

Martin Trapichler

Die Wiener Wohnzone 2.0 und das neue Verwendungsgebot nach der wr BauO-Novelle 2023



© privat

RA Ing.
Mag. Martin Trapichler

Nach der BauO-Novelle 2018 verschärfte das Land Wien mit der (größtenteils) am 14.12.2023 in Kraft getretenen BauO-Novelle 2023¹ die gesetzlichen Regelungen im Zusammenhang mit touristischer Kurzzeitvermietung neuerlich. Mit diesem Beitrag sollen die Änderungen der Wohnzonenregelung, die Ausweitung des Verwendungsgebots für Wohnungen auf ganz Wien (dh auch außerhalb von Wohnzonen) und die damit einhergehenden Problemfelder, die Haftungsverschärfungen und neu geschaffenen Möglichkeiten der Baubehörde, den gesetzlichen Regelungen Geltung zu verschaffen, und – neuerlich – die (mutmaßliche) Kompetenzwidrigkeit der Wohnzonenregelung und des nunmehr geltenden generellen Verwendungsgebots untersucht werden.

Schlagnworte: *Airbnb; Aufenthaltsraum; Ausnahmegewilligung; Bebauungsplan; Beherbergung; Beherbergungsbetrieb; Bestimmtheitsgebot; Bevölkerungspolitik; Blankettstrafnorm; booking.com; gewerblich; Haftung; Klarheitsgebot; Kurzzeitvermietung; Ortstaxe; Privatautonomie; Raumwidmung; Tourismus; Tourismusabgabe; Umwidmung; Vertrauensschutz; Verwendungsgebot; Verwendungsverbot; Volkswohnungswesen; Vorbereitungsdelikt; Widmung; Wohnraumsicherung; Wohnzone.*

Rechtsnormen: §§ 7a, 60, 119, 119a, 121, 129, 135, 137a wr BauO; Art 11 Abs 1 Z 3, Art 18 B-VG; Art 7 EMRK.

A. Einleitung – was bisher geschah

Dieser Beitrag knüpft thematisch an jenen des Autors in diesem Periodikum aus dem Jahr 2020 an.² Der Stillstand während COVID-19 ist vorüber und die touristische Kurzzeitvermietung erfreut sich wieder großer Popularität. Die Magistratsabteilung 37 des Magistrats der Stadt Wien, die in Wien erstinstanzlich für die Vollziehung der Bauordnung zuständig ist, hatte mit dem in § 7a wr BauO³ geregelten Verwendungsgebot ihre liebe Not; zu schwierig gestaltete sich oftmals der Nachweis einer tatsächlich stattfindenden Kurzzeitvermietung. Oft konnte die Vermietungsdauer nicht eruiert werden, mitunter wechselten kurzerhand die von der Behörde

ins Visier genommenen Anbieter unter gleichzeitiger Haftungsbefreiung des/der die Kurzzeitvermietung dulden (oder zur Duldung verpflichteten) Eigentümer, ohne dass es eine tatsächliche Unterbrechung der Kurzzeitvermietung gab. Erschwerend kam hinzu, dass die touristische Kurzzeitvermietung in den Außenbezirken wegen der dort (bis auf ein paar wenigen Ausnahmen) nicht bestehenden Wohnzonen zunahm; gleichzeitig verringerte sich aufgrund des Zuzuges in die Stadt Wien und aufgrund der zuletzt schwierigen Lage auf dem Immobilien- und Kreditmarkt die Anzahl der freien (bzw in Wirklichkeit: leistbaren) Wohnungen, was wiederum einen gewissen Handlungsdruck auf die Politik auslöste. Dieser „Druckkessel“ mündete schließlich in einer massiven Einschränkung der touristischen Kurzzeitvermietung außerhalb der schon bekannten Wohnzonen, sowie in einer weiteren Verschärfung, insbesondere bei den Ausnahmen innerhalb der Wohnzonen.

¹ LGBl 2023/37.

² Trapichler, Die Wiener Wohnzone, bbl 2020, 173.

³ Alle weiteren Paragraphenangaben ohne Angabe des Gesetzes beziehen sich auf die wr BauO.

B. Änderungen der Wohnzonenregelung

Zunächst hat der Landesgesetzgeber die Wohnzonenregelung des § 7a wr BauO einem legislativen Aufräumprozess unterworfen. Weggefallen sind die zuvor im letzten Halbsatz des Abs 4 eigens erwähnten Dachgeschoße. Gleichzeitig ist die Einschränkung auf Hauptgeschoße in Abs 3 weggefallen, sodass nunmehr nicht mehr gesondert zwischen Haupt- und Dachgeschoßen unterschieden wird. Einen Unterschied machte das insbesondere bei der 80%-Ausnahme des Abs 5, weil dort die Dachgeschoße bei der Bemessungsgrundlage *expressis verbis* nicht zu berücksichtigen waren.

1. Weniger Flexibilität bei der 80%-Ausnahme, unsachliche Differenzierung beim Dachgeschossausbau

Die Einbeziehung der Dachgeschoße in die Bemessungsgrundlage für die 80% stellt eine nicht zu unterschätzende und auf den ersten Blick nicht leicht erkennbare, aber deutliche Einschränkung der Möglichkeiten bei der 80%-Ausnahme dar. Dies soll folgendes Beispiel illustrieren:

mit „*gesamte Bodenfläche der Wohnungen abzüglich der Wandstärken und der im Verlauf der Wände befindlichen Durchbrechungen (Ausnehmungen); Keller- und Dachbodenräume sowie Treppen und Freiräume wie Loggien, Balkone, Terrassen etc. sind bei Berechnung der Wohnnutzfläche nicht zu berücksichtigen*“ definiert ist. Strittig – auch im Bereich des Ersatzwohnraumes – war zuvor, ob nur die Fläche der Aufenthaltsräume oder die gesamte Wohnnutzfläche zu zählen ist.

Die Einbeziehung der Wohnnutzfläche der Dachgeschoße in die Bemessungsgrundlage für die 80% führt mE zu einer unsachlichen Bevorzugung von nachträglichen Dachgeschoßausbauten in gemischt genutzten Häusern. Gem § 7a Abs 4 müssen Dachgeschoße in Wohnzonen nämlich nur dann in Form von Wohnungen (oder Hauswaschküchen samt Nebenräumen) ausgebaut werden, wenn im Gebäude das Flächenausmaß für Wohnungen jenes für Büro- oder Geschäftsräume übersteigt. E contrario kann in Gebäuden, in denen bereits überwiegend Büro- oder Geschäftsräume rechtmäßig etabliert sind, das Dachgeschoss auch zu Nichtwohnzwecken ausgebaut werden. Es handelt sich insofern um eine Einschränkung des Abs 3, wonach neu

Bisherige Regelung:		Neue Regelung:	
Geschoß	Nutzfläche	Geschoß	Nutzfläche
DG	80 m ²	DG	80 m ²
3. OG	100 m ²	3. OG	100 m ²
2. OG	100 m ²	2. OG	100 m ²
1. OG	100 m ²	1. OG	100 m ²
EG	100 m ²	EG	100 m ²
Summe	480 m ²	Summe	480 m ²
Für Wohnzwecke zu verwendende Nutzfläche	80% von 300 m ² (Summe der Hauptgeschoße ohne EG) = 240 m²	Für Wohnzwecke zu verwendende Nutzfläche	80% von 380 (Summe <u>aller</u> Geschoße ohne EG) = 304 m²
Für andere, zB Kurzzeitvermietungs-zwecke verwendbar	480 minus 240 = 240 m²	Für andere Zwecke, zB Kurzzeitvermietung verwendbar	480 minus 304 = 176 m²

Unterschied zwischen alter und neuer Regelung in diesem Beispiel: 64 m²

Klargestellt, obschon vom Gesetzeswortlaut nie strittig, hat der Gesetzgeber auch, dass Kellergeschoße ebenfalls nicht bei der Bemessungsgrundlage der 80%-Ausnahme zu berücksichtigen sind. Was unter Erdgeschoß und was unter Kellergeschoß zu verstehen ist, war und ist in § 87 geregelt. Das Erdgeschoß ist demnach das unterste Hauptgeschoß. Hauptgeschoße sind solche „*Geschoße, deren Fußbodenfläche mindestens zur Hälfte ihres Umfanges über dem anschließenden Gelände liegen und die mit keinem Raumteil innerhalb des zulässigen Dachumrisses liegen.*“ Kellergeschoße sind alle Geschoße, die unter dem Erdgeschoß gelegen sind.

