändert und in § 23 Abs 4 c zur bisherigen Regelung „*Substanzwert*“ noch der Satz angefügt werden, „*oder ausgehend von § 15 a (§ 23 Abs 4 b), unter Bedachtnahme auf eine jeweils sachgerechte und angemessene Absetzung für Abschreibung und eine Wertsicherung*“. Die RV stößt damit wieder jene Gemeinnützigern vor den Kopf, die zwar unzulässigerweise aber doch im Einklang mit ERVO, GRVO, den Mietverträgen den Fixpreis nach § 15 d zugrunde gelegt haben. In den ErlRV wird indes so getan, als handle es sich bloß um die Beseitigung eines Redaktionsversehens nach der Art einer „*authentischen Interpretation*“ und nicht wie richtigerweise um eine neuerliche Gesetzesänderung.²⁸⁾ Die Suche nach einer Bestimmung, die rückwirkend die seit In-Kraft-Treten der WRN 2002²⁹⁾ unzulässige Vereinbarung eines Kaufpreises nach § 15 a und eines darauf basierenden Nutzungsentgelts validieren lassen soll, führt ins Übergangsrecht und den vorgeschlagenen § 39 Abs 30. Interessanterweise wird dort allerdings gar keine Rückwirkung angeordnet,³⁰⁾ weil die Neuregelung des § 23 Abs 4 c mit dessen § 15 a anzuwenden sei, wenn „*der Fixpreis aus Anlass der erstmaligen Überlassung der Baulichkeit ermittelt und vereinbart wird* (..).“. Zur Rückwirkung müsste es nämlich „*vereinbart wurde*“ heißen, was dann allerdings ohne flankierende zusätzliche Anordnungen einer verfassungsgesetzlich bedenklichen „*Prämie für Rechtsbruch*“ durch Validation gleichkäme.³¹⁾ Die dem Nutzungsentgelt zugrunde gelegten *gesamten Herstellungskosten als Fixpreis nach § 15 a* bleiben nämlich während der Mietphase weiterhin *als solche* nicht anfechtbar, sondern sind nach § 18 Abs 3 a erstmals anlässlich der Veräußerung als Kaufpreis bekämpfbar. Ist es nicht zu einer Überprüfung des Nutzungsentgelts gekommen und wird bei der Überprüfung des Kaufpreises dessen offenkundige Unangemessenheit festgestellt, dann erweisen sich die vorangegangenen Zahlungen als überhöht, und ein Rückforderungsanspruch für länger als drei Jahre zurück liegende Überzahlungen wäre dann wohl verjährt.³²⁾

Bemerkenswert ist, dass mit § 39 Abs 30 iVm § 23 Abs 4 c eine dritte Kaufpreiskalkulationsvariante Einzug erhalten soll. Eine GBV könne nämlich

24) Vgl 5 Ob 111/02 p, immolex 2003/12 (Pffel) zu einem aus § 21 Abs 1 erschlossenen Analogiehindernis.

25) 5 Ob 248/01 h, MietSlg 53.585; 5 Ob 150/04 a, ecollex 2005/90; 7 Ob 298/02 b, MietSlg 55.563.

26) 5 Ob 150/99 s, immolex 2000/9; RIS-Justiz RS0112051; RS0083506.

27) RV und Erläut 1183 BlgNR 22. GP.

28) ErläutRV 1183 BlgNR 22. GP 45.

29) Für jene Vereinbarungen, die auf Basis jener durch die WRN 1999 geschaffenen Rechtslage getroffen wurden, fehlt, wie bereits erwähnt, eine Übergangsbestimmung in der WRN 2002, sodass zwar die Nutzungsentgelte rechtskonform vereinbart wurden.

30) Und auch kein rückwirkendes In-Kraft-Treten im Art IV.

31) Vgl dazu *Vonkilch*, Das Intertemporale Privatrecht 130 und 150.

32) Präklusion konnte nicht eintreten, weswegen die Dreijahresfrist des § 27 Abs 3 MRG zum Tragen käme.

anlässlich der Veräußerung „den Fixpreis zwar nach § 15 a auf der Grundlage der Endabrechnung der gesamten Herstellungskosten, jedoch ohne einen Pauschalsatz für die Risikoabgeltung“ berechnen. Wenn dafür die Endabrechnung mind zehn Jahre davor – also seinerzeitige Herstellkosten – maßgeblich sein soll, dann fragt sich, wie die Differenzierung zum derzeit und weiterhin geltenden § 15 d iVm § 23 Abs 4 c sachlich zu rechtfertigen ist. Danach ist ja der Substanzwert im Zeitpunkt der Veräußerung – also mind zehn Jahre nach Herstellung – heranzuziehen, und eine Rücklagenkomponente von 2% – so wie für diese dritte Variante offenbar nahe gelegt – darf nicht aufgeschlagen werden. Eine GBV könnte damit in Zukunft³³⁾ – so sie nicht schon im Mietvertrag einen Fixpreis vereinbart hat – wählen, ob sie wegen Verfalls der Liegenschaftspreise die seinerzeitigen „Gestehungskosten“ mit 2%iger Rücklage ansetzt, oder ob sie wegen gestiegener Wertverhältnisse den Wert im Zeitpunkt der Veräußerung berechnet. Alleine der Differenzierung bei den maßgeblichen Zeitpunkten der Wertverhältnisse und noch viel mehr

dieser Wahlmöglichkeit fehlt eine sachliche Rechtfertigung.

33) Rückwirkung ist hier nicht angeordnet.

SCHLUSSSTRICH

Die von der WRN 1999 eröffnete Möglichkeit, das Nutzungsentgelt auf Basis der pauschalierten Herstellungskosten iSd § 15 a zu ermitteln (§ 14 Abs 1a WGG) und so den späteren Kaufpreis für die Übertragung in das WE der Mieter bereits im Mietvertrag zu vereinbaren (Mietkaufmodell), findet in der durch die WRN 2002 geschaffenen Rechtslage keine Entsprechung mehr. Die Übereignung kann nur mehr zum modifizierten Fixpreis nach § 15 d erfolgen, der erst bei Anbot der GBV im Übereignungszeitpunkt zu ermitteln ist. Darauf nehmen die Änderungen der ERVO und der GRVO nicht Bedacht. Der in der Lehre vorgeschlagene Analogieschluss zu § 15 a muss an der derzeitigen Gesetzeslage und den auffindbaren rationes legis scheitern.