

Martin Trapichler

## Die Wiener Wohnzone



RA Ing. Mag. Martin  
Trapichler

Lange schlummerte die mit LGBL 1991/31 in die Bauordnung für Wien („wr BauO“) eingeführte Wohnzone<sup>1</sup> vor sich hin. Durch den sich vollziehenden Wandel im Städte-tourismus weg vom klassischen Hotelaufenthalt hin zum voll ausgestatteten Ferien-apartment<sup>2</sup> erwachte sie durch die BauO-Novelle 2018<sup>3</sup> und den seither bei der Bau-polizei der Stadt Wien eingegangenen Anzeigen zu neuem Leben.<sup>4</sup> Dieser Beitrag untersucht den Regelungsgehalt der Wohnzonenregelung mit besonderem Augenmerk auf die Kurzzeitvermietung, die verfassungsrechtlichen Implikationen, die Ausnahmen vom Verwendungsgebot und die Rechtsfolgen der Verletzung des Verwendungsgebots.

**Schlagnote:** Airbnb; Aufenthaltsraum; Bebauungsplan; Beherbergung; Beherbergungs-betrieb; Bestimmtheitsgebot; Bevölkerungspolitik; Blankettstrafnorm; Booking.com; Eigen-tumsfreiheit; Erwerbsfreiheit; Gewerberecht; Gewerbeordnung; Investitionsschutz; Klar-heitsgebot; Kurzzeitvermietung; Privatautonomie; Raumwidmung; Schutzzzone; Umwid-mung; Vertrauensschutz; Verwendungsgebot; Verwendungsverbot; Volkswohnungswesen; Widmung; Wohnraumsicherung; Wohnzone.

**Rechtsnormen:** Art IV, §§ 7a, 5 Abs 4 lit w, 60, 129, 135 wr BauO; Art 11 Abs 1 Z 3, Art 18 B-VG; Art 2, 5, 6 StGG; Art 7 EMRK; Art 1 1. ZP EMRK.

### A. Einleitung und historischer Abriss

Erstmals mit LBGL 1976/18 erließ das Land Wien ein Verwendungsgebot. § 6 Abs 17 wr BauO idF LGBL 1976/18 lautete damals: „Als Wohnungen verwendete Aufenthaltsräume in Schutzzonen dürfen nicht als Büro- oder Geschäftsräume verwendet werden; in Gebäuden, in denen die Wohnungen die Büro- oder Geschäftsräume

überwiegen, ist der Ausbau von Dachgeschossen nur für Wohnungen, Hauswaschküchen, und die dazugehörigen Nebenräume sowie für Triebwerksräume zulässig.“ Dies bedeutete einen Bruch mit dem Verständnis des Landesplanungs- und Baurechts, da erstmals eine Versteinerung der erlaubten Verwendung gesetzlich festgelegt wurde.<sup>5</sup>

Mit der BauO-Novelle LGBL 1987/28 wurde einerseits eine bis dahin gängige Umgehungsmöglichkeit abgestellt, indem der Gesetzgeber klarstellte, dass alle Aufenthaltsräume vom Verwendungsgebot umfasst sind und man es nicht dadurch umgehen kann, indem man nur einen Aufenthaltsraum oder nur einen Teil eines Aufenthaltsraums als Wohnraum verwendet, die übrigen Räume hingegen nicht. Andererseits wurden Tätigkeiten erlaubt, die üblicherweise in Wohnungen ausgeübt werden.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> Davor wurde freilich schon mit LBGL 1976/18 ein Verwendungsgebot erlassen (s dazu Pkt A.).

<sup>2</sup> Vgl Nächtigungsstatistik 2019 der Statistik Austria, Pressemitteilung 12.172-012/20: „Der höchste relative Nächtigungszuwachs wurde mit 5,9% auf 13,81 Mio in gewerblichen Ferienwohnungen bzw -häusern registriert (Anteil: 9,0%); vor zehn Jahren erreichte die Zahl der Nächtigungen dort erst 7,65 Mio bzw einen Anteil an den Gesamtnächtigungen von 6,1%.“; [http://www.statistik.at/web\\_de/presse/122493.html](http://www.statistik.at/web_de/presse/122493.html) (abgerufen am 27.1.2020).

<sup>3</sup> LBGL 2018/69.

<sup>4</sup> Es ist davon auszugehen, dass nach Überwindung der COVID-19-Pandemie und nach vollständigem Wiederanlaufen des Städtetourismus die Apartmentvermietung wieder gefragt sein wird.

<sup>5</sup> Geuder, Wohnzonen, Schutzzonen und Bevölkerungspolitik, wobl 1992, 45.

<sup>6</sup> Die Materialien nannten hier explizit „Arztordinationen, Tätigkeiten Freischaffender, Unterrichtstätigkeiten, insbesondere Musikunterricht ua.“; EB zum Entwurf der Bauordnungsnovelle 1987, Beilage Nr 8/1987, Seite 3 aE.

Durch die sog Wohnzonen-Novelle LGBL 1991/37 erhielt die Wohnzonenregelung mit Schaffung des neuen § 7a wr BauO nahezu ihr heutiges Antlitz.<sup>7</sup> Wesentliche Änderung der Wohnzonen-Novelle war, dass die Möglichkeit der Schaffung von Wohnzonen als Festlegung im Bebauungsplan vorgesehen und die nicht sachgerechte Junktimierung des Verwendungsgebots mit Schutzzonen aufgegeben wurde.<sup>8</sup> Freilich legte man gesetzlich sogleich fest, dass alle bestehenden Schutzzonen und die Bezirke 1 bis 9 und 20 als Wohnzonen gelten, was der an sich vorgesehenen Trennung zwischen Schutz- und Wohnzone jeden Sinn nahm und kritisiert wurde.<sup>9</sup> Weiters wurde festgelegt, dass bei einer Verwendungsänderung von Aufenthaltsräumen in Wohnzonen zwingend alle Aufenthaltsräume im gesamten Gebäude einer konkreten Verwendungsart zugeführt werden müssen, um sukzessive die sog weißen Widmungen<sup>10</sup> zu beseitigen.

Mit den BauO-Novellen LGBL 1992/34 und LGBL 1993/49 reagierte der Landesgesetzgeber zum Teil auf die im Zusammenhang mit der Wohnzonen-Novelle geäußerte Kritik; so stellte er klar, dass es in Bezug auf das Verwendungsgebot auf die Widmung bzw rechtmäßige Verwendung als Wohnung zum Zeitpunkt der Festsetzung der Wohnzone ankommt sowie dass das Verwendungsgebot auch für später bzw neu errichtete Wohnungen gilt.

Eine systematische Anpassung erfolgte durch die BauO-Novelle 2009, LGBL 2009/25, mit der insb die Ausnahmetatbestände aus § 69 Abs 1 lit k wr BauO in den Abs 5 des § 7a wr BauO wanderten.

Mit der BauO-Novelle 2018, LGBL 2018/69, reagierte Wien schließlich auf die zunehmende touristische Kurzzeitvermietung von Wohnungen und ergänzte § 7a Abs 3 wr BauO insofern, als die „*gewerbliche Nutzung für kurzfristige Beherbergungszwecke*“ keine zulässige Nutzung einer Wohnung in einer Wohnzone darstellt.

## B. Regelungszweck

Das Ziel einer im Bebauungsplan festzulegenden Wohnzone ist in § 7a Abs 1 wr BauO normiert. Demnach soll die Wohnzone der *Erhaltung des Wohnungsbestandes*

dienen. Die Gründe für die Festlegung können sich aus der *Stadtstruktur, Stadtentwicklung und Vielfalt der städtischen Nutzung des Baulandes sowie Ordnung des städtischen Lebensraumes* ergeben.

Aus Abs 3 und Abs 4 letzter Halbsatz sowie aus Art IV Abs 4 wr BauO ergibt sich jedoch, dass Ziel nicht nur die Erhaltung des Wohnungsbestandes ist, denn eine Wohnung verliert durch eine in ihr ausgeübte geschäftliche Tätigkeit nicht den Charakter einer Wohnung. Ziel ist in der Hauptsache die Erhaltung (Versteinerung) und der Ausbau der *Nutzung von Wohnungen zu Wohnzwecken*.<sup>11</sup> Es soll mit der Regelung daher verboten werden, Wohnräume ihrem Verwendungszweck als Wohnung zu entziehen. Auch die erläuternden Bemerkungen zur BauO-Novelle 2018 legen klar offen, dass es bei der Wohnzonenregelung darum geht, Wohnungen nicht dem Wohnungsmarkt zu entziehen.<sup>12</sup> Zielvorstellung ist also die Sicherung und Bereitstellung von Wohnungen für die Bevölkerung, indem Wohnungen der wohnraumbedürftigen und -suchenden Bevölkerung vorbehalten werden sollen und nicht als Büros und auch nicht als Touristenunterkünfte verwendet werden dürfen.

## C. Fehlende Gesetzgebungskompetenz des Landes

Die Sicherung und Bereitstellung von Wohnungen für die Bevölkerung ist eine bevölkerungspolitische und wohnwirtschaftliche Zielrichtung und deckt sich im Kern mit dem Kompetenztatbestand des Volkswohnungswesens des Art 11 Abs 1 Z 3 B-VG.