Die Änderung des Wortlautes von „*im Gebäude für Wohnungen verwendeten Flächen*“ auf „*im Gebäude verbleibende Wohnnutzfläche*“ ist einerseits klarstellender Natur, als der Begriff der Wohnnutzfläche in § 87 Abs 15

errichtete Aufenthaltsräume in Wohnzonen auch wieder nur zu Wohnzwecken genutzt werden dürfen. Das erscheint nicht sachgerecht. (Mit-)Eigentümer von gemischt genutzten Gebäuden, in denen die Nichtwohnutzung schon jetzt überwiegt, sind (und bleiben) bessergestellt als (Mit-)Eigentümer von Gebäuden, in denen die Wohnnutzung überwiegt. Letztere können (nur) die Ausnahmen nach Abs 5 in Anspruch nehmen, sofern deren Voraussetzungen vorliegen, erstere benötigen diese erst gar nicht, weil das ausgebaute Dachgeschoss schon aufgrund des Abs 4 vom Verwendungsgebot ausgenommen ist. Die Einbeziehung der Dachgeschoßwohnnutzfläche in die Bemessungsgrundlage hat diese mit dem nunmehr sogar gesetzlich verankerten Gesetzeszweck (vgl § 137a Satz 1) unvereinbare Ungleichbehandlung noch verschärft.

2. Wegfall der Differenzierung zwischen Wohngebiet und gemischtem Baugebiet

Mit der Novelle hat der Gesetzgeber die schon vor Jahrzehnten von *Geuder*⁴ aufgezeigte unsachliche Differenzierung zwischen Wohngebieten und gemischten Baugebieten bei der in § 7a Abs 5 geregelten 80%-Ausnahme (endlich) beseitigt, sodass die 80%-Ausnahme nicht mehr ausschließlich in Wohngebieten, sondern auch bei anderen Widmungskategorien, zB im gemischten Baugebiet erwirkt werden kann.

3. Neue Kriterien bei der Ersatzwohnraumbeschaffung

Die bei Projektentwicklern beliebte sog. „Ersatzwohnraumschaffung“ (§ 7a Abs 5 letzter Fall) ist durch die Novelle entwertet worden. Das gesetzgeberische, respektive politische Ziel ist erkennbar: Durch die nunmehr geforderte Gleichwertigkeit in Bezug auf Wohnungsgröße, Ausstattung und vor allem in Bezug auf die „durchschnittlich fiktiv erzielbare Miete“ soll verhindert werden, dass Wohnungen, die dem Mietpreisschutz des Mietrechts- und Richtwertgesetzes unterliegen, durch Wohnungen „ausgetauscht“ werden können, die nur dem Teilanwendungsbereich des Mietrechtsgesetzes und der freien Mietzinsbildung (dh ohne Mietpreisschutz) unterliegen, denn frei finanzierte Neubauten (sowie Dachgeschossausbauten) unterliegen keinem Mietpreisschutz.⁵ Fraglich bleibt dennoch, wie die angeführten Kriterien der Gleichwertigkeit zu interpretieren sind. „Gleichwertig“ ist jedenfalls nicht gleichbedeutend mit „gleich“ und wenn der fiktiv erzielbare Mietzins in der umzuwidmenden Wohnung vielleicht sogar höher ist, als jener im Dachgeschoss, wird man die Bestimmung aufgrund der geschilderten Zielrichtung teleologisch reduzieren müssen, da ja eine teurere durch eine günstigere Wohnung ersetzt wird. Zum Nachweis der Gleichwertigkeit der durchschnittlich fiktiv erzielbaren Miete beider Objekte bieten sich Mietpreisspiegel oder ein Gutachten eines Sachverständigen für Immobilienbewertung an, was die Projektierung jedenfalls verteuert.

Die Gleichwertigkeit des „zugleich“ neu zu schaffenden Wohnraums muss im „Zeitpunkt seiner Schaffung“ vorliegen.⁶ Mögliche zukünftige Entwicklungen auf dem Wohnungsmarkt haben bei der Beurteilung der Bewilligungsfähigkeit daher außer Betracht zu bleiben. In Verbindung mit dem Erfordernis, dass der Ersatzwohnraum *zugleich* zu schaffen ist, ist der beurteilungs-

relevante „Zeitpunkt der Schaffung“ mit rechtsstaatlich gebotenen Verwaltungshandeln mE nicht in den Griff zu bekommen. Abgesehen davon, dass unklar ist, was unter „Schaffung“ zu verstehen ist,⁷ erlischt eine erteilte Baubewilligung grds erst, wenn nicht innerhalb von 4 Jahren mit dem Bau begonnen wird. Nach Baubeginn hat der Bauwerber nochmals 4 Jahre Zeit, den Bau zu vollenden.⁸ Es ist also grds denkbar, dass ein Ersatzwohnraum erst nach 8 Jahren tatsächlich „geschaffen“ ist (wenn man den „Zeitpunkt der Schaffung“ mit der Fertigstellung gleichsetzt, was aber, wie ausgeführt, unklar ist). Die Baubehörde müsste bei der Bescheiderlassung über die Umwidmung den „Zeitpunkt der Schaffung“ der Ersatzwohnung entweder raten oder einen fiktiven Schaffenszeitpunkt annehmen. Das lässt der Wortlaut des Gesetzes aber nicht zu und wäre auch vom verfassungsrechtlichen Standpunkt des Bestimmtheitsgebotes und der Voraussehbarkeit von Verwaltungshandeln äußerst bedenklich. Eine bedingte Ausnahmebewilligung wäre mE ebenfalls gesetzwidrig, weil der Bauwerberin eine unzureichende und mit großer Unsicherheit belastete Bauführung zugemutet wird. Sie investiert große Summen in den Bau neuer Wohnungen auch in der Annahme, dass sie – wenn sie irgendwann einmal (idR erst einige Jahre nach Einreichung) errichtet sind – als Ersatzwohnraum für umzuwidmende Wohnungen, die Bestandteil ihrer Kalkulation sind, anerkannt werden, ohne jedoch Rechtssicherheit hierüber zu haben, ob im Zeitpunkt der (tatsächlichen) Schaffung dann noch Gleichwertigkeit herrscht. Zu viel kann sich in dem Zeitraum zwischen Bewilligung und Schaffung ändern, es können Mietpreisdeckel beschlossen werden, die es vorher nicht gab, es können Krisen oder Zeiten des Aufschwunges die Marktbedingungen gravierend ändern. Mit der Vorhersehbarkeit behördlichen Handelns und dem Bestimmtheitsgebot des Art 18 B-VG⁹ ist die Wendung „im Zeitpunkt seiner Schaffung“ mE nicht vereinbar.

Der Antrag auf Umwidmung wegen Ersatzwohnraumschaffung wird gezwungenermaßen daher erst dann gestellt werden können, wenn die Wohnung „geschaffen“ ist, denn davor kann die Behörde die Gleichwertigkeit im Zeitpunkt der Schaffung nicht beurteilen. Dann stellt sich jedoch sogleich die Folgefrage, wie lange nach geschaffenem Ersatzwohnraum eine Umwidmung zulässig ist. Der Einfachheit halber – aber das

⁴ *Geuder/Hauer*, Wiener Bauvorschriften⁵ (2005) Anm 25 zu § 69 wr BauO; *Trapichler*, Die Wiener Wohnzone (FN 2) 173.

⁵ Vgl § 1 Abs 4 MRG.

⁶ Aus „zugleich“ schloss die Baubehörde bislang (mittels interner Weisung), dass der Ersatzwohnraum im Zeitpunkt der Antragstellung auf Umwidmung bereits rechtskräftig baubewilligt sein muss, aber noch nicht fertiggestellt sein darf.

⁷ Mit *Zeitpunkt der Schaffung* hat der Gesetzgeber einen neuen zeitlichen Begriff in das Gesetz eingeführt. Es kann wohl weder Baubeginn gemeint sein, ansonsten man ja Baubeginn verwendet hätte; aber auch die Fertigstellung als in der wr BauO vorkommender Begriff wurde nicht verwendet.

⁸ Vgl § 74.

⁹ *Khakzadeh* in *Kahl/Khakzadeh/Schmid* (Hrsg), Kommentar zum Bundesverfassungsrecht B-VG und Grundrechte (2021) Art 18 B-VG Rz 1; *Kahl/Weber* Allgemeines Verwaltungsrecht⁷ (2019) Rz 148; *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹³ (2022) Rz 598; *Pernthaler*, Österreichisches Bundesstaatsrecht (2004) 583; *Potacs*, Auslegung und Legalitätsprinzip, ZfV 2015/33 (FH Rill) 233.

lässt sich aus dem Gesetz freilich nicht ableiten – könnte man die (Teil-)Fertigstellungsanzeige für den Ersatzwohnraum als zeitliche Zäsur heranziehen, wodurch nach Anzeige der Fertigstellung eine Umwidmung für diesen geschaffenen Ersatzwohnraum nicht mehr möglich wäre (weil nicht mehr *zugleich* geschaffen).

Eine Einschränkung erfuhr die Ausnahmemöglichkeit der Ersatzwohnraumbeschaffung auch dadurch, dass sie räumlich eingeschränkt wurde. Während zuvor (nur) „räumliche Nähe“ gefordert war, die die unterschiedlichen Gebietsgruppen der Baubehörde und mitunter sogar Referenten innerhalb derselben Gebietsgruppe jeweils anders handhabten, ist nunmehr in jedem Fall die Bezirksgrenze einzuhalten. Der neue Wohnraum muss zudem in einer Wohnzone liegen. Letzteres ist nachvollziehbar und dem Ziel der Wohnzonenregelung¹⁰ geschuldet, könnte doch ansonsten eine neu geschaffene Wohnung (unter den Voraussetzungen des § 129 Abs 1a) leichter zu anderen als zu Wohnzwecken verwendet werden, als das innerhalb einer Wohnzone möglich wäre.

