



VERWALTUNGSGERICHT WIEN

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (43 01) 4000 DW 38740
Telefax: (43 01) 4000 99 38740
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at

GZ: VGW-112/093/3762/2020-6
A. B.

Wien, 13.10.2020

Geschäftsabteilung: VGW-S

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien erkennt durch seine Richterin Dr.ⁱⁿ Oswald, LL.M. über die Beschwerde des Herrn A. B. gegen den Bescheid des Magistrates der Stadt Wien, Magistratsabteilung 37, vom 20.2.2020, Zl. MA37/...-2019-1, betreffend einen baupolizeilichen Auftrag zur Unterlassung der gewerblichen Nutzung einer Wohnung für kurzfristige Beherbergungszwecke gemäß § 129 Abs. 10 der Bauordnung für Wien (BO für Wien), nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 13.10.2020,

zu Recht:

I. Gemäß § 28 Abs. 1 und 2 VwGVG iVm § 7a Abs. 3 und § 129 Abs. 1 der Bauordnung für Wien – BO für Wien, LGBl. Nr. 11/1930 idF LGBl. Nr. 71/2018, wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen und der angefochtene Bescheid mit der Maßgabe bestätigt, dass in seinem Spruch an die Stelle der Wortfolge „§ 129 Abs. 10“ die Wortfolge „§ 129 Abs. 1“ tritt.

II. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig.

Entscheidungsgründe

I. Verfahrensgang

1. Mit Bescheid der Magistrates der Stadt Wien, Magistratsabteilung 37, (im Folgenden: belangte Behörde) vom 20.2.2020, Zl. MA37/...-2019-1, dem Beschwerdeführer zugestellt am 25.2.2020, wurde dem Beschwerdeführer gestützt auf § 129 Abs. 10 der Bauordnung für Wien – BO für Wien der baupolizeiliche Auftrag erteilt, auf der Liegenschaft Wien, C.-gasse ONr. 5, Gst.Nr. ..., EZ ..., Katastralgemeinde D., die gewerbliche Nutzung für kurzfristige Beherbergungszwecke der Aufenthaltsräume der Wohnung Top Nr. ... zu unterlassen.

Begründend führt die belangte Behörde aus, dass die gegenständliche Wohnung auf näher genannten Internetplattformen zur kurzfristigen Vermietung angeboten werde. Da die Liegenschaft in einer Wohnzone liege, sei dies gemäß § 7a Abs. 3 BO für Wien unzulässig.

2. Gegen diesen Bescheid erhob der Beschwerdeführer mit Schriftsatz vom 18.3.2020 (Postaufgabe am selben Tag) Beschwerde. Darin bringt er auf das Wesentliche zusammengefasst vor, dass der angefochtene Bescheid sich auf eine verfassungswidrige Rechtsgrundlage stütze. Die Regelung des § 7a Abs. 3 letzter Halbsatz BO für Wien verletze den Beschwerdeführer in seinem Grundrecht auf Eigentum und in seinem Grundrecht auf Erwerbsfreiheit, da seine Dispositionsfreiheit im Hinblick auf die gegenständliche Liegenschaft weitreichend beschränkt werde. Auch das Grundrecht, Liegenschaften zu erwerben und darüber frei zu verfügen, sowie der Gleichheitsgrundsatz, insbesondere in Bezug auf den Vertrauensschutz, würden verletzt werden, zumal der Beschwerdeführer die gegenständliche Wohnung bereits lange vor Inkrafttreten der Bestimmung des § 7a Abs. 3 letzter Halbsatz BO für Wien auf die nunmehr untersagte Art und Weise genutzt habe. Überdies sei die Regelung kompetenzwidrig.

3. Die belangte Behörde sah von der Erlassung einer Beschwerdeentscheidung ab und legte die Beschwerde samt bezughabendem Verwaltungsakt dem Verwaltungsgericht Wien vor.

4. Das Verwaltungsgericht Wien führte am 13.10.2020 eine öffentliche mündliche Verhandlung durch, an der zwei Vertreter der belangten Behörde

teilnahmen. Der Beschwerdeführer erschien trotz ordnungsgemäßer Ladung unentschuldigt nicht zur mündlichen Verhandlung.

II. Feststellungen

Für das Verwaltungsgericht Wien steht folgender entscheidungswesentlicher Sachverhalt als erwiesen fest:

1. Der Beschwerdeführer ist Wohnungseigentümer der Wohnung Nr. ... der Liegenschaft Wien, C.-gasse ONr. 5, Gst.Nr. ..., EZ ..., Katastralgemeinde D..

2. Die Liegenschaft befindet sich in einer Wohnzone gemäß § 5 Abs. 4 lit. a iVm § 7a BO für Wien. Diese wurde mit dem Bebauungsplan, Plandokument ..., Gemeinderatsbeschluss vom 7.4.2017, Pr. Zl. ..., festgesetzt.