Dieser Kompetenztatbestand umfasst die Vorsorge für die Bereitstellung von Kleinwohnungen und Mittelwohnungen<sup>13</sup>, wie sie idR für die breiten Bevölkerungsschichten in Betracht kommen und überwiegend zur Befriedigung des Wohnbedürfnisses benützt werden<sup>14</sup>, wobei davon sowohl Maßnahmen betreffend künftigen Wohnraum<sup>15</sup> als auch Maßnahmen der Wohnraumbewirtschaftung umfasst sind, durch welche verboten wird, Wohnungen oder Wohnräume ihrem Zweck zu entziehen.<sup>16</sup> Unter Volkswohnungen sind klein und mittelgroße Wohnungen zu verstehen. Da § 7a wr BauO aber Kleinwohnungen und mittelgroße Wohnungen nicht ausnimmt, hat der Wiener Landesgesetzgeber mit der Erlassung des § 7a wr BauO mit Blick auf den Kompetenztatbestand des Volkswohnungswesens und der dazu ergangenen verfassungsgerichtlichen Rsp eine Kompetenz in Anspruch genommen, die ihm nicht zusteht. Zu verweisen ist hier insb auf das Erkenntnis des VfGH v 16.10.1958, VfSlg 3421. Damals hat der Wiener

<sup>7</sup> Erwähnenswert ist, dass es zu dieser Novelle keine Erläuterungen gibt, da sie auf Basis eines nicht erläuterten Initiativantrages (Initiativantrag v 19. Juni 1991, Beilage Nr 12/1991) erlassen wurde.

<sup>8</sup> Die Schutzzone verfolgt den Schutz des örtlichen Stadtbildes in ihrem äußeren Erscheinungsbild (vgl § 7 wr BauO) und hat insofern nichts mit dem Zweck der Wohnzone zu tun; zu letzterem s Pkt B.

<sup>9</sup> Geuder, Wohnzonen (FN 5) 45; s dazu auch Pkt D.

<sup>10</sup> Für Aufenthaltsräume in Gebäuden, die unter dem vor Wirksamwerden der neuen Bauordnung am 3.5.1930 (vgl dazu Art I wr BauO) geltenden Rechtsregime errichtet wurden (und noch keine Festlegung gem § 60 lit c wr BauO erfuhren), gilt das Verwendungsgebot nicht, da diese Aufenthaltsräume konsensgemäß sowohl zu Wohn- als auch zu Geschäftszwecken verwendet werden dürfen (sog „weiße Widmung“).

<sup>11</sup> Wie sich auch aus den Materialien zu LGBL 1987/28, Beilage Nr 8/1987, Seite 2 aE ergibt, wonach die Vorstellung des Gesetzgebers „*die Wiederbelebung von Altstadtgebieten und Hintanhaltung der Verdrängung der Wohnbevölkerung aus diesen Stadtgebieten durch Büros und Geschäfte*“ war.

<sup>12</sup> Beilage Nr 27/2018, LG-401807-2018, EB Seite 8.

<sup>13</sup> Nicht mehr als drei Zimmer (VfSlg 3378).

<sup>14</sup> VfSlg 3378.

<sup>15</sup> VfSlg 3703.

<sup>16</sup> VfSlg 3421; Mayer/Muzak, B-VG<sup>5</sup> (2015) 71 mwN.

Landesgesetzgeber den VfGH gefragt, ob ein geplantes Gesetz, das in seinem § 1 Abs 1 wr BauO das Folgende vorgesehen hätte, kompetenzwidrig sei:

*„Wohnungen oder Wohnräume Wohnzwecken zu entziehen, ist verboten, mag die Entziehung in deren Umwandlung in Räume anderer Art, wie insbesondere in Büro- oder Geschäftsräume, in deren widmungswidriger Benützung, in deren Abtragung, sofern diese nicht aus Sicherheitsgründen behördlich verfügt wird, oder in deren ungerechtfertigter Leerstehung bestehen.“*

Das entspricht im Kern dem Wesen und der Zielrichtung der gegenwärtigen Regelung des § 7a wr BauO. Der VfGH hat, unter Verweis auf das Vorerkenntnis v 28.6.1958, VfSlg 3378, in Bezug auf diesen Gesetzesentwurf ausgesprochen, dass eine derartige Regelung mangels Unterscheidung zwischen Klein- und Mittelwohnungen einerseits und anderen Wohnungen andererseits, vom Wiener Landesgesetzgeber nicht erlassen werden darf, weil damit in die Gesetzgebungskompetenz des Bundes eingegriffen würde.

Nichts anderes kann daher für § 7a wr BauO gelten.<sup>17</sup> Der Inhalt des Kompetenztatbestandes des Volkswohnungswesens hat sich – etwa durch gesetzgeberische Maßnahmen auf der Ebene des Verfassungsrechts – nicht geändert.

Das Argument, dass es sich bei § 7a wr BauO um andere Gesichtspunkte als beim Kompetenztatbestand des Volkswohnungswesens handle, nämlich um die Stadtentwicklung, weshalb auf Grundlage der Gesichtspunkte Theorie § 7a wr BauO nicht a priori kompetenzwidrig sei<sup>18</sup>, ist aufgrund des Zwecks der Wohnzonenregelung kritisch zu hinterfragen. Denn wie gezeigt, ergibt sich durch die Gesetzesmaterialien – insb zur BauO-Novelle 2018 – und dem Gesetz selbst, dass Ziel des § 7a wr BauO ist, Wohnraum für die Bevölkerung zu sichern, zu erhalten und zu erweitern und die Wohnungen nicht dem Wohnungsmarkt zu entziehen. Möglicherweise kommt das mit der Regelung vielleicht auch verfolgte raumordnungsrechtliche Ziel, Altstadtgebiete nicht zu bevölkerungsentleerten Shopping- und/oder Geschäftsvierteln werden zu lassen, im Wortlaut des Gesetzes nicht deutlich genug zum Ausdruck. Es ist davon auszugehen, dass früher oder später eine Klärung dieser Frage durch den VfGH erfolgt.

#### **D. Fehlende sachliche Differenzierung und fehlende Grundlagenforschung bei der Festlegung der Wohnzonen**

Die gesetzliche Festlegung in Art IV Abs 3 wr BauO, wonach Schutzzonen, die bei Inkrafttreten der Wohnzonen-Novelle festgelegt sind und pauschal alle Wohngebiete und gemischten Baugebiete in den Bezirken 1 bis 9 und 20, jeweils bis zu einer anderslautenden Festlegung des Bebauungsplans als Wohnzonen gelten, ist

aufgrund mittlerweile ergangener neuer Flächenwidmungs- und Bebauungspläne obsolet geworden, weshalb darauf im Detail nicht mehr einzugehen ist. Nach wie vor relevant ist aber die bis heute bestehende Nachwirkung dieser ursprünglich gesetzlichen Festlegung, denn nach wie vor bestehen Wohnzonen nur in den Bezirken 1 bis 9 und 20 und dort nahezu vollflächig.<sup>19</sup> Die ursprüngliche gesetzliche Festlegung erfolgte, ohne auf die in § 7a Abs 1 wr BauO beschriebenen Planungsziele einzugehen und differenzierte – wohl auch mangels Grundlagenforschung zum tatsächlichen Erfordernis von Wohnzonen – nicht, sondern normierte, dass Schutzzonen mit Wohnzonen gleich zu setzen sind<sup>20</sup> und die Bezirke 1 bis 9 und 20 ausnahmslos erhaltungswürdigen Wohnungsbestand aufweisen (und auch nur wieder Wohnungen gebaut werden dürfen, die zu Wohnzwecken verwendet werden müssen). Daraus könnte geschlossen werden, dass die anderen Bezirke (wo es keine Schutzzone gibt) keinen erhaltungswürdigen Wohnungsbestand haben. Dass dies so pauschal keinesfalls gesagt werden kann, liegt auf der Hand. Warum soll eine Wohnung auf der eine Seite des Gürtels<sup>21</sup> als Arztpraxis verwendet werden dürfen, auf der anderen Seite hingegen nicht?<sup>22</sup> Warum soll eine Wohnung nebst dem Schloss Schönbrunn in Hietzing<sup>23</sup> – eine der teuersten und zugleich touristischsten Orte Wiens – für touristische Kurzzeitvermietung zulässig sein, eine Vermietung in der Wiener Innenstadt hingegen, die ebenfalls touristischer Anziehungspunkt ist, grosso modo nicht. Die bloße Bezirksnummer kann hierbei kein Kriterium sein. Diese fehlende sachliche Differenzierung hat sich aber ungeprüft fortgesetzt und wurde im Großen und Ganzen tradiert, weshalb die Festlegungen mE nach wie vor als sachlich zu undifferenziert und aufgrund der mit der Wohnzonenfestlegung einhergehenden Beschränkungen Zweifel an der Gesetzes- bzw. Verfassungsgemäßheit aufkommen lassen.

### **E. Regelungsinhalt**

#### **1. Verwendungsgebot**

§ 7a Abs 3 wr BauO erster Satz lautet: „*Aufenthaltsräume in Wohnzonen, die als Wohnung in einem Hauptgeschloß oder Teile einer solchen Wohnung im Zeitpunkt der*

<sup>19</sup> Vgl Cech, Kurzzeitvermietung und Landesrecht, bbl 2020, 79; sowie abrufbar im elektronischen Auskunftssystem der Stadt Wien unter: <https://www.wien.gv.at/flaechenwidmung/public/start.aspx>.