Auch die nunmehr gesetzlich geforderte gleichwertige *Ausstattung* erscheint konturlos und vor allem durch die Baubehörde anhand der einzureichenden Unterlagen (im Wesentlichen handelt es sich hierbei um den Einreichplan) nicht prüfbar. Die Prüfung der Gleichwertigkeit der Ausstattung wird sich daher auf solche Ausstattungsmerkmale zu beschränken haben, die aus den Einreichunterlagen hervorgehen. Auch hier gilt wohl, dass eine *zumindest* gleichwertige Ausstattung gefordert ist, sodass es nicht schadet, wenn der Ersatzwohnraum eine bessere Ausstattung aufweist als der umzuwidmende.

C. Neues Verwendungsgebot außerhalb der Wohnzone

1. Allgemeines

Die wohl gravierendste Neuerung ist das in § 119 Abs 2a enthaltene Verwendungsgebot für ganz Wien. Die Regelung lautet:

„Eine Wohnung darf außer unmittelbar für Wohnzwecke nur für folgende Nutzungen verwendet werden:

- a) solche, die üblicherweise in Wohnungen ausgeübt werden; die gewerbliche Nutzung für kurzfristige Beherbergungszwecke stellt keine solche Tätigkeit dar,
- b) eine 90 Tage pro Kalenderjahr nicht überschreitende vorübergehende kurzfristige Vermietung der Wohnung, für die eine Verpflichtung zur Entrichtung einer Ortstaxe nach dem Wiener Tourismusförderungsgesetz in der jeweils geltenden Fassung besteht, ohne dauerhafte Aufgabe des Wohnsitzes in dieser Wohnung.

¹⁰ Zu diesem schon bisher geltenden, nunmehr explizit normierten Regelungszweck der Wohnzonenregelung Trapichler, Wiener Wohnzone (FN 2) 174.

Eine über die Grenzen der lit. a und b hinausgehende Vermietung, für die eine Verpflichtung zur Entrichtung einer Ortstaxe nach dem Wiener Tourismusförderungsgesetz besteht, ist nach dem 1.7.2024 nur mit einer Ausnahmegewilligung gemäß § 129 Abs. 1a zulässig.“

Die Bestimmung wird durch weitere Neuregelungen flankiert. Eine zentrale Rolle spielt hier die Definition der sog *Nutzungseinheiten*. Nutzungseinheiten sind gem § 119 Abs 1 „selbständig nutzbare Teile eines Gebäudes“. Sie bestehen aus einer oder mehreren Räumlichkeiten, die von anderen Nutzungseinheiten oder allgemeinen Teilen des Gebäudes abgetrennt sind. Nutzungseinheiten sind entweder Wohnheiten (Wohnungen), Wohnheiten in Heimen und Beherbergungsstätten), Zimmereinheiten (in Heimen und Beherbergungsstätten), Betriebseinheiten oder sonstige Nutzungseinheiten. Sonstige Nutzungseinheiten sind alle nicht ausdrücklich sonst genannten Einheiten; § 119 Abs 5 nennt hier etwa Kellerabteile, Garagen, Freizeiträume und dergleichen, sowie allgemeine Räumlichkeiten in Heimen und Beherbergungsstätten.

Der Begriff der Nutzungseinheit hat ua Relevanz für die Ausnahmegewilligung gem § 129 Abs 1a (dazu unten Punkt C.6). Das neue Regelungsgefüge hat ferner den Zweck, zu verhindern, dass Wohnungen ohne weiteres in Beherbergungsstätten umgewidmet werden können, um dadurch das neue, allgemeine Verwendungsgebot für Wohnungen zu umgehen (dazu unten Punkt C.6.1).

2. Regelungszweck

Die BauO-Novelle 2023 normiert in § 137a den Zweck des in § 119 Abs 2a neu geregelten (und in § 7a Abs 3 schon bisher für Wohnzonen geregelten) Verwendungsgebots ganz explizit: Es soll *verhindert* werden, dass *Wohnungen und Wohnraum dem Wohnungsmarkt und damit der Wiener Bevölkerung teilweise oder dauerhaft infolge Zweckentfremdung durch Kurzzeitvermietung entzogen werden*.¹¹ Der Regelungsgegenstand deckt sich damit mit dem Kompetenztatbestand des Volkswohnungswesens.¹²

3. Grundtatbestand

Gem § 119 Abs 2a darf eine Wohnung expressis verbis nur für Wohnzwecke verwendet werden. Der Begriff des *Wohnzwecks* ist gesetzlich nicht näher umschrieben, lässt sich aber (zum Teil) aus der Zusammenschau mit den erlaubten „Nichtwohnzwecken“ gem § 119 Abs 2a lit a und lit b ermitteln.

3.1. üblicherweise in Wohnungen ausgeübte Tätigkeiten (lit a)

Neben der bloßen Wohnnutzung darf eine Wohnung gem § 119 Abs 2a lit a für solche „Nutzungen verwendet“

¹¹ Vgl dazu schon Trapichler, Wiener Wohnzone (FN 2) 174 unter Verweis auf die Materialien zur BauO-Nov 2018.

¹² S dazu Punkt E; VfSlg 3.421/1958, 10.403/1985.

werden, „die üblicherweise in Wohnungen ausgeübt werden; die gewerbliche Nutzung für kurzfristige Beherbergungszwecke stellt keine solche Tätigkeit dar.“ Wie auch schon bei der Wohnzonenregelung kommt es dem Gesetzgeber hierbei nicht auf die tatsächliche Nutzung in dem Objekt an, da Gäste von Betreibern von Beherbergungsbetrieben in den Wohnungen ja ebenfalls wohnen (und nicht etwa in den Objekten ein Gewerbe betreiben), sondern auf die Verwendung aus Sicht desjenigen, der die Wohnung als Teil seines Beherbergungsbetriebes verwendet. Der Wortlaut des § 119 Abs 2 lit a letzter Halbsatz wr BauO entspricht jenem der Wohnzonenregelung (§ 7a Abs 3 letzter Halbsatz), weshalb dazu auf das bisherige Schrifttum und die dazu ergangene Rsp, insbesondere zur Frage, was eine Nutzung ist, die üblicherweise in Wohnungen ausgeübt wird und ab wann Kurzfristigkeit vorliegt, verwiesen werden kann.¹³ In diesem Zusammenhang ist die Entscheidung des VwGH v 24.5.2022, Ro 2020/05/0029 hervorzuheben. Mit dieser Entscheidung legt der VwGH den in der Bauordnung verwendeten Begriff „gewerblich“ im Sinne des Zwecks des bauordnungsrechtlichen Verwendungsgebots in § 7a Abs 3 und nicht im Sinne des in der Gewerbeordnung verwendeten Gewerblichkeitsbegriffes aus. Unzutreffend ist jedoch, dabei den Begriff des „Beherbergungszwecks“ gänzlich auszusparen mit der Folge, dass auch eine bloße Raumvermietung, ohne jegliche Dienstleistungserbringung am Gast eine gewerbliche Nutzung für kurzfristige Beherbergungszwecke darstellt, was dem VwGH in dieser Entscheidung aber unterstellt werden kann. Denn wenn der VwGH urteilt, dass es „nach der Wr BauO bereits ausreiche, bloß die Wohnräume regelmäßig gegen Entgelt kurzfristig zu vermieten, ohne dass weitere Dienstleistungen (wie etwa Endreinigung, Bereitstellung von Bettwäsche, Betreuung vor Ort oder via Telekommunikation) notwendigerweise erbracht werden müssen, um die gewerbliche Nutzung“ im Sinne des § 7a Abs. 3 letzter Halbsatz Wr BauO zu verwirklichen“, so kann daraus abgeleitet werden, dass jede entgeltliche Raumvermietung, sofern kurzfristig, eine unzulässige Nutzung darstellt. *Gewerblich* hat aber nichts damit zu tun, ob damit ein Beherbergungszweck, der über die bloße Raumvermietung hinausgeht, verfolgt wird oder nicht. Aus der Entscheidung lässt sich somit ableiten, dass die gesetzliche Regelung als eine allgemeine Mindestvermietungsdauer zu verstehen ist (jede Vermietung, die nicht länger als *kurzfristig* ist, ist verboten), was offenbar auch das VwG Wien unter Berufung auf die zitierte VwGH-Entscheidung bereits so zu verstehen scheint.¹⁴

¹³ EB zum Entwurf der wr BauO-Novelle 1987, Blg 8/1987, S 3 aE: „Arztordinationen, Tätigkeiten Freischaffender, Unterrichtstätigkeiten, insbesondere Musikunterricht ua“; VwGH 24.5.2022, Ro 2020/05/0029: „kurzzeitige Vermietung von Wohnräumen durch Studenten während der Ferien oder durch Wohnungsinhaber während ihres Urlaubes“.