3. Die Räume der Wohnung Nr. ... sind baulich zusammenhängend, in sich abgeschlossen und bereits seit 1977 als „Vorraum“, „Zimmer“, „Abstellraum“, „Küche“, „Gang“, „WC“ „Schrankraum“, „Kabinett“ und „Bad“ gewidmet. Sie befindet sich im 6. Obergeschoß des Gebäudes.

4. Seit 2010 wird die gegenständliche Wohnung regelmäßig über unterschiedliche Internetplattformen, etwa „F.com“ oder „G.“, als Unterkunft für Reisende gegen Entgelt vermietet. Die Vermietung erfolgt regelmäßig tageweise für Zeiträume von jeweils unter 30 Tagen. Das Entgelt wird pro Person und Nacht verrechnet. Ein Aufenthalt für zwei Erwachsene für vier Nächte beträgt bei einer Buchung über die Plattform „F.com“ derzeit € 360,--.

Angeboten wird die Übernachtung von gleichzeitig maximal sechs erwachsenen Personen; zur Verfügung stehen zwei Einzelbetten, ein Schlafsofa und ein Doppelbett. Neben der Übernachtung in der voll möblierten Wohnung und der Benützung der Sanitäranlagen werden den Gästen bei ihrem Aufenthalt Bettwäsche, Haartrockner, Bügeleisen, Babybett auf Anfrage etc. sowie Internetzugang und Kabelfernsehen zur Verfügung gestellt; Frühstück ist im Übernachtungsentgelt inbegriffen. Der Beschwerdeführer führt für die Vermietungen Tourismusabgabe ab. Die Gäste holen den Schlüssel in einem nahe gelegenen Hotel ab und bringen ihn nach ihrem Aufenthalt dorthin zurück. Buchungen können bis einige Tage vor der Anreise kostenlos storniert werden.

5. Der Beschwerdeführer ist alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer der B. Gesellschaft m.b.H., die ein Gastgewerbe in der Betriebsart eines Hotels mit Betriebsstätten in Wien, H.-Gasse. Wien, K.-straße und Wien, L.-straße hat.

III. Beweiswürdigung

Die Feststellungen gründen sich auf den gesamten Akteninhalt (Gerichts- und Behördenakt), an dessen Richtigkeit und Vollständigkeit kein Zweifel entstanden ist, das Beschwerdevorbringen sowie auf das Vorbringen der Vertreter der belangten Behörde in der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 13.10.2020.

Im Einzelnen:

1. Dass der Beschwerdeführer Eigentümer der gegenständlichen Wohnung ist, ergibt sich aus einem eingeholten aktuellen Grundbuchsauszug.
2. Die Lage der Liegenschaft in einer Wohnzone ist aus dem im baubehördlichen geografischen Informationssystem der Stadt Wien (BauGis) einsehbaren Bebauungsplan ersichtlich.
3. Die festgestellte Raumwidmung ergibt sich aus dem im Behördenakt inliegenden Bestandsplan und den Ausführungen des Behördenvertreters in der öffentlichen mündlichen Verhandlung, der die entsprechenden Konsenspläne vorwies. Der Beschwerdeführer hat die Raumwidmung im Verfahren nicht bestritten.
4. Die Feststellungen betreffend die Vermietung der gegenständlichen Wohnung an Touristen ergeben sich aus dem Akteninhalt, insbesondere der im Behördenakt inliegenden Abfragen auf der Plattform „F.com“, der im Behördenakt inliegenden Anzeige der Magistratsabteilung 59 vom 8.11.2019 wegen einer Übertretung der Gewerbeordnung 1994 – GewO 1994, wonach an der gegenständlichen Adresse keine Betriebsstätte des von der B. Gesellschaft m.b.H. betriebenen Hotels angezeigt worden sei, der Beschwerdeführer aber telefonisch eingeräumt habe, die gegenständliche Wohnung gewerblich zu nutzen, und einer Internetrecherche auf den Plattformen „F.com“ und „G.“ vom 8.10.2020.

Aus dem Internetauftritt unter dem Titel „Apartment M.“ ergibt sich das festgestellte Angebot der Unterkunft samt den festgestellten Zusatzdienstleistungen. Dass sich das Angebot an Reisende richtet, folgt aus der Bezeichnung „Ferienwohnung“ („F.com“), der Möglichkeit der nächtweisen Buchung, dem Hinweis auf Stornobedingungen, dem Hinweis auf die Abführung von Tourismusabgabe, dem Angebot eines unbegrenzten Frühstücks („F.com“) und dem Hinweis auf nahe gelegene Sehenswürdigkeiten ... auf den Vermittlungsplattformen.

Aus dem Internetauftritt ist auch zu schließen, dass die Vermietung für touristische Zwecke regelmäßig seit 2010 erfolgt. Dies folgt aus einem entsprechenden Vermerk auf der Plattform „F.com“ („Apartment M. heißt F.com-Gäste seit 1. Sept. 2010 willkommen.“) und aus den im Behördenakt inliegenden Ausdrucken von Abfragen auf dieser Plattform, auf denen laufende Kundenbewertungen aus den letzten Jahren ersichtlich sind.

Dass die Vermietung für kurze Zeiträume von