<sup>20</sup> Die Sinnwidrigkeit dieser Gleichsetzung ist bereits unter Pkt A. kurz erörtert worden.

<sup>21</sup> Bundesstraße Nr 221; mit der Bundesstraße Nr 227 eine die Bezirke 1 und 3 bis 9 Wiens umringende mehrspurige Straße.

<sup>22</sup> Unter der Prämisse, dass die Ärzte in ihren jeweiligen Ordinationen nicht zugleich auch wohnen, ansonsten ja der Ordinationsbetrieb auch in der Wohnzone zulässig wäre; s dazu Pkt E.2.

<sup>23</sup> 13. Wiener Gemeindebezirk.

<sup>17</sup> So auch Geuder, Wohnzonen (FN 5) 45.

<sup>18</sup> Moritz, BauO Wien<sup>6</sup> (2019) Anm zu § 7a.

*Festsetzung der Wohnzone gewidmet waren oder rechtmäßig verwendet wurden oder später neu errichtet werden, sind auch weiterhin nur als Wohnung oder Teile einer Wohnung zu verwenden.“*

Die Regelung normiert keine Verwendungspflicht; ein Leerstehen lassen von Wohnungen oder auch ein Abbruch (falls anwendbar unter den Voraussetzungen des § 60 Abs 1 lit d wr BauO) sind daher zulässig. Das Verwendungsgebot besteht somit in der Form, dass, falls eine Nutzung erfolgt, diese nur zu Wohnzwecken erfolgen darf.

Ein Aufenthaltsraum ist ein allseits umschlossener Raum, der zum länger dauernden Aufenthalt von Personen bestimmt ist (zB Wohn- und Schlafräume, Arbeitsräume, Unterrichtsräume).<sup>24</sup> Aufenthaltsräume sind keine Wohnungen, wie es sich schon aus dem unterschiedlichen Begriffskern der beiden Begriffe sowie aus § 119 Abs 2 wr BauO erschließt. Gemeint ist in Entsprechung des eigentlichen Zwecks der Regelung daher wohl, dass Aufenthaltsräume als Wohnräume, somit zu Wohnzwecken verwendet werden müssen. Es müssen *alle* Aufenthaltsräume der Wohnung zu Wohnzwecken verwendet werden, was mit der Wendung „*oder Teile einer solchen Wohnung*“ – ebenfalls etwas holprig formuliert – zum Ausdruck gebracht werden soll.<sup>25</sup>

Hauptgeschosse sind, kurz gesagt, das Erdgeschoss und die darüber liegenden Regelgeschosse, nicht jedoch Keller- oder Dachgeschosse.<sup>26</sup> Für Dachgeschosse gilt aber aufgrund des Abs 4 letzter Satz des § 7a wr BauO das Verwendungsgebot ebenfalls, für Kellergeschosse, wozu auch das Souterrain zählt, hingegen nicht.

Zeitlich knüpft das Verwendungsgebot an den Zeitpunkt der Festsetzung der Wohnzone an.<sup>27</sup> (Nur) wenn zu diesem Zeitpunkt der in Frage stehende Aufenthaltsraum als Wohnraum gewidmet oder jedenfalls als solcher verwendet worden ist – letzteres könnte in der Praxis ein Beweisproblem für die Behörden darstellen – gilt das Verwendungsgebot. Ebenso gilt es für neu errichtete Wohnungen in Wohnzonen.

## 2. Erlaubte Tätigkeiten

Nach § 7a Abs 3 zweiter Satz wr BauO wird *„ein Aufenthaltsraum [] auch dann als Wohnung oder Teil einer Wohnung verwendet, wenn in ihm auch Tätigkeiten ausgeübt werden, die zwar nicht unmittelbar Wohnzwecken dienen, jedoch üblicherweise in Wohnungen ausgeübt werden; die gewerbliche Nutzung für kurzfristige Beherbergungszwecke stellt keine solche Tätigkeit dar“*.

Wie schon oben in FN 6 zitiert, stellte sich der Gesetzgeber dabei Arztordinationen, Tätigkeiten Freischaffender,

Unterrichtstätigkeiten, insb Musikunterricht vor. Zulässige Tätigkeiten sind wohl auch die Tätigkeiten der Rechtsanwälte, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer, Künstler, Masseur, Psychotherapeuten, Tagesmütter etc. Die Abgrenzung erfolgt nach der Verkehrsauffassung.

Wesentlich ist aber, dass neben Ausübung der Tätigkeit in den Wohnungen auch gewohnt werden muss bzw umgekehrt formuliert die Wohnungen zu Wohnzwecken verwendet werden müssen, es aber nicht schadet, wenn daneben auch eine geschäftliche Tätigkeit im zitierten Spektrum ausgeübt wird. Wenn nur die geschäftliche Tätigkeit ausgeübt wird, in dem oder den betreffenden Aufenthaltsräumen aber nicht gleichzeitig auch gewohnt wird, diese also nicht auch zu Wohnzwecken verwendet werden, ist die geschäftliche Tätigkeit nicht zulässig.<sup>28</sup>

Eine Erhebung oder Statistik, wie viele Ärzte, Rechtsanwälte, Steuerberater, Unterrichtende, Künstler oder sonst Freischaffende in ihren in Wohnzonen gelegenen Büros, Ateliers oder Lofts, die raumwidmungsrechtlich Wohnungen sind, tatsächlich auch wohnen, gibt es nicht. Es darf angenommen werden, dass bei Tätigkeiten, in die Personen involviert sind, die nicht zum engsten Familienkreis zählen (zB bei Anwälten, Ärzten, Steuerberater etc.) nicht in den Wohnungen gewohnt wird bzw nicht jeder Aufenthaltsraum zu Wohnzwecken verwendet wird.

## 3. Gewerbliche Nutzung für kurzfristige Beherbergungszwecke

Dieser mit der BauO-Novelle 2018, LGBI 2018/69 eingefügte letzte Halbsatz des Abs 3 leg cit, der am 22.12.2018 ohne Übergangsfrist in Kraft trat, legt fest, dass *„die gewerbliche Nutzung für kurzfristige Beherbergungszwecke [] keine Tätigkeit dar[stellt]“*, die üblicherweise in Wohnungen ausgeübt wird.

Diese Ergänzung wirft einige bislang ungeklärte Fragen auf.

### 3.1. Gesetzesfiktion

Die kurzfristige Zurverfügungstellung (meist in Form einer Vermietung) einer Wohnung an Touristen erfolgt zu Wohnzwecken, denn die Touristen wohnen in den Wohnungen. Die Person des Mieters oder die Dauer des Mietverhältnisses ändert das Wesen einer Wohnung als solche nicht. Die Verwendungsart ist vom Standpunkt des Nutzers zu betrachten<sup>29</sup> und zu fragen, zu welchem Zweck der konkrete Nutzer die Wohnung nutzt – der Arzt: als Arztpraxis, der Rechtsanwalt: als Rechtsanwaltskanzlei, der Tourist: als Wohnung. Weil letzteres aber genau jener Nutzung entspricht, die § 7a Abs 3 wr BauO eigentlich zum Ziel hat, gleichzeitig aber genau

<sup>24</sup> § 60 Abs 1 lit a iVm § 87 Abs 3 wr BauO.

<sup>25</sup> EB zum Entwurf der Bauordnungsnovelle 1987, Beilage Nr 8/1987, Seite 2 aE und 3 erster Abs.

<sup>26</sup> Vgl § 87 Abs 8 und 9 wr BauO.

<sup>27</sup> Dies hängt mit den weißen Widmungen (vgl FN 10) und mit dem Eingriff in bestehende Rechte zusammen; VwGH 30.6.1975, 2343/74; Moritz, BauO Wien (FN 18) Anm zu § 7a Abs 3.

<sup>28</sup> Moritz, BauO Wien (FN 18) Anm zu § 7a.

<sup>29</sup> Den Betrachtungsstandpunkt auf den Vermieter zu legen wäre nicht zielführend und würde zu seltsamen Ergebnissen führen, zumal ein Vermieter die Wohnung idR nicht selbst nutzt.

diese an sich gewünschte Nutzung bei Nutzung durch einen Touristen untersagt werden sollte, musste sich der Gesetzgeber einer gesetzlichen Fiktion bedienen: Das Gesetz behandelt seit der BauO-Novelle 2018 eine Verwendung einer Wohnung dann nicht als zu Wohnzwecken, wenn diese Verwendung entgeltlich und wiederholt („gewerblich“), jeweils kurzfristig zu Beherbergungszwecken erfolgt, obwohl die Wohnung zu nichts anderem verwendet wird, als zu Wohnzwecken.