¹⁴ Vgl etwa VwG Wien 16.1.2023, VGW-112/024/5898/2022 wonach die Vermietung der gegenständlichen Wohnungen schon deshalb „zu Beherbergungszwecken“ erfolgt sein soll,

3.2. 90-Tage-Regelung (lit b)

Die sog 90-Tage-Regelung ergibt mE nur dann Sinn, wenn man sie in den Kontext zum Grundtatbestand und zur erweiterten Nutzung gem lit a setzt, wonach Wohnungen grds nur zu Wohnzwecken oder zu solchen Zwecken verwendet werden dürfen, wie sie üblicherweise in Wohnungen ausgeübt werden, wobei eine gewerbliche Nutzung für kurzfristige Beherbergungszwecke keine solche Tätigkeit darstellt.

Wenn kein Verstoß gegen das Verwendungsgebot vorliegt (etwa bei Vermietungen einer Wohnung, die jeweils nicht kurzfristig sind) kommt die 90-Tage-Regelung erst gar nicht zum Tragen.

Erst wenn eine Nutzung vorliegt, die weder vom Grundtatbestand des § 119 Abs 2a nach von der erweiterten Nutzungsmöglichkeit der lit a erfasst ist, kommt man zur lit b und zur Prüfung, ob diese grds verbotene Nutzung nicht doch aufgrund der lit b zulässig ist.

Zulässig ist sie nach lit b dann, wenn mehrere Voraussetzungen vorliegen. Zunächst muss es sich um eine Vermietung handeln, die 90 Tage pro Kalenderjahr nicht überschreitet. Aus dem weiteren Erfordernis der Kurzfristigkeit ergibt sich, dass es sich dabei nicht um eine einzige Vermietung handeln muss, sondern dass die Dauer mehrerer, jeweils kurzfristiger Vermietungen im selben Kalenderjahr zusammen zu zählen sind, da der Gesetzgeber bei Kurzfristigkeit in Entsprechung der aktuellen Rsp von bis zu 30 Tagen ausgeht.¹⁵ Die weitere Voraussetzung der „vorübergehenden“ Vermietung hat aufgrund der Determinierung der Kurzfristigkeit mE keinen selbstständigen Bedeutungsgehalt; eine kurzfristige Vermietung ist immer vorübergehend. Dass das Gesetz explizit nur die Vermietung nennt, nicht aber andere rechtliche Arten der Nutzung, ist mE sachlich nicht gerechtfertigt, wird in praxi allerdings wohl keine Relevanz haben.

Die Vermietung muss außerdem ortstaxenpflichtig sein. Das Gesetz verweist dazu durch dynamische Verweisung auf die Ortstaxenregelung nach dem wr Tourismusförderungsgesetz. Kenner der Materie wissen, dass die Ortstaxenregelung vor ihrer Novellierung im Jahr 2017¹⁶ auf den gewerberechtigten Beherbergungsbetrieb abstellte. Noch zur alten Ortstaxen-Rechtslage erging das mittlerweile überholte Erkenntnis des VwGH v 18.5.2016, 2013/17/0609, in dem dieser bei der damals schon anzutreffenden touristischen Kurzzeitvermietung – anders als heute – noch nicht von einem Beherbergungsbetrieb ausging, weshalb die damalige Vermieterin von ca 50 Apartments keine Ortstaxe bezahlen musste. Das Erkenntnis dürfte wesentliche Triebfeder

weil „die Übernachtung mit Nutzung der Möbel, Ausstattung und Sanitäreinrichtungen der Wohnung“ angeboten wurde, ohne dass auf die Merkmale eines Beherbergungsbetriebes abgestellt wird.

¹⁵ EB zum Entwurf der BauONov 2023, Blg 21/2023, S 32; LVwG Wien 16.1.2023 VGW-112/024/5898/2022 und 9.6.2020 VGW-112/077/10380/2019/A.

¹⁶ LGBl 7/2017.

der Novellierung des wr TFG gewesen sein. Seit 18.2.2017 ist die Ortstaxe für alle entgeltlichen Aufenthalte in Unterkünften abzuführen, die kürzer als 3 Monate dauern; auf das Vorliegen eines Beherbergungsbetriebes kommt es nicht mehr an.¹⁷

Und schließlich darf der „Wohnsitz“ nicht „dauerhaft“ aufgegeben werden. Weder sagt das Gesetz, wer überhaupt den Wohnsitz nicht dauerhaft aufgeben darf, noch definiert das Gesetz Wohnsitz, noch trifft es eine Aussage, ab wann eine Wohnsitzaufgabe als dauerhaft einzustufen ist. Immerhin lässt sich den Materialien aber entnehmen, dass der Gesetzgeber auf den im Meldegesetz enthaltenen Wohnsitzbegriff abstellen wollte. Demnach ist ein Wohnsitz an einer Unterkunft begründet, an der sich jemand in der „erweislichen oder aus den Umständen hervorgehenden Absicht niedergelassen hat, dort bis auf weiteres einen Anknüpfungspunkt von Lebensbeziehungen zu haben.“ Auf die Unterscheidung zwischen Hauptwohnsitz und Wohnsitz, der kein Hauptwohnsitz ist (oft auch als Neben- oder Zweitwohnsitz bezeichnet, obwohl sich diese Begriffe im MeldeG nicht finden), kommt es also nicht an.¹⁸ Die Frage, wer den Wohnsitz nicht dauerhaft aufgeben darf, ist mE wiederum mit dem Normzweck (vgl oben C.2) zu beantworten. Wenn durch das Verwendungsgebot verhindert werden soll, dass „Wohnungen und Wohnraum dem Wohnungsmarkt und damit der Wiener Bevölkerung teilweise oder dauerhaft infolge Zweckentfremdung durch Kurzzeitvermietung entzogen werden“ (§ 137a Abs 1), kann es nicht darauf ankommen, ob es die Kurzzeitvermieterin selbst ist, die an der Wohnung einen Wohnsitz nicht dauerhaft aufgeben darf, solange nur eine Person ihren Wohnsitz an der Wohnung hat und diesen nicht dauerhaft aufgegeben hat. Das Erfordernis der Dauerhaftigkeit der Wohnsitzaufgabe impliziert, dass eine Wohnsitzaufgabe nicht generell schädlich ist, sondern nur dann, wenn sie dauerhaft erfolgt. Es wird der Rsp überlassen bleiben (müssen), dem Tatbestandsmerkmal der dauerhaften Wohnsitzaufgabe Kontur zu verschaffen.

Wenn man die 90-Tage-Regel allerdings nicht, wie es das Verständnis des Autors ist, als stufenbauartige Nutzungserweiterung zum Grundtatbestand und zu lit a versteht, sondern (nur) als weitere Nutzungsmöglichkeit zum Grundtatbestand, würde dies zur impliziten Determinierung des Begriffs „Wohnzweck“ führen, wonach jede kurzfristige Vermietung, also egal zu welchen Zwecken, keinen Wohnzweck darstellt (arg „außer unmittelbar für Wohnzwecke nur für folgende Nutzungen“ – die „folgende Nutzung“ der lit b kann daher kein Wohnzweck sein, was nur lösbar ist, wenn man den Wohn-

zweck um den Inhalt der lit b eingeschränkt). Als Ausnahme zu dieser Grundregel bzw zu dieser sich daraus ergebende Definition des Wohnzwecks sind kurzfristige Vermietungen für in Summe mehr als 90 Tage im Kalenderjahr unzulässig. Dieses Verständnis würde den letzten Halbsatz der lit a (und den letzten Halbsatz des § 7a Abs 3) sinnlos erscheinen lassen, da jede gewerbliche Nutzung für kurzfristige Beherbergungszwecke idR eine kurzfristige Vermietung ist.

Da § 119 Abs 2a seit 14.12.2023 in Kraft ist, gilt die 90-Tage-Regelung bereits seit 1.1.2024 und nicht erst ab dem 2.7.2024.

Beim letzten Satz des § 119 Abs 2a scheint es sich um ein Redaktionsversehen zu handeln: Während nach § 119 Abs 2a eine „über die Grenzen der lit. a und b hinausgehende Vermietung, für die eine Verpflichtung zur Entrichtung einer Ortstaxe nach dem Wiener Tourismusförderungsgesetz besteht, nach dem 1.7.2024 nur mit einer Ausnahmegewilligung gemäß § 129 Abs. 1a zulässig“ sein soll, ist gem § 129 Abs 1a erster Satz „die zweckwidrige Verwendung einer oder mehrerer Wohnungen innerhalb eines Gebäudes über die Grenzen des § 119 Abs. 2a lit. a und b hinaus, nach dem 1.7.2024 nur mittels Ausnahmegewilligung zulässig“. Es ist davon auszugehen, dass vergessen wurde, § 119 Abs 2a letzter Satz im Gesetzgebungsprozess zu löschen, da § 129 Abs 1a die Einschränkung auf „Vermietung, für die eine Verpflichtung zur Entrichtung einer Ortstaxe nach dem Wiener Tourismusförderungsgesetz besteht“ nicht enthält, diesen Fall also mitabdeckt.