Der von Cech<sup>30</sup> formulierten und von Moritz<sup>31</sup> aufgegriffenen These, dass die kurzfristige Zurverfügungstellung von Wohnungen zu Wohnzwecken (Beherbergungszwecken<sup>32</sup>) auch außerhalb von Wohnzonen konsenswidrig sein könnte, ist nicht zu folgen. Insb § 121 wr BauO spricht dagegen, wonach Wohnungen (oder auch ganze Wohngebäude), auch wenn sie kurzfristig vermietet werden, eben keine Beherbergungsstätten sind, weil es den Wohngebäuden bzw Wohnungen an den gemeinschaftlichen Anlagen mangelt.<sup>33</sup> Dass der Begriff der Wohnung oder des Wohngebäudes in § 119 wr BauO ein „dauerhaftes“ oder auch nur längerfristiges Wohnen oder die Etablierung eines Haushalts durch denselben Nutzer in der Wohnung voraussetzt, ergibt sich nicht aus dem Gesetz.<sup>34</sup> Würde man das voraussetzen, wäre mit einem Schlag jedes Leerstehen lassen, jede Zweitwohnung, jede Wohngemeinschaft mit wechselnden Bewohnern eine widmungswidrige Verwendung.

### 3.2. Gewerbliche Nutzung

Nach den Materialien sei der Begriff „gewerblich“ nicht im Sinne der Gewerbeordnung, „sondern im Sinne einer regelmäßigen Zurverfügungstellung von Wohnräumen

für Beherbergungszwecke gegen Entgelt“ zu verstehen. Das allein macht jedoch nicht den Unterschied zum Gewerblichkeitsbegriff des § 1 Abs 2 GewO aus. Erst die weiteren Erläuterungen, wonach es in Wirklichkeit darum geht, Wohnungen nicht dem Wohnungsmarkt zu entziehen, bringen Erhellung.<sup>35</sup> Das betrifft jedoch, wenn man genau ist, nicht das Tatbestandsmerkmal der „gewerblichen Nutzung“, sondern das Ziel der Wohnzonenregelung schlechthin. Denn in Bezug auf den Gewerblichkeitsbegriff ist zu konstatieren, dass jede Wohnungsvermietung, sei sie kurz- oder langfristig, idR zu gewerblichen Zwecken erfolgt (auch wenn die bloße Raumvermietung freilich nicht der GewO unterliegt,<sup>36</sup> was jedoch an der Gewerblichkeit der Tätigkeit nichts ändert).

Kein Entzug der Wohnung vom Wohnungsmarkt soll nach den erläuternden Bemerkungen dann vorliegen, wenn in zeitlicher und räumlicher Hinsicht die eigene Nutzung zu Wohnzwecken überwiegt.<sup>37</sup>

Gegen das Argument des Wohnungsmarktentzugs kann ins Treffen geführt werden, dass ja ein leer stehen lassen von Wohnungen als auch sogar ein Abbruch (idR sogar bewilligungslos, sofern kein Fall des § 60 Abs 1 lit d wr BauO vorliegt) zulässig sind.<sup>38</sup>

### 3.3. Kurzfristigkeit

Wie kurz oder lang kurzfristig sein soll, geht weder aus dem Gesetz noch aus den Materialien hervor. Zwar gibt es Entscheidungen der ordentlichen Zivilgerichte im Bereich des Wohnungseigentumsrechts, aus denen man ableiten könnte, dass Kurzfristigkeit bei einer Vermietung von bis zu 30 Tagen vorliegt,<sup>39</sup> doch verfolgen das Wohnungseigentumsrecht (§ 16 WEG 2002) und § 7a Abs 3 letzter Halbsatz wr BauO andere Zielrichtungen. Die Rsp ist insofern nicht ohne weiteres übertragbar. Im WEG steht die Einhaltung der wohnungseigentumsvertraglichen Widmungszuordnung, im Bereich der wr BauO der Schutz der Bevölkerung vor dauerhaftem Entzug von Wohnraum bzw der Vorbeugung vor Bevölkerungsverdrängung im Fokus. Andererseits gibt es auch eine Entscheidung eines Zivilgerichtes, die bei einer Vermietung von bis zu sechs Monaten immer noch Kurzfristigkeit annimmt.<sup>40</sup> Selbst die Zivilgerichte in einer gänzlich anderen Rechtsmaterie kommen daher zu höchst unterschiedlichen Ergebnissen. Angesichts der Strafbarkeit von bauordnungswidrigem Verhalten mit empfindlich hohen Geldstrafen von bis zu

<sup>30</sup> Cech, Die Bauordnungsnovelle 2018, immolex 2018, 350 [353].

<sup>31</sup> Moritz, BauO Wien (FN 18) Anm zu § 7a.

<sup>32</sup> Zu diesem Begriff s unten Pkt E.3.4.

<sup>33</sup> VwGH 12.12.2017, Ra 2016/05/0068.

<sup>34</sup> Auch aus den von Cech, Bauordnungsnovelle 2018 (FN 30) 350 [353] bemühten Brandschutzvorschriften für Beherbergungsstätten und Heimen ergibt sich das nicht. Denn die strengeren Brandschutzvorschriften für Beherbergungsstätten, Heime (und auch Büros) haben ihren Grund nicht darin, dass Hotelgäste (oder Büroangestellte) den Fluchtweg nicht finden, sondern darin, dass in einem Beherbergungsbetrieb oder Heim (oder Bürogebäude), in der Natur der Sache liegend und sich auch aus den geringeren Raumgrößenanforderungen des § 121 wr BauO im Vergleich zu § 119 wr BauO erschließend, mit viel größeren Menschenansammlungen zu rechnen ist, als in Wohngebäuden, weshalb diese eine andere Fluchtwegkonfiguration erfordern (insb breitere Stufen bzw. mehr als eine Fluchtstiege). Genau das ist bei einem Wohngebäude aber nicht der Fall. Es wohnen in einer Wohnung nicht mehr Bewohner, nur weil diese kurzfristig vermietet wird. Erst recht nicht, wenn ein gesamtes Wohngebäude mit kurzfristigen Vermietungen bewirtschaftet wird, zumal bei kurzfristiger Vermietung auch immer wieder Leerstände auftreten. Eher problematisch sind in diesem Zusammenhang illegale Massenquartiere von Gastarbeitern oder Flüchtlingen.

<sup>35</sup> Beilage Nr 27/2018, LG-401807-2018, EB Seite 8.

<sup>36</sup> VwGH 5.12.1956, 0864/56 = VwSlg 4227 A/1956; VwSlg 11744 A/1985.

<sup>37</sup> Das führt womöglich zu einer problematischen Neudefinition des Gewerblichkeitsbegriffes.

<sup>38</sup> Zum Wohnungsmarktentzug s auch unten Pkt G.

<sup>39</sup> Trapichler, Kurzzeitvermietung, immolex 2018, 172.

<sup>40</sup> Die Presse Online v 6.12.2019, *Airbnb-Mieter müssen mindestens 180 Tage bleiben*, abrufbar unter <https://www.diepresse.com/5734318/airbnb-mieter-mussen-mindestens-180-tage-bleiben>.

EUR 50.000,-<sup>41</sup> widerspricht dieser unbestimmte Gesetzesbegriff daher dem Bestimmtheitsgebot und Klarheitsgebot des Art 7 EMRK und des Art 18 B-VG. Es wird ins Belieben der Behörde bzw der Verwaltungsgerichte gestellt, wann sie eine Vermietung als kurzfristig erachten und wann nicht. Aus der Bestimmung können Rechtsunterworfenen nicht ersehen, wann sie sich strafbar machen oder wann nicht. Eine Bestrafung ist aber nur zulässig, wenn das strafbare Verhalten vom Normadressaten zweifelsfrei als unerlaubt und strafbar erkannt werden kann.<sup>42</sup> Das ist bei dem unbestimmten Begriff „kurzfristig“ nicht der Fall, weshalb die Verletzung der Bestimmung aus verfassungsrechtlicher Sicht meines Erachtens nicht zu einer Bestrafung führen kann.<sup>43</sup>

### 3.4. Beherbergungszwecke

Geht man vom Regelungszweck aus, ist mit „*Beherbergungszwecke*“ schon der geringstmögliche Standard einer Unterkunft, also eine einfache Schlafgelegenheit, gemeint.<sup>44</sup> Der Begriff *Beherbergung* ist drittgerichtet (sich selbst beherbergt man nicht; der konkrete Nutzer wohnt, der Vermieter/Anbieter beherbergt). Auf das Vorliegen eines Beherbergungsbetriebes iSd § 111 Abs 1 Z 1 GewO<sup>45</sup> stellt die Regelung mE nicht ab, da auch die entgeltliche, kurzfristige Zurverfügungstellung einer gänzlich leeren Wohnung für bloß eine Übernachtung und ohne die Erbringung jedweder Dienstleistungen sowohl vom Wortlaut als auch vom intendierten Gesetzeszweck umfasst ist.

### 3.5. Zeitlicher Anwendungsbereich, Änderung der Rechtslage, Rückwirkungsverbot und Vertrauensschutz

Vor der BauO-Novelle 2018 war die kurzfristige Vermietung von Wohnungen in Wohnzonen an Touristen zulässig. Die Touristen nutzen die Wohnungen zu

Wohnzwecken und nicht für gewerbliche Zwecke, also nicht, um dort während ihres einwöchigen Aufenthalts etwa einen Pop-Up-Store zu eröffnen und nach einer Woche wieder zu schließen.

Klar ist, dass aufgrund des Rückwirkungsverbot von Strafnormen eine Bestrafung für die kurzfristige Vermietung vor Inkrafttreten der BauO-Novelle 2018 nicht in Betracht kommt.<sup>46</sup>

Die Frage ist, ob für jene Vermieter, deren Objekt auf einem Baubewilligungsbescheid vor Inkrafttreten der BauO-Novelle 2018<sup>47</sup> gründet, § 7a Abs 3 letzter Halbsatz wr BauO gilt. Dagegen sprechen mE die Grundsätze über die Rechtskraftwirkungen von Bescheiden sowie Vertrauensschutzwägungen.<sup>48</sup>

Eine Ausprägung der Rechtskraftwirkung eines Bescheides im Bereich der BauO ist der Grundsatz, dass baurechtliche Normen – mangels gegenteiliger gesetzlicher Anordnung – grundsätzlich dahingehend auszulegen sind, dass rechtmäßig errichtete Bauwerke und dem Gesetz entsprechend ausgeführte Baumaßnahmen durch eine spätere Änderung der Rechtslage nicht unrechtmäßig werden.<sup>49</sup> Dasselbe gilt für widmungskonforme Nutzungen, zumal die Raumwidmung Teil der Baubewilligung ist. Dieser Grundsatz lässt sich auch an der Rechtslage zu den sog weißen Widmungen erkennen, bei denen die Nutzung zu anderen als zu Wohnzwecken nach wie vor zulässig ist.<sup>50</sup> Auch lässt sich dieser Grundsatz anhand des § 7a Abs 3 erster Satz wr BauO ablesen, bei dem der Gesetzgeber bei der „Versteinerung“ der Nutzung als Wohnung auf die Widmung bzw rechtmäßigen Verwendung „im Zeitpunkt der Festsetzung der Wohnzone“ und auf spätere Neuerrichtungen abstellt, also nicht ändernd, sondern nur „versteinernd“ eingriff.<sup>51</sup>

Für die mit der BauO-Novelle 2018 mit § 7a Abs 3 letzter Halbsatz wr BauO eingeführte weitere Einschränkung der Verwendungsmöglichkeit kann nichts anderes gelten.

Hätte man in rechtskräftige Bewilligungslagen ändernd eingreifen wollen, hätte das einer gesonderten Rückwirkungsanordnung im Gesetz bedurft. Eine solche sieht § 7a Abs 3 letzter Halbsatz wr BauO bzw die

<sup>41</sup> § 135 wr BauO.

<sup>42</sup> Zum verfassungsrechtlichen Bestimmtheits- und Klarheitsgebot von Strafnormen etwa VfGH 12.12.1996, G 36/95 = VfSlg 14.715; VfSlg 11.499, sowie im Detail *Berka/Binder/Kneihs*, Die Grundrechte<sup>2</sup> (2019) 852 ff mwN.

<sup>43</sup> Das VwGH Wien (9.6.2020, VGW-112/077/10380/2019/A) entschied jüngst, dass „unter ‚Kurzfristigkeit‘ [...] eine Vermietungsdauer von typischerweise bis zu etwa 30 Tagen zu verstehen [ist], auch wenn einzelne Vermietungen über diese Zeitspanne hinaus reichen sollten. Eine Vermietung mit der Zielgruppe ‚Touristen‘ stellt eine solche kurzzeitige Vermietung dar, weil Touristen Ferienwohnungen typischerweise für den Zeitraum unter 30 Tagen anmieten und längere Mietdauern die Ausnahme sind.“; siehe dazu bbl 2020/144, 200 (= in diesem Heft).

<sup>44</sup> Die Materialien sprechen von einer „Zurverfügungstellung von Wohnraum für Beherbergungszwecke“ (Blg Nr 27/2018, LG-401807-2018, EB, 8).

<sup>45</sup> Vgl dazu *Erlacher* in *Ennöckl/Raschauer/Wessely*, GewO, Bd 2, § 111 Rz 2 ff, sowie jüngst zu diesem Thema VwGH 3.3.2020, Ro 2019/04/0019.

<sup>46</sup> Art 7 Abs 1 EMRK.

<sup>47</sup> Das ist der 22.12.2018.

<sup>48</sup> Zum Vertrauensschutz als Ausprägung des Gleichheitssatzes zB *Berka/Binder/Kneihs*, Grundrechte (FN 42) 555 ff mN aus Rsp und Lehre.

<sup>49</sup> *Moritz*, BauO Wien (FN 18) Anm zu § 129; vgl dazu VwGH 24.2.2004, 2003/05/0234; 26.4.1988, 87/05/0199; 16.9.2003, 2002/05/0040.

<sup>50</sup> Vgl FN 10.

<sup>51</sup> Auch in Bezug auf Zweitwohnsitzbeschränkungen gehen Landesgesetzgeber so vor, vgl zB § 31 Abs 2 Z 4 sbg ROG, wonach Zweitwohnsitzbeschränkungen nicht für Wohnungen gelten, die bereits vor dem 1. März 1993 für Zwecke des Urlaubs, des Wochenendes oder andere Freizeitwecke oder vor Inkrafttreten einer Zweitwohnsitz-Verordnung oder Kennzeichnung als Zweitwohnung im FWP verwendet worden sind, wenn und soweit dies bau- und raumordnungsrechtlich zulässig war.

BauO-Novelle 2018 aber nicht vor. § 7a Abs 3 letzter Halbsatz wr BauO kann daher auch keinen Einfluss auf die Bescheidlage und die damit mitbewilligten Nutzungsmöglichkeiten, die vor dessen Erlassung gegolten haben, bewirken.

Im Ergebnis bedeutet das, dass eine Nutzung von Wohnungen zu Beherbergungszwecken in einer Wohnzone, gleich ob lang- oder kurzfristig oder an wen (Tourist oder Ansässigem), nach wie vor zulässig ist, wenn der zu Grunde liegende Baubewilligungsbescheid für die jeweilige Wohnung vor dem Inkrafttreten des § 7a Abs 3 letzter Halbsatz wr BauO, also vor dem 22.12.2018, erlassen wurde. Für alle nach dem In-Kraft-Treten der BauO-Novelle 2018 erlassenen Baubewilligungs- oder Umwidmungsbescheide gilt hingegen § 7a Abs 3 letzter Halbsatz wr BauO.

Man darf ferner nicht außer Acht lassen, dass Vermieter, die an Touristen zur kurzfristigen Nutzung angebotenen Wohnungen voll ausgestattet haben und substantielle Investitionen getätigt haben. Eine derart angebotene Wohnung verfügt idR über eine voll ausgestattete Küche, über eine Waschmaschine, ein hochwertiges TV-Gerät, eine Musikanlage, eine Kaffeemaschine, Geschirr, Besteck, Wäsche, Badezimmerausstattung und vollständig möblierte Schlafzimmer und Wohnräume. Solche Investitionen tätigten die Vermieter vor der BauO-Novelle 2018 im Vertrauen auf die bauordnungsrechtlich auch in Wohnzonen zulässige Kurzzeitvermietung. Vermieter, die ihre Wohnungen langfristig vermieten, tätigen solche Investitionen nicht.

Der VfGH hat aus dem Gleichheitssatz – in engen Grenzen – ein Vertrauensschutzprinzip abgeleitet. Im Rahmen dieses verfassungsrechtlichen Vertrauens sind insb Investitionen geschützt, wenn diese durch eine rückwirkende Gesetzgebung oder im Vertrauen auf einen vom Gesetzgeber selbst geschaffenen Vertrauensstatbestand getätigt und anschließend frustriert werden. Sollte man entgegen der hier geäußerten Meinung zur Ansicht gelangen, dass § 7a Abs 3 letzter Halbsatz wr BauO zurück wirkt bzw in bestehende Bewilligungslagen eingreift, wird man die Regelung an den verfassungsrechtlichen Grundsätzen des Vertrauensschutzes messen müssen.<sup>52</sup>

#### 4. Ausbau von Dachgeschossen und Verwendung von Wohnungen in Dachgeschossen

Abs 4 des § 7a wr BauO normiert, dass „in Gebäuden, in denen das Flächenausmaß für Wohnungen das für Büro- oder Geschäftsräume überwiegt, [] der Ausbau von Dach-

geschossen nur für Wohnungen, Hauswaschküchen und die dazugehörigen Nebenräume sowie für Triebwerksräume zulässig [ist]“ und „für die Verwendung der Wohnungen in Dachgeschossen [] Abs 3 sinngemäß [gilt]“.

#### 5. Ausnahmen

Abs 5 des § 7a wr BauO regelt, dass „Ausnahmen von Abs 3 [] auf Antrag durch die Behörde zuzulassen [sind], wenn dadurch in Wohngebieten die im Gebäude für Wohnungen verwendeten Flächen nicht weniger als 80 vH der Summe der Nutzflächen der Hauptgeschosse, jedoch unter Ausschluss des Erdgeschosses betragen; in Wohngebieten und in gemischten Baugebieten sind weiters Ausnahmen von Abs 3 sowie Ausnahmen von Abs 4 zuzulassen, wenn die Wohnqualität in den betroffenen Aufenthaltsräumen durch äußere Umstände wie Immissionen, Belichtung, Belüftung, fehlende sonstige Wohnnutzungen im selben Haus oder die besonders schlechte Lage im Erdgeschoss und ähnliches gemindert ist oder wenn Einrichtungen, die der lokalen Versorgung der Bevölkerung dienen, geschaffen oder erweitert werden sollen oder wenn zugleich anderer Wohnraum in räumlicher Nähe in zumindest gleichem Ausmaß geschaffen wird.“

Liegen die Voraussetzungen für die Ausnahme vor, hat die Behörde die Ausnahme zu bewilligen. Ihr kommt insofern kein Ermessensspielraum zu. Freilich gibt es erheblichen Interpretationsspielraum (und insofern Unsicherheit) bei den Ausnahmen des 2. Halbsatzes.