4. Verhältnis zum Verwendungsgebot des § 7a in Wohnzonen

§ 119 Abs 2a unterscheidet nicht zwischen Wohnungen in Wohnzonen und Wohnungen außerhalb von Wohnzonen. Fraglich ist daher, wie sich § 119 Abs 2a zum Verwendungsgebot des § 7a verhält, insbesondere, ob die 90-Tage-Regel des § 119 Abs 2 lit b als generelle (und neuere) Norm § 7a Abs 3 einschränkt oder aber unberührt lässt.

Dazu ist zunächst zu konstatieren, dass die weiters erlaubten Nutzungen (neben Wohnzwecken) des § 119 Abs 2a lit a einen Unterschied zu § 7a Abs 3 aufweisen. Gem § 119 Abs 2a lit a wird nämlich eine Wohnnutzung neben der Nichtwohnnutzung nicht verlangt, während diese in § 7a Abs 3 schon erforderlich ist (arg „wenn in ihm auch Tätigkeiten ausgeübt werden“). Dieses Erfordernis gilt außerhalb der Wohnzone nicht, sodass der Arzt, die Anwältin, die Wirtschaftsprüferin, der Musiklehrer etc außerhalb der Wohnzone eine Wohnung ohne weiteres und vollständig für berufliche Zwecke nutzen darf, innerhalb der Wohnzone nur dann, wenn in der Wohnung gleichzeitig auch nach wie vor gewohnt wird. Insofern scheint die Wohnzone die speziellere Norm darzustellen, was sich auch mit dem an sich strengeren Regime der Wohnzonenregelung – insbesondere in Bezug auf die „Versteinerung“ der Nutzungsform und die Ausnahmen – deckt.

Anders stellt sich die Rechtslage bei der gewerblichen Nutzung für kurzfristige Beherbergungszwecke dar.

¹⁷ § 11 wr TFG; ausgenommen von der Ortstaxenpflicht sind außerdem Minderjährige, die sich in Wien zum Schulbesuch oder zur Berufsausbildung oder in Jugendherbergen aufhalten und Studierende an Wiener Hoch- und Fachschulen.

¹⁸ EB zum Entwurf der BauONov 2023, Blg 21/2023, S 32; § 1 Abs 6 MeldeG.

Diese Nutzung ist sowohl innerhalb als auch nunmehr außerhalb der Wohnzone verboten. Der Gesetzeswortlaut ist ident, sodass im Falle des § 7a Abs 3 letzter Halbsatz nicht mehr von einer spezielleren Norm gesprochen werden kann. Die erweiterte Nutzung der 90-Tage-Regelung des § 119 Abs 2a lit b) ist daher als jüngere Norm (lex posterior derogat legi priori) unterschiedslos auf Wohnungen innerhalb und außerhalb von Wohnzonen anzuwenden. Erst recht muss dies aus systematischen Gründen dann gelten, wenn der Gesetzgeber mit § 119 Abs 2a zum Ausdruck bringen wollte, dass eine kurzfristige Vermietung von Wohnungen – egal zu welchen Zwecken – verboten ist, was den Gesetzeswortlaut, wonach die „gewerbliche Nutzung für kurzfristige Beherbergungszwecke“ keine Tätigkeit ist, die üblicherweise in Wohnungen ausgeübt wird, obsolet machen würde (vgl oben C.3.2 sowie das aktuelle Judikaturverständnis, dargestellt in Punkt C.3.1).

5. Die Ausnahmemöglichkeit nach § 129 Abs 1a

§ 129 Abs 1a lautet:

„Die zweckwidrige Verwendung einer oder mehrerer Wohnungen innerhalb eines Gebäudes über die Grenzen des § 119 Abs. 2a lit. a und b hinaus, ist nach dem 1.7.2024 nur mittels Ausnahmegewilligung zulässig. Die Behörde kann die Beendigung der zweckwidrigen Verwendung auftragen. Eine Ausnahmegewilligung für eine Wohnung ist auf höchstens fünf Jahre zu befristen und bei Einhaltung der sonstigen baurechtlichen Bestimmungen soweit erforderlich unter Auflagen zu erteilen, wenn

1. *sich die Wohnung nicht in einer Wohnzone oder in der Widmungskategorie „Grünland – Erholungsgebiet – Kleingartengebiet“, „Grünland – Erholungsgebiet – Kleingartengebiet für ganzjähriges Wohnen“ oder auf vorübergehend kleingärtnerisch genutzten Flächen befindet,*
2. *für die Errichtung der Wohnung keine Wohnbaufördermittel in Anspruch genommen worden sind,*
3. *die Mehrzahl der Wohnungen im betreffenden Gebäude weiterhin zu Wohnzwecken im Sinne des § 119 Abs. 2 und 2a genutzt wird und*
4. *dadurch nicht mehr als 50 vH der Nutzungseinheiten (§ 119 Abs. 1) des Gebäudes der gewerblichen Nutzung für kurzfristige Beherbergungszwecke dienen.*

Dem Antrag ist die schriftliche Zustimmung der Eigentümerin oder des Eigentümers (aller Miteigentümerinnen und Miteigentümer) des Gebäudes beizulegen. Nach Ablauf der Befristung können bei Vorliegen der Voraussetzung neuerliche Ausnahmegewilligungen erteilt werden.“

5.1. Wesen der Ausnahmegewilligung

Die Materialien sehen das Verfahren über die Ausnahmegewilligung nicht als Verfahren gemäß dem 7. Teil der Bauordnung, also nicht als Baubewilligungs- oder

-anzeigeverfahren, sondern – offenbar – als Verfahren eigener Art. Allerdings ist die Ausnahmegewilligung nur bei Einhaltung der „sonstigen baurechtlichen Bestimmungen“ und „soweit erforderlich unter Auflagen“ zu erteilen. Das Erfordernis der Einhaltung der sonstigen baurechtlichen Bestimmungen, das in der Regierungsvorlage noch nicht enthalten war, führt dazu, dass es materiellrechtlich wenig Unterschied zu einem Baubewilligungs- oder Bauanzeigeverfahren gibt. Das zeigen auch bereits erste Erfahrungen mit den Baubehörden.

Da materiellrechtlich ebenso sämtliche baurechtlichen Bestimmungen einzuhalten sind wie bei einem Baubewilligungsverfahren, ist prima vista nicht ersichtlich, weshalb nicht einfach wie bisher eine Raumumwidmung gem § 60 Abs 1 lit a letzter Satz oder gem § 60 Abs 1 lit c beantragt werden können soll. Dagegen könnte das neue Konzept der Nutzungseinheiten (vgl schon oben Punkt C.1) sprechen, wenn man es als geschlossenes System betrachtet. Denn dieses Konzept trennt jetzt zwischen Wohnungen, für die nunmehr der gesetzlich festgelegte Wohnzweck gilt, und Wohneinheiten in Beherbergungsstätten, wobei Beherbergungsstätten (wie schon im Großen und Ganzen vor der Novelle) mit „zentral verwaltete Unterkünfte, bei denen entweder für das Wohnen oder für das Wirtschaften gemeinschaftliche Anlagen vorgesehen sind“ definiert sind. Offenbar wollte der Gesetzgeber durch die nähere Kategorisierung der Nutzungseinheiten verhindern, dass über die in § 129 Abs 1a Z 3 und 4 definierten Grenzen hinaus Wohnungen umgewidmet werden und so zu sog Apartmenthäusern werden.

Ein Umbau in ein Hotel, in eine Pension oder – allgemein gesagt – in eine Beherbergungsstätte welcher Art auch immer, ja sogar ein Abbruch eines Wohnhauses und Neubau einer Beherbergungsstätte ist grds möglich und zulässig und zwar auch über die in § 129 Abs 1a Z 3 und 4 festgelegten Grenzen hinaus, wenn es sich um eine „echte“ Beherbergungsstätte handelt, sie also über gemeinschaftliche Anlagen verfügt (zB eine Rezeption, einen gemeinschaftlichen Frühstücksraum, oder eine gemeinsame Waschküche oä). Das stellt den wesentlichen Unterschied zur Wohnzone dar, in der ja die Wohnnutzung „eingefroren“ bleibt und auch bei Abbruch und Neubau grds nur wieder Wohnungen zur Wohnnutzung gebaut werden dürfen.

5.2. Voraussetzungen und Verfahrensfragen

Die Voraussetzungen der Z 1 und 2 sind selbsterklärend. Erwähnenswert, zugleich aber auch nachvollziehbar ist, dass die Ausnahme für Wohnungen in Wohnzonen nicht gilt, gibt es doch für Wohnzonen die in § 7a Abs 5 gesondert normierten Ausnahmen.

In Bezug auf die Z 3 ist zu konstatieren, dass es sich beim Verweis auf § 119 Abs 2 um ein Redaktionsversehen handeln dürfte, da dieser Absatz gar keine Nutzungsart, kein Verwendungsgebot für Wohnungen vorgibt, sondern nur die Merkmale einer Wohnung be-

schreibt. Ansonsten müssen gem der Z 3 die Mehrzahl (also mehr als die Hälfte) der Wohnungen *im betreffenden Gebäude* weiterhin zu Wohnzwecken gem § 119 Abs 2a (s oben) genutzt werden. Bestehen auf der Liegenschaft mehrere Gebäude, ist daher jedes Gebäude für sich zu betrachten.

Die Z 4 legt fest, dass durch die Ausnahmegewilligung nicht mehr als 50 % der Nutzungseinheiten (§ 119 Abs 1) des Gebäudes der gewerblichen Nutzung für kurzfristige Beherbergungszwecke *dienen* dürfen. Durch den Verweis auf § 119 Abs 1 werden expressis verbis alle Arten von Nutzungseinheiten umfasst, somit auch zB sonstige Nutzungseinheiten, sodass etwa auch „Kellerabteile, Garagen, Freizeiträume und dergleichen“ (vgl § 119 Abs 1 iVm Abs 5) in die Berechnung der 50% miteinzubeziehen sind. Fraglich ist, ob der Gesetzgeber nicht über das Ziel hinausschoss, denn sonstige Nutzungseinheiten, die von § 119 Abs 1, auf den die Z 4 verweist, ebenfalls umfasst sind, sind uU gar nicht geeignet, kurzfristigen Beherbergungszwecken zu dienen, sodass auch hier möglicherweise eine teleologische Reduktion angezeigt ist. Möglicherweise wollte sich der Gesetzgeber aber auch die dann auf anderer Ebene vorzunehmende Beurteilung ersparen, ob und wenn ja welche Nutzungseinheiten geeignet sind, kurzfristigen Beherbergungszwecken zu dienen. Denn ein Keller oder andere sonstige Nutzungseinheiten (zB Lager) können sehr wohl kurzfristigen Beherbergungszwecken *dienen*, etwa wenn sie als Lager für Ausstattung (Bettwäsche, Toilettenartikel etc) genutzt werden. Fraglich ist außerdem, ob *dienen* abstrakt oder konkret vorliegen muss. Auch bei den Nutzungseinheiten kommt es auf das *betreffende Gebäude* an.

Aufgrund der zusätzlichen Beschränkung der Nutzung für kurzfristige Beherbergungszwecke auf maximal 50% der Nutzungseinheiten ist eine Ausnahme etwa dann nicht mehr möglich, wenn sich im betreffenden Gebäude 14 Wohnungen und darüber hinaus bereits zulässigerweise ein Hostel befindet, das aus 15 *Zimmereinheiten* besteht, denn mit den 15 Zimmereinheiten sind die 50% der für kurzfristige Beherbergungszwecke genutzten Nutzungseinheiten bereits überschritten. Zulässig wäre jedoch, wenn das Hostel auf das gesamte Gebäude in Form eines Umbaus gem § 60 Abs 1 lit a erweitert würde; es handelt sich dann nicht um eine Ausnahmegewilligung nach § 129 Abs 1a, sondern um eine Erweiterung einer Beherbergungsstätte gem § 60 Abs 1 lit a.

In Bezug auf die Frage, ob und wenn ja wie die Voraussetzungen für die Ausnahmegewilligung der Baubehörde nachzuweisen sind, herrscht in praxi gegenwärtig noch Unklarheit. In Bezug auf die Voraussetzungen nach der Z 1 wird ein Verweis auf die aktuelle Widmung ausreichen, hinsichtlich der Z 2 (Wohnbauförderung) kann eine Auskunft der Magistratsabteilung 50 hilfreich sein, wobei darauf zu verweisen ist, dass auch die MA 50 aufgrund fehlender oder nicht mehr vorhandener Unterlagen zu Förderungen nur zeitlich beschränkt bzw nicht vollständig Auskunft er-

teilen kann; so etwas wie ein verbindliches oder öffentliches „Förderregister“, in dem gewährte Wohnbauförderungen eingetragen sind, gibt es nicht. Mitunter kann das Nichtvorliegen eines Umstandes nicht nachgewiesen werden (*negativa non sunt probanda*). Die unterlassene Mitwirkung einer Partei entbindet die Behörde (und auch das VwG) nicht von der amtswegigen Ermittlungspflicht und rechtfertigt auch nicht ohne Weiteres die Annahme des Nichtvorliegens des zu Erweisenden.¹⁹ Die Behörde hat daher im Zweifel selbst zu ermitteln. Die Förderung muss nach dem Wortlaut jedenfalls für die *Errichtung* der Wohnung gewährt worden sein; die Förderung einer Sanierung ist daher unschädlich. Unklar ist, ob nur Wohnbaufördermittel nach dem wr WFSG 1989 (oder den Vorgängergesetzen zum wr WFSG) oder auch andere Fördermittel umfasst sind.

Nachweise nach der Z 3 und Z 4 kann die Antragstellerin nach Ansicht des Autors ebenfalls nicht mit letzter Sicherheit erbringen, weiß sie doch bei Antragstellung nicht, ob und wenn ja wie viele Anträge aktuell und bei welchem Referenten in Bearbeitung sind bzw – dem Wortlaut des Gesetzes folgend – wie viele Wohnungen nicht zu Wohnzwecken iSd § 119 Abs 2a „genutzt werden“. Es scheint nicht auf die rechtlich zulässige Nutzbarkeit, sondern auf die tatsächliche, konkrete Nutzung anzukommen. Dasselbe gilt für die kurzfristigen Beherbergungszwecken „*dienenden*“ Nutzungseinheiten. Um das Gesetz nicht gänzlich unpraktikabel werden zu lassen, wird man jeweils auf die rechtlich zulässige Nutzungsart und nicht auf die tatsächliche, von der zulässigen Nutzungsart uU abweichende Nutzung abzustellen haben. Diesfalls wird ein Verweis auf den Bauakt reichen, der der Behörde ja vorliegt. Es wäre eine gänzlich sinnlose Übung, ist im Gesetz nicht vorgesehen, würde außerdem nur zu einem unnötigen Papierverbrauch und zu einer physischen Verbreiterung des Bauaktes führen, für die Antragstellung nach § 129 Abs 1a Bestands- oder Einreichpläne aus dem Bauakt zu kopieren und dann diese Kopien unverändert wiederum einzureichen, nur um damit bereits Aktenkundiges zu belegen, nämlich welche Art von Nutzungseinheiten sich im Haus befinden und wie viele Nutzungseinheiten es im Haus gibt. Wie erste Erfahrungen mit der neuen Regelung zeigen, verlangt die Baubehörde aber genau das. Ungeklärt ist auch, wie die Behörde mit mehreren offenen Anträgen umgeht. Gilt das Prinzip „*first come first serve*“ in Bezug auf die Frage der Erreichung der höchstzulässigen Anzahlen von Wohnungen/Nutzungseinheiten und wenn ja, wie wird es sichergestellt? Kommt es dabei auf den Antragszeitpunkt an? Oder zählt der Zeitpunkt der Bewilligung, der Wirksamkeit derselben (dh die Zustellung) oder kommt es auf die Rechtskraft der Bewilligung an? Nach allgemeinen Grundsätzen wird es wohl auf den Zeitpunkt der Bescheiderlassung ankommen, in dem die Voraussetzungen für die Ausnahmegewilligung vorliegen müssen. Das zu prüfen (was möglicherweise die Abstimmungen zwischen mehreren für dasselbe Gebäude zuständigen Refe-

¹⁹ VwGH 27.2.2023, Ra 2022/03/0286.

renten erfordert) wird eine zu lösende Aufgabe der Baubehörde sein.

5.3. Zustimmung der Eigentümer – WE-Vertrag ausreichend

Dem formlosen Antrag ist die schriftliche Zustimmung der Eigentümerin oder des Eigentümers (aller Miteigentümerinnen und Miteigentümer) des Gebäudes beizulegen. Diese Zustimmung der Eigentümer muss „liquid“ im Zeitpunkt der Bescheiderlassung vorliegen, dh es darf nicht strittig sein, ob der Grundeigentümer seine Zustimmung erteilt hat.²⁰

Eine Vorlage des Wohnungseigentumsvertrages, in dem die Mit- und Wohnungseigentümer die beantragte Ausnahmenutzung wohnungseigentumsrechtlich als zulässige Nutzung vereinbarten, erfüllt diese Voraussetzungen. Denn der Zweck sowohl des Zustimmungserfordernisses gem § 63 Abs 1 lit c als auch gem § 129 Abs 1a ist es, Verfahren, die zu Baubewilligungen bzw Ausnahmegewilligungen führen, welche aber mangels Eigentümerzustimmung aus Gründen des Privatrechts schließlich nicht realisiert werden könnten, zu vermeiden.²¹ Zweck ist also die Sicherung der Verwaltungsverfahrensoökonomie.

Zwar findet sich Rsp, welche dem Verweis auf den Wohnungseigentumsvertrag die Zustimmungswirkung als „liquide“ abspricht, da das Baubewilligungsverfahren ein Projektgenehmigungsverfahren sei und sich immer nur auf ein definiertes Bauvorhaben beziehe.²² Das kann jedoch nicht für im WE-Vertrag bereits ausreichend konkretisierte Vorhaben gelten. Eine Zustimmung zu einer wohnungseigentumsrechtlichen Widmungsänderung bzw Widmungserweiterung, welche ausschließlich die jeweilige Verwendungsform definiert, ist bereits ausreichend konkretisiert und abschließend. Dadurch, dass eine Widmungsänderung bzw die Widmung selbst bereits mit den übereinstimmenden Willenserklärungen der Wohnungseigentümer „realisiert“ wird, ist der Zweck des baurechtlichen Zustimmungserfordernisses, nämlich die Verhinderung eines wegen privatrechtlicher Nichtrealisierbarkeit unnötigen Verwaltungsverfahrens, weggefallen. Würde man dennoch weiterhin ein baurechtliches Zustimmungserfordernis annehmen, würde es zum sinnlosen Selbstzweck.

Wenn ein die mangelnde Zustimmung von Miteigentümern ersetzender Sachbeschluss des Außerstreitrichters ausreichend ist,²³ dann aufgrund eines Größenschlusses erst recht ein Vertrag (der WE-Vertrag), der

einen solchen Sachbeschluss erst gar nicht erforderlich macht.

Eine Zustimmung liegt daher dann „liquid“ vor, wenn sich im Wohnungseigentumsvertrag ausdrücklich eine Regelung findet, wodurch die Miteigentümer auch zivilrechtlich zur Duldung der baurechtlich beantragten Nutzungsform verpflichtet sind.

Der WEG-Gesetzgeber hat erkannt, dass die Erlangung der ausdrücklichen Zustimmung gerade bei großen WE-Anlagen ein nahezu unüberwindbares Hindernis darstellt (Sitz im Ausland, Vermietungen, falsche Adressen im Grundbuch, fehlende Kontaktdaten etc) und hat gerade deshalb ein Zustimmungersatzverfahren ermöglicht. Genau diese Schwierigkeit hat der Gesetzgeber zuletzt auch bei der WEG-Novelle 2022 abermals aufgezeigt.²⁴ Verlangt die Baubehörde demgegenüber eine nochmalige ausdrückliche Zustimmung zu einem bereits im WE-Vertrag zugestimmten und ausreichend bestimmten „Projekt“²⁵ (oder bei Nichterlangung der Zustimmung aufgrund von Gleichgültigkeit der Miteigentümer ein entsprechendes Gerichtsurteil, welches die Duldungsverpflichtung attestiert), ist die Überwindungsnotwendigkeit eines nahezu unüberwindbaren Hindernisses für die Erlangung einer (befristeten!) Ausnahmegewilligung Willkür.

5.4. Befristung

Die Ausnahmegewilligung ist auf *höchstens* 5 Jahre zu befristen und ist nach Ablauf neuerlich zu erteilen, wenn die Voraussetzungen hierfür nach wie vor vorliegen. Dadurch soll sichergestellt werden, dass die Wohnung nicht dauerhaft und ohne weiteres ihrem Wohnzweck entzogen und regelmäßig überprüft wird, ob die Voraussetzungen ihrer Erteilung noch gegeben sind.²⁶

Eine kürzere als eine 5-jährige Befristung wäre nach dem Wortlaut der Bestimmung möglich; das Gesetz enthält jedoch keine Anhaltspunkte, unter welchen Umständen eine kürzere als die fünfjährige Frist festzusetzen wäre. Vielmehr enthält das Gesetz nur einen Verweis auf die Ausnahmeveraussetzungen, die, wenn sie nach Ablauf der Frist immer noch vorliegen, zu einer weiteren (befristeten) Ausnahmegewilligung führen kann (§ 129 Abs 1a letzter Satz). In Wahrheit ist dieses *können* als *müssen* zu lesen. Es handelt sich mangels determinierter oder sich aus dem Gesetz ergebenden Ermessensgesichtspunkten um eine unechte Kann-Bestimmung.²⁷

²⁰ VwG Wien 26.2.2016, VGW-111/026/1754/2016 und 24.02.2015, VGW-111/026/30127/2014; vgl auch VwGH 28.3.1977, 2015/76 (= VwSlgNF 4894 A); 16.2.1982, 81/05/0141; 19.12.1995, 95/05/0292; 29.8.1996, 96/06/0103; 20.10.2005, 2003/06/0113.

²¹ VwGH 19.9.2006, 2004/05/0105.

²² VwGH 11.12.2012, 2011/05/0019; VwG Wien 26.2.2016, VGW-111/026/1754/2016.

²³ VwGH 24.3.1998 97/05/0214; 27.1.1987, 86/05/0169; 26.5.1981, 81/05/0002.

²⁴ Vgl zu den Hürden des Änderungsrechts ausdrücklich, ErläutRV 1174 der Blg XXVII. GP, 10; vgl dazu auch die Intention zur Schaffung einer wohnungseigentumsrechtlichen Zustimmungsfiktion, ErläutRV 1174 der Blg XXVII. GP, 1.

²⁵ Vgl zum Begriff des „konkreten Projekts“ VwGH 11.12.2012, 2011/05/0019.

²⁶ EB zum Entwurf der BauONov 2023, Blg 21/2023, S 37.

²⁷ Vgl etwa VfSlg 19.631/2012 oder VwGH 19.12.2012, 2010/06/0144; zum Ermessen grundlegend *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁵ (2017) Rz 573 ff.

5.5 Einhaltung der sonstigen baurechtlichen Bestimmungen und Auflagen

Die Behörde verweist zur Einhaltung der sonstigen baurechtlichen Bestimmungen bisher vor allem auf brandschutzrechtliche Bestimmungen (§ 118 Abs 5 iVm wr BauTV 2023). Überschießend und gesetzwidrig wendet die Baubehörde aktuell aber die brandschutztechnischen Bestimmungen für Beherbergungsstätten auch auf Objekte an, die weniger als zehn Gästebetten aufweisen und verlangt gesetz- bzw verordnungswidrig etwa auch für eine Ausnahmegewilligung betreffend eine einzige Wohnung mit vier Gästebetten vernetzte Rauchwarnmelder. Umgekehrt verlangt die Behörde etwa nicht die Einhaltung aktuell geltender bauphysikalischer Mindestanforderungen, was, wenn man es genau nimmt, ebenfalls ein gesetzwidriges Vorgehen darstellt, denn die sonstigen baurechtlichen Bestimmungen umfassen auch solche. Klar dürfte sein, dass dann, wenn man die Bestimmung ernst nimmt und tatsächlich die sonstigen baurechtlichen Bestimmungen einzuhalten sind, die Ausnahmegewilligung ohne ganz erhebliche Umbau- bzw Ertüchtigungsmaßnahmen defacto nicht erlangbar ist (es sei denn, es handelt sich um einen Neubau auf Basis der aktuell geltenden Rechtslage).

Das Gesetz sieht explizit auch die Möglichkeit von Auflagen vor. In den Materialien findet sich etwa der Hinweis, diese könnten „*beispielsweise die Vorschriftung brandschutztechnischer Vorgaben oder Auflagen zur Gewährleistung der Nutzungssicherheit und Barrierefreiheit beinhalten*“.²⁸ Die Verwaltungspraxis und die Überprüfung durch Gerichte wird zeigen, ob und wenn ja welche Auflagen erteilt werden (können). Inhaltlich bedürfen Auflagen einer gesetzlichen Grundlage und unterliegen dem Verhältnismäßigkeitsgebot. Sie dürfen nicht „projektändernd“ wirken und setzen aufgrund des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zwangsläufig konkrete Sachverhaltsfeststellungen zum Verhältnis zwischen dem zur Aufgabenerfüllung erforderlichen Aufwand und dem gewünschten Erfolg voraus.²⁹

5.6. Verbote erst ab 2.7.2024

Die zweckwidrige Verwendung einer oder mehrerer Wohnungen innerhalb eines Gebäudes über die Grenzen des § 119 Abs 2a lit a und b hinaus, ist – ohne Ausnahmegewilligung – erst nach dem 1.7.2024, d.h. ab dem 2.7.2024 verboten und strafbar (§ 129 Abs 1a). Bis dahin, so die Materialien, können bzw sollen Anträge auf Ausnahmegewilligung gestellt und erledigt werden.

D. Maßnahmen zur Effizienzsteigerung bei der Vollziehung

1. Ausweitung der Haftung gem § 129 Abs 1

Für die bewilligungsgemäße Benützung der Räume ist nun auf jeden Fall der Eigentümer (jeder Miteigentü-

mer) des Bauwerkes verantwortlich. Noch vor der Novelle war der Eigentümer (waren die Eigentümer) nur dann verantwortlich, wenn sie dem Nutzer nicht über die bewilligte Benützungsort in Kenntnis gesetzt haben. Es handelt sich um eine Haftungsausweitung zu Lasten der Eigentümer. Die Haftung des Nutzers entsteht – wie bisher – wenn er vom Eigentümer über die bewilligte Benützungsort in Kenntnis gesetzt worden ist.

2. Neuer Straftatbestand „Anbieten einer Wohnung“

Gem dem neuen § 135 Abs 6a ist bereits das Anbieten einer Wohnung zu Zwecken, die über die Grenzen des § 119 Abs 2a lit a und b hinausgehen, ohne Ausnahmegewilligung (§ 129 Abs 1a) als Verwaltungsübertretung strafbar (Strafdrohung bis zu 50.000 Euro, im Fall der Uneinbringlichkeit Ersatzfreiheitsstrafe von bis zu zwei Wochen).

Es handelt sich um ein Vorbereitungsdelikt. Aufgrund des Verweises auf die Ausnahmegewilligung nach § 129 Abs 1a ist das Anbieten von Wohnungen zu unzulässigen Nutzungszwecken in Wohnzonen nicht strafbar, kann es doch für diese gar keine Ausnahmegewilligung geben (vgl § 129 Abs 1a Z 1).³⁰ Die tatsächlich erfolgende gesetzwidrige Nutzung von Wohnungen und das gleichzeitige Anbieten stehen zueinander mE in (stillschweigender) Subsidiarität, sodass es in diesem Fall zu keiner Bestrafung wegen § 135 Abs 6a kommen kann.

Möglicherweise schwierig aus Behördensicht gestaltet sich ein Ermittlungsverfahren zu diesem Verwaltungsstraftatbestand, weil eine bis zu 90-tägige kurzfristige Vermietung je Kalenderjahr ja zulässig ist, sodass ein Anbieten von wörtlich „bis zu 90 Tagen im Kalenderjahr“ oder ein Anbieten mit dem expliziten Hinweis, dass eine Vermietung nur für die Dauer von bis zu 90 Tagen im Kalenderjahr erfolgt, aber nicht länger, nicht tatbestandsmäßig ist und daher nicht zu einer Bestrafung führen kann.

3. Durchführung behördlicher Kontrollen und Verlinkung zu Ortstaxendaten

§ 137a ermächtigt die Behörde zu Kontrollen und zur Anforderung personenbezogener Daten über die Ortstaxe, nämlich Adressen, für die bereits ein Ortstaxenkonto angelegt wurde, einschließlich Name, Geburtsdatum, Wohnadresse, Telefonnummer und E-Mail-Adresse der jeweiligen Unterkunftgeberinnen oder Unterkunftgeber, sowie Angaben darüber, ob und wann die Ortstaxe für welche Vermietungszeiträume entrichtet wurde. Damit soll der Baubehörde die Ermittlung von gesetzwidrigen Vermietungen erleichtert werden.

In § 137a ist nunmehr auch ganz ausdrücklich der hinter § 7a und § 129 Abs 1a stehende Zweck normiert, nämlich zu verhindern, dass Wohnungen und Wohn-

²⁸ EB zum Entwurf der BauONov 2023, Blg 21/2023, S 38.

²⁹ VwGH 23.8.2023 Ro 2022/04/0003; 26.9.2019 Ro 2019/03/0019 ua.

³⁰ Es fehlt hier der Verweis auf Ausnahmen nach § 7a Abs 5.

raum dem Wohnungsmarkt und damit der Wiener Bevölkerung teilweise oder dauerhaft entzogen werden. Dies ist Kern des Kompetenztatbestandes des Volkswohnungswesens (dazu sogleich).

E. Ergänzend zur Kompetenzwidrigkeit

Zur Kompetenzwidrigkeit der Wohnzonenregelung, insbesondere zum Kompetenzfeststellungserkenntnis v 16.10.1958, VfSlg 3421, habe ich bereits in meinem Beitrag aus dem Jahr 2020 ausgeführt.³¹

Ein Kompetenzfeststellungserkenntnis bezieht sich auf ein konkretes Gesetzesvorhaben, für das noch kein Beschluss des jeweiligen zur Beschlussfassung berufenen Organs vorliegt. Es handelt sich um einen Fall der präventiven Normenprüfung.³² Die Feststellung des VfGH ist in einem Rechtssatz zusammenzufassen, der vom Bundeskanzler im Bundesgesetzblatt kundzumachen ist. Diesem Rechtssatz kommt die Wirkung einer authentischen Interpretation des Bundesverfassungsrechts zu.³³ Er hat damit Verfassungsrang und kann nur mehr vom Verfassungsgesetzgeber abgeändert werden. Er bindet somit auch den VfGH.³⁴

Aufgrund der aktuellen Diskussion zur Kompetenzverschiebung zu den Ländern für eine geplante Leerstandsabgabe³⁵ ist auch auf das Kompetenzfeststellungserkenntnis VfSlg 10403 v 12.3.1985 zu verweisen, mit dem der VfGH ebenfalls aufgrund des Widerspruchs zum Kompetenztatbestand des Volkswohnungswesens das wr WohnungsabgabeG 1982 aufgehoben hat. Als verfassungswidrig beurteilte er hier, dass das wr Wohnungs-

abgabeG 1982 zur Sicherstellung des „Wohnzweckes“ eine landesgesetzliche Leerstandsabgabe, sohin eine Abgabe auf unvermietete Wohnungen zur Entgegenwirkung der Wohnungsknappheit, vorgesehen hat.

Der VfGH stellte auch zu diesem Gesetz bindend fest, dass die in diesem Gesetz geregelten Maßnahmen zur Wohnraumbewirtschaftung – soweit sie Klein- und Mittelwohnungen betreffen – einen kompetenzwidrigen Eingriff in den Kompetenztatbestand des Volkswohnungswesens darstellen, welcher nicht dem Landesgesetzgeber, sondern gem Art 11 Abs 1 Z 3 B-VG dem Bundesgesetzgeber zugeordnet ist. Demnach liegt (trotz des „Abgabenerfindungsrechts“ der Länder) ein Missbrauch der Abgabenkompetenz vor, „wenn die Abgabe zufolge ihrer besonderen Ausgestaltung so umfassend in eine fremde Materie [Anm: in die des Volkswohnungswesens] hineinwirkt, dass sie ungeachtet ihrer Qualifikation als Abgabe zugleich auch als Regelung dieser (fremden) Materie selbst [Anm: das Volkswohnungswesen] gewertet werden muß“.³⁶

Zweck dieses Abgabengesetzes war also, Zweckentfremdung durch Nichtbenutzung von Wohnungen zu verhindern bzw möglich unattraktiv zu gestalten, indem man den Leerstand besteuerte. Durch die Minimierung von Leerständen galt es den Wohnungsmarkt zu stärken. Gleichermaßen stellen absolute landesgesetzliche Verbote bestimmter Nutzungsformen von „Volkswohnungen“ zur Stärkung des Wohnungsmarktes, insbesondere hinsichtlich des Verbotes gewerblicher kurzzeitiger Vermietung einen kompetenzwidrigen Eingriff dar, da diese im Kern denselben Zweck verfolgen.

Es ist als erstaunlich zu betrachten, dass sich der VfGH bislang zur – aus Sicht des Autors, gemessen an den eigenen Entscheidungen des VfGH – eindeutigen Kompetenzwidrigkeit der Wohnzonenregelung, soweit ersichtlich, nicht geäußert hat, obwohl er dazu bereits Gelegenheit gehabt hätte.

³¹ Trapichler, Die Wiener Wohnzone (FN 2) 173 (174 f).

³² Haller, Zum Umfang der Kompetenzfeststellung durch den VfGH nach Art 138 Abs 2 B-VG, ZÖR 1968, 63 f; Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹³ (FN 9) Rz 998; Kojas, Allgemeine Staatslehre (1993) 322.

³³ VfSlg 3.055/1956; 4.027/1961; 4.446/1963; Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹³ (FN 9) Rz 998.

³⁴ VfSlg 3.055/1956; 4.446/1963; 9.667/1983; 16.929/2003 mwN; Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹³ (FN 9) Rz 998; Muzak, B-VG⁶ (2020) § 56 VfGG.

³⁵ ZB https://www.ots.at/amp/pr/OTS_20240229_OTSO101/.

³⁶ S dazu auch Denk, Landesgesetzliche Leerstandsabgaben und Kompetenzverteilung – zugleich Überlegungen zum „Volkswohnungswesen“, JBl 2022, 773.

Mag. Martin Trapichler ist Rechtsanwalt in Wien.

Publikationen: Verfasser von wissenschaftlichen Beiträgen sowie Praktikerbeiträgen zum Immobilienrecht, zuletzt die Buchbeiträge *Rechtsfähigkeit und Vertretung der Eigentümergemeinschaft* und *Die Kurzzeitvermietung von WE-Objekten*, in Albl/Frech/Kerbl (Hrsg), Praxishandbuch WEG, Linde 2023.

Korrespondenz: RA Ing. Mag. Martin Trapichler, Porzellangasse 43, 1090 Wien, +43 (1) 31 0 32 87, E-Mail: martin.trapichler@trapichler.at