##### 5.1. Die 80%-Ausnahme (erster Halbsatz des Abs 5)

Die 80%-Ausnahme gilt dem Wortlaut nach nur in Wohngebieten<sup>53</sup>, nicht jedoch in gemischten Baugebieten, was sachlich nicht gerechtfertigt ist, weil die Widmungskategorie „Gemischtes Baugebiet“ in größerem Umfang Nichtwohnnutzungen zulässt als die Widmung „Wohngebiet“ und das Wohnschutzinteresse daher geringer sein muss als in Wohngebieten.<sup>54</sup> Die Ausnahme des ersten Halbsatzes muss daher auch in gemischten Baugebieten gelten. Unklar ist aber, ab welchem Prozentsatz einer Nichtwohnnutzung in gemischten Baugebieten die Ausnahme zu erteilen ist. Die Wiener Baubehörde (Magistratsabteilung 37 – „MA 37“) erachtet einen Prozentsatz von 50% als noch bewilligungsfähig, wobei im Einzelfall auch anders entschieden werden kann. Es empfiehlt sich eine Vorbesprechung mit der Behörde. Eine Klarstellung durch den Gesetzgeber wäre wünschenswert.

Die Berechnung der 80% soll anhand eines Beispiels dargelegt werden:

<sup>52</sup> Änderungen, die nicht zurückwirken, sind idR zulässig, sofern Härten durch Übergangsfristen abgefedert werden – vgl etwa VfSlg 19.663/2012 in Bezug auf eine 2-jährige Übergangsfrist für Pokercasinos, nach der der Betrieb eines Pokercasinos unzulässig wird; ein sofortiges Unzulässigwerden bei Erteilung einer auch nur einzigen Konzession an einen Dritten erklärte der VfGH jedoch als unzulässig.

<sup>53</sup> Widmungskategorie; nicht zu verwechseln mit der Wohnzone als Festlegung im Bebauungsplan.

<sup>54</sup> So schon Geuder/Hauer, Wiener Bauvorschriften<sup>5</sup> (2005), Anm 25 zu § 69 wr BauO.

Geschoss	Nutzfläche in m <sup>2</sup>
KG	80
EG	60
1. OG	100
2. OG	100
3. OG	100
DG	80
Summe Nutzfläche gesamt	520

Zu summieren sind in einem ersten Schritt die Nutzflächen der Hauptgeschosse ohne das EG, also 1. bis 3. OG, somit 300 m<sup>2</sup>. Mindestens 80% dieser Summe müssen für Wohnungen verwendet werden, in dem Beispiel somit 240 m<sup>2</sup>. Für die restliche Nutzfläche, also für 280 m<sup>2</sup> in diesem Beispiel, hat die Baubehörde auf Antrag eine anderweitige Nutzung im Rahmen der sonst möglichen Nutzungen in der jeweiligen Widmungskategorie zu bewilligen. Einer *Widmungserweiterung* zur gewerblichen Nutzung für kurzfristige Beherbergungszwecke gemäß § 7a Abs 3 letzter Halbsatz wr BauO in diesem Ausmaß stünde daher nichts im Wege, da sich die Wohnung und auch die Nutzungsart (es bleibt eine Wohnung und wird als solche verwendet) nicht ändert. Weder wird das Gebäude dadurch zu einer Beherbergungsstätte iSd § 121 wr BauO, noch ist die wr BauO auf bestimmte Raumwidmungsarten beschränkt.

Fraglich könnte sein, ob entgegen dem eindeutigen Wortlaut der Bestimmung die Nutzfläche des Dachgeschosses bei der Berechnungsbasis für die 80% dazugezählt werden muss, weil gemäß Abs 4 leg cit das Verwendungsgebot auch für Dachgeschosse gilt. Dazu bedürfte es einer Gesetzeslücke, die durch Analogie zu schließen wäre. Eine solche liegt mE aber nicht vor. Denn das Gebot, in Dachgeschossen nur Wohnungen auszubauen, wenn Wohnungen die Büro- oder Geschäftsräume überwiegen, gibt es schon seit der Einführung des Verwendungsgebots im Jahr 1976.<sup>55</sup> Seit der Wohnzonen-Novelle 1991 gilt ferner das Verwendungsgebot auch für Dachgeschosswohnungen. Ebenfalls mit der Wohnzonen-Novelle 1991 wurde die 80% Ausnahme (damals noch in § 69 Abs 1 lit k iVm Abs 7 wr BauO geregelt) eingeführt, bei der aber schon damals die Dachgeschossnutzflächen bei der Basis für die 80% nicht zu berücksichtigen waren. Dass, obschon es seither vier BauO-Novellen gab, in denen die Wohnzonenregelung geändert wurde,<sup>56</sup> die Ausnahmeregelung nicht verändert wurde, ist starkes Indiz dafür, dass es sich dabei um keinen Irrtum oder um ein redaktionelles Versehen gehandelt hat, weshalb aufgrund des insofern klaren Wortlautes das Dachgeschoss bei der Berechnungsbasis für die 80% außen vor zu bleiben hat. Auch inhaltlich ist dies nachvollziehbar, wenn man den Vergleich mit dem Erdgeschoss zieht, das bei der Berech-

nungsbasis auch nicht zählt. Dies wohl deshalb – so darf (mangels vorhandener Gesetzesmaterialien) vermutet werden – weil sich in Erdgeschossen oftmals keine oder nur geringe Wohnflächen befinden. Gleiches gilt für Dachböden, die oft gar keine Wohnungen enthalten und in Wohnzonen, wenn die Voraussetzungen dafür vorliegen, auch nicht zwingend zu Wohnungen ausgebaut werden müssen (vgl Abs 4 erster Halbsatz).

## 5.2. Die Ausnahmen des 2. Halbsatzes des Abs 5

Nach dem 2. Halbsatz des Abs 5 sind Ausnahmen vom Verwendungsgebot zuzulassen, wenn (i) die Wohnqualität durch äußere Umstände gemindert ist oder (ii) wenn Betriebe für die lokale Versorgung der Bevölkerung geschaffen werden sollen oder (iii) wenn zugleich anderer Wohnraum in räumlicher Nähe in zumindest gleichem Ausmaß geschaffen wird.

Für die mindere Wohnqualität führt das Gesetz demonstrativ Beispiele an, wobei unklar ist, ab welchem Grad der Minderung eine Ausnahme zuzulassen ist. Der dahinterstehende Zweck dürfte klar sein: Wenn eine Wohnung wegen der schlechten Qualität eine Nutzung als Wohnung zwar theoretisch zulässt, einer zeitgemäßen Wohnqualität aber letztlich nicht entspricht, soll die Wohnnutzung auch nicht mehr zwingend sein (zu denken wäre hier etwa an die Umwidmung einer nicht mehr genutzten, dunklen Erdgeschosswohnung in einen Kinderwagen-/Fahrradabstellraum oder in ein Geschäftslokal). Die MA 37 stellt bei der Wohnqualität zumeist auf den Verkehrslärm an stark befahrenen Straßen ab und fordert zum Nachweis ein medizinisches Gutachten, wonach der Lärm die Gesundheit beeinträchtigen kann.

In Bezug auf die Schaffung von Betrieben für die lokale Versorgung der Bevölkerung ist nicht klar, was unter „lokaler Versorgung der Bevölkerung“ zu verstehen ist. Mit Versorgung könnten Einzelhandelsunternehmen im weitesten Sinn gemeint sein, da diese die Bevölkerung mit Gütern versorgen. Aber auch Dienstleistungsbetriebe sind mE möglich, sofern sie der lokalen Versorgung dienen (zu denke wäre etwa an einen Frisör oder an eine KFZ-Werkstätte). Nicht der *lokalen Versorgung* der Bevölkerung dienen demgegenüber etwa Großhandelsunternehmen, Industrie-, Bürobetriebe und Ämter ohne Dienstleistungskomponente vor Ort, also ohne Kunden- oder Parteienverkehr.

Die Schaffung anderer Wohnräume in räumlicher Nähe im gleichen Ausmaß bietet ebenfalls Auslegungsspielraum und wirft Fragen der Handhabung auf. ME müsste die Schaffung von Wohnraum im selben Objekt zulässig sein, weil Zweck der Norm ist, dass Wohnraum erhalten bleiben muss. Dabei kann es nicht darauf ankommen, ob der Wohnraum im selben Haus oder zB im Nachbarhaus durch Neuschaffung erhalten wird. Wie weit der neu geschaffene Wohnraum entfernt sein darf, sagt das Gesetz nicht. Unklar ist auch, ob der neu geschaffene Wohnraum selbst in einer Wohnzone liegen muss oder nicht. Der Wortlaut des Gesetzes sagt darüber nichts, jedoch könnte der offensichtliche Norm-

<sup>55</sup> S oben Pkt A.

<sup>56</sup> Insb wurde etwa der heutige Abs 5 mit der BauO-Novelle 2009 unverändert in den § 7a verschoben.



zweck nur allzu leicht vereitelt werden, wenn der neu geschaffene Wohnraum außerhalb einer Wohnzone liegt und insofern nachträglich leicht umgewidmet werden könnte. Auch die behördliche Abwicklung wirft Fragen auf. Wahrscheinlich müsste die Neuschaffung von Wohnraum im Ausnahmegewilligungsbescheid als aufschiebende Bedingung, wonach die andere (oder erweiterte) Widmung erst rechtswirksam wird, wenn für den neuen Wohnraum eine Fertigstellungsanzeige vollständig erstattet wurde, oder zumindest als Auflage formuliert werden und für die Neuschaffung ein eigener Baubewilligungsbescheid erlassen werden. Nach der Verwaltungspraxis der MA 37 muss der Ersatzwohnraum zum Zeitpunkt der Ausnahmegewilligung schon bewilligt sein, braucht aber noch nicht fertiggestellt zu sein. Wenn der Ersatzwohnraum im selben Haus geschaffen wird, kann er auch gleichzeitig mit der Ausnahmegewilligung für die Umwidmung von Wohnraum bewilligt werden. Die räumliche Nähe definiert die MA 37 grundsätzlich mit der Größe eines Bezirkes, wobei bezirksübergreifende Lösungen derzeit als zulässig erachtet werden.

Aufgrund des Wortlautes (arg „weitere“) und der unterschiedlichen Tatbestände kann die Ausnahme des zweiten Halbsatzes auch zu einem größeren Prozentsatz an Nichtwohnnutzung führen, als dies nach der Ausnahme des ersten Halbsatzes des Abs 5 möglich wäre.

## 6. Bausperre

In Abs 6 des § 7a wr BauO wird schließlich festgelegt, dass die mit der Wohnzone einhergehenden Verpflichtungen durch eine zeitlich begrenzte Bausperre über ein Stadtgebiet, das in einer Wohnzone liegt, nicht berührt werden.

## F. Rechtsfolgen

Die Verletzung des Verwendungsgebots kann baurechtlich im Wesentlichen zwei mögliche Rechtsfolgen zeitigen: 1. Eine Verwaltungsstrafe gemäß § 135 wr BauO mit bis zu EUR 50.000,-, sowie 2. ein Auftrag gemäß § 129 Abs 1 wr BauO<sup>57</sup>, die baurechtlich nicht zulässige Benützung einzustellen. Ein Auftrag gemäß § 129 Abs 10 wr BauO kommt mE nicht in Betracht.

### 1. Zum Verhältnis zwischen § 129 Abs 1 und Abs 10 wr BauO iZm widmungswidriger Verwendung:

§ 129 Abs 1 wr BauO schreibt vor, dass für „die bewilligungsgemäße Benützung der Räume der Eigentümer (je-

der Miteigentümer) des Bauwerkes verantwortlich“ ist. „Im Falle der Benützung der Räume durch einen anderen geht die Haftung auf diesen über, wenn er vom Eigentümer über die bewilligte Benützung in Kenntnis gesetzt worden ist.“

§ 129 Abs 1 wr BauO stellt auf die bewilligungsgemäße Benützung ab und regelt damit die Art und Weise der Nutzung von Räumen. Dabei kommt es auf die baubehördlich bewilligte Raumwidmung an. Wenn Räume zu Wohnzwecken gewidmet und bewilligt sind und diese nicht zu Wohnzwecken genutzt werden, ist dies somit ein unter § 129 Abs 1 wr BauO zu subsumierender Fall.

§ 129 Abs 10 wr BauO hingegen regelt die Rechtsfolge für Abweichungen von den Bauvorschriften einschließlich der Bebauungsvorschriften, und ordnet an, dass diese zu beheben sind und „ein vorschriftswidriges Bauwerk [...] zu beseitigen“ ist. Wenn die bewilligungsgemäße Benützung von Räumen schon in Abs 1 geregelt ist, ist dem Gesetzgeber nicht zu unterstellen, er wolle denselben Tatbestand, jedoch mit anderen Normadressaten – § 129 Abs 1 wr BauO richtet sich nur dann gegen den Eigentümer, wenn dieser den tatsächlichen Nutzer nicht über die bewilligungsgemäße Benützung in Kenntnis setzte, ansonsten an den tatsächlichen Nutzer – nochmals in Abs 10 regeln. Dass dem so ist, und insb § 7a Abs 3 wr BauO weder Bauvorschrift noch Bebauungsvorschrift ist, zeigt eine systematische Analyse dieser zwei Begriffe:

Den Begriff der Bauvorschrift verwenden folgende Bestimmungen der BauO: § 16 Abs 2, § 62 Abs 7, § 62a Abs 3 und 3a, § 68, § 70a Abs 1, § 118 Abs 3b § 125 Abs 2, § 127 Abs 3 lit b und c, § 128 Abs 2 Z 1 und 2a sowie Abs 3, Abs 3a und Abs 6 und schließlich § 129 Abs 10.

§ 62 Abs 7 wr BauO sieht etwa vor, dass die Fertigstellung von bauanzeigepflichtigen Baumaßnahmen der Baubehörde vom Bauwerber, vom Eigentümer (Miteigentümer) der Bauwerke oder vom Grundeigentümer unter Anschluss einer Erklärung des Bauführers, dass das Bauwerk entsprechend der Bauanzeige und den Bauvorschriften ausgeführt worden ist, zu melden ist. Es geht hier also um die Art und Weise der Ausführung der Baumaßnahmen und nicht um eine bestimmte Art und Weise der Verwendung von Räumen. Das Begriffspaar „Baumaßnahmen ausführen“ belegt, dass es um die physische Tätigkeit des Bauens geht, die den Bauvorschriften entsprechend vorgenommen werden muss.

§ 62a Abs 3 wr BauO sieht vor, dass Anlagen nach Abs 1 (es geht bei dieser Bestimmung um bewilligungsfreie Bauvorhaben) den Bauvorschriften einschließlich den Bebauungsvorschriften entsprechen müssen, andernfalls sie zu beseitigen sind. Auch hier wird deutlich, dass es um das Gebäude („Anlagen“) geht, das in seiner konkreten physischen Ausgestaltung den Bauvorschriften entsprechen muss, ansonsten es zu beseitigen ist. Eine bloße Verwendungsart ist kein Gebäude und keine Anlage. Oder umgekehrt: Nur weil ein an sich den Bauvorschriften entsprechendes Gebäude oder ein den

<sup>57</sup> Fraglich ist aber, ob § 129 Abs 1 wr BauO tatsächlich eine taugliche Grundlage für die Erlassung eines Auftrages sein kann. Das Gesetz bietet dafür keine Grundlage, sondern weist nur die Verantwortlichkeit für die bewilligungsgemäße Nutzung bestimmten Personen zu. Im Gegenzug dazu enthält § 129 Abs 10 wr BauO sehr wohl eine gesetzliche Grundlage, Aufträge zu erlassen.

Bauvorschriften entsprechender Raum widmungswidrig verwendet wird, muss es/er deshalb nicht beseitigt werden.

§ 68 wr BauO behandelt laut seiner Überschrift die Ausnahmen von den gesetzlich festgelegten Bauvorschriften und spricht in Abs 1 wörtlich von Baumaßnahmen: „Die Gründe, die für die Ausführung der Baumaßnahmen sprechen, sind mit den Gründen, die infolge der nicht vollständigen Einhaltung von Bestimmungen hinsichtlich des barrierefreien Bauens dagegen sprechen, abzuwägen.“ In den folgenden Abs 2 bis 4 geht es ebenfalls um verschiedenste bauliche Maßnahmen (Verglasung von Balkonen und Loggien, Gasfeuerstätten und Abgasabfuhr durch die Außenwand, Personenaufzüge, Treppenschrägaufzüge). Auch aus dieser Bestimmung lässt sich ableiten, dass mit dem Begriff der Bauvorschrift jene Vorschriften gemeint sind, die die konkrete bauliche Ausgestaltung von Bauwerken oder ihrer Teile betreffen.

Die vorstehenden Ausführungen treffen auch bei allen weiteren, oben angeführten Bestimmungen der wr BauO, die den Begriff der Bauvorschrift verwenden, gleichermaßen zu, so auch insb bei § 127 Abs 3 lit b) und c) wr BauO, die explizit von der „den Bauvorschriften entsprechenden Herstellung des Rohbaues (Rohbaubeschau)“ und der „den Bauvorschriften entsprechenden Bauführung“ sprechen, sowie bei § 128 Abs 2 Z 1 und 2a, Abs 3 und 3a wr BauO, wonach im Rahmen der Fertigstellungsanzeige die „den Bauvorschriften entsprechende Bauausführung“ nachzuweisen bzw zu erklären ist.

Nichts anderes kann daher aber für § 129 Abs 10 wr BauO gelten, wenn dieser von einer „Abweichung von Bauvorschriften“ spricht. Wenn jede andere Bestimmung der wr BauO, die den Begriff der Bauvorschrift verwendet, auf die technisch-physische Ausführung des Bauwerks abstellt, so kann derselbe Begriff im selben Gesetz an einer einzigen Stelle nicht plötzlich eine gänzlich andere Bedeutung haben. Dass der Begriff der Bauvorschrift in § 129 Abs 10 wr BauO nur auf die konsensgemäße technisch-physische Ausführung, also auf den Zustand eines Objekts abstellt, nicht hingegen auf die konkrete Nutzung, deckt sich nicht nur mit der Rsp des VwGH<sup>58</sup>, sondern ist in Bezug auf die Abgrenzung zu § 129 Abs 1 wr BauO nur folgerichtig.

Mit dem Begriff der Bebauungsvorschrift sind die Vorschriften bzw Bestimmungen des Bebauungsplans gemeint (vgl dazu insb § 69 wr BauO). Hier geht es um die Art und Weise der möglichen Bebauung eines Baugrundstückes (offene/geschlossene Bauweise, bauliche Ausnutzbarkeit des Grundstücks, Gebäudehöhe, Fluchtlinien etc) und ebenfalls nicht um die bewilligungsgemäße Benützung von Räumen, die in § 129 Abs 1 wr BauO abschließend geregelt ist.

§ 129 Abs 1 und Abs 10 wr BauO haben daher keinen gemeinsamen oder auch nur in Teilen deckungsglei-

chen Anwendungsbereich. Abs 1 leg cit regelt die widmungs(konsens)widrige Benützung und Abs 10 die konsenslose Errichtung, die zu beseitigen ist. Eine Wohnung, die nicht also solche verwendet wird, muss deshalb noch lange nicht konsenslos errichtet sein.

## G. Weitere verfassungsrechtliche Überlegungen

Ergänzend zu den kompetenzrechtlichen<sup>59</sup>, strafrechtlichen<sup>60</sup> und vertrauensschutzrechtlichen<sup>61</sup> Anmerkungen sind durch das Verwendungsgebot, in Hinblick auf den mit der BauO-Novelle 2018 eingefügten letzten Halbsatz in § 7a Abs 3 wr BauO, noch andere verfassungsmäßig gewährleistete Rechte beeinträchtigt, so insb die Eigentums- und die Erwerbsfreiheit und die Gleichheit vor dem Gesetz.<sup>62</sup> Diese Einschränkungen bedürften eine gesonderten Untersuchung. Die nachstehenden Ausführungen könnten Ansatzpunkte für eine solche Untersuchung bieten.

Hinsichtlich des tragenden Arguments für die Einführung des § 7a Abs 3 letzter Halbsatz wr BauO, nämlich des Wohnungsmarktanzuges durch die touristische Kurzzeitvermietung von Wohnungen, kann aus städtebau- und bevölkerungspolitischer Sicht kritisch angemerkt werden, dass der Hotelbau in den letzten Jahren in Wien massiv zugenommen hat und nach wie vor zunimmt. Durch die Kurzzeitvermietung an Städtetouristen wird Wohnraum weit weniger verknappt als durch neu gebaute und anschließend unausgelastete Hotels im gesamten Stadtgebiet, deren Fläche für Wohnbebauung genutzt werden hätte können. Zum Stand Dezember 2019 gab es in Wien 422 Hotels mit insgesamt 34.250 Zimmern und 68.200 Betten. Im Jahr 2019 haben in Wien 5 Hotels neu eröffnet, waren 17 in Bau, wovon 13 voraussichtlich im Jahr 2020, drei im Jahr 2021 und eines im Jahr 2022 fertiggestellt werden und sind 5 neue Hotels konkret in Planung, sowie 14 weitere Hotels in Planung, über die aber noch nicht alle relevanten Informationen vorliegen.<sup>63</sup> Durch die neuen bzw ausgebauten Hotels wird die Bettenanzahl auf knapp 77.000 steigen.

Hingegen sind durch touristische Kurzzeitvermietung bei über 920.000 bewohnten Wohnungen ca 0,2% der verfügbaren Wohnungen in Wien betroffen.<sup>64</sup> Diese

<sup>59</sup> S dazu Pkt C.

<sup>60</sup> Pkt E.3.3.

<sup>61</sup> Pkt E.3.5.

<sup>62</sup> Art 2, 5, 6 StGG; Art 1 1. ZP EMRK.

<sup>63</sup> Neue Hotels und Hotelprojekte in Wien, Stand 19. Juni 2019 sowie Dezember 2019, erstellt von Susanna Schweinberger, Wien Tourismus / Vienna Tourist Board, Invalidenstraße 6, 1030 Wien, Österreich, Tel. +43-1-211 14-464; heruntergeladen am 22.7.2020 von [www.vienna.convention.at](http://www.vienna.convention.at); Verwendete Quelle: Magistratsabteilung 23, jährliche Bestandserhebung (Stichtag 31.5.2019).

<sup>64</sup> Seidl/Plank/Kadi, Airbnb in Wien: eine Analyse, interaktiver Forschungsbericht, <http://wherebnb.in/wien> (Stand: 19.10.2017), Wien; Statistik der bewohnten Wohnungen in Wien seit 1991 abrufbar unter <https://www.wien.gv.at/statistik/verkehr-wohnen/tabellen/wohnungen-bewohnt-zr>.

<sup>58</sup> Zu § 129 Abs 10 wr BauO: VwGH Ra 2018/05/0039, Ra 2018/05/0158, Ro 2014/05/0018, 87/05/0103 uva; zu § 129 Abs 1: VwGH 2012/05/0114, 2001/05/0752, 95/05/0179 uva (s aber FN 57).

geringe Menge könnte – insb im Verhältnis zum gleichzeitig bewilligten Ausbau der Hotellerie in Wien – möglicherweise den Eingriff in die Erwerbsfreiheit von Vermietern sachlich nicht gerechtfertigt erscheinen lassen.

Es besteht ferner eine unterschiedliche Behandlung zu gewerblichen Tätigkeiten, die üblicherweise in Wohnungen ausgeübt und von § 7a Abs 3 wr BauO ausdrücklich zugelassen werden, so insb idR freie Berufe (Rechtsanwälte, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer, Ärzte, Zahnärzte, Musikunterricht, Kinderbetreuung etc). Paradoxe Weise wird mit § 7a Abs 3 letzter Halbsatz wr BauO nunmehr genau jene Tätigkeit verboten, die § 7a Abs 3 wr BauO in ihrem Kernbereich eigentlich anordnen möchte, nämlich das Wohnen in Wohnungen. Denn Ärzte, Rechtsanwälte, Steuerberater, Musiklehrer dürfen in den Wohnungen auch arbeiten, aber der Vermieter einer Wohnung darf sie, wenn man dem Wortlaut folgt, nicht kurzfristig vermieten, selbst wenn er auch darin wohnt.<sup>65</sup>

html – Quelle: Statistik Austria – Gebäude- bzw Häuser- und Wohnungszählungen 1991 und 2001; MA 62 / MA 14 – Lokales Melderegister; MA 23 – Wiener Bevölkerungsregister.

<sup>65</sup> Wenn man „gewerblich“ so auslegt, dass immer dann, wenn der Vermieter selbst auch in der Wohnung wohnt,

## H. Ausblick

Verschiedene Regelungsbereiche der Wohnzonenbestimmung sind in ihrer Auslegung, Anwendung und Handhabung noch unklar und vom Verwaltungsgericht Wien bzw den Höchstgerichten noch nicht entschieden. Aufgrund des nach wie vor ungebrochenen Interesses von Städtetouristen an Ferienapartments und den gegensteuernden Maßnahmen der Stadt Wien wird es früher oder später zu gerichtlichen Entscheidungen des Verwaltungsgerichts Wien kommen. Auf Basis der zu beobachtenden, sehr restriktiven und mE exzessiv formalistischen Anwendung der Zulassungsrevision durch den VwGH ist es möglich, dass eine inhaltliche Entscheidung durch den VwGH noch länger auf sich warten lässt; eine Klärung der hier angesprochenen verfassungsrechtlichen Fragestellungen durch den VfGH ist zu erwarten.

keine Gewerblichkeit vorliegt, wäre eine auch immer wiederkehrende oder auch permanente, entgeltliche kurzfristige Vermietung an Touristen zulässig. Das würde aber das bisherige Begriffsverständnis der Gewerblichkeit mE in unvertretbarer Weise ändern (s dazu auch FN 37).

**Mag. Martin Trapichler** ist Rechtsanwalt in Wien mit Schwerpunkt Immobilien- und Bauvertragsrecht sowie Erbrecht und Vermögensnachfolge.

**Publikationen:** Verfasser von wissenschaftlichen Beiträgen sowie Praktikerbeiträgen zum Immobilienrecht, zuletzt Buchbeitrag *Arbeiten in der Wohnung* in *Kainc/Reiber (Hrsg), Mietrecht. Das Casebook*, Manz 2020.

**Korrespondenz:** RA Ing. Mag. Martin Trapichler, Porzellangasse 39, 1090 Wien, +43 (1) 31 0 32 87, E-Mail: martin.trapichler@trapichler.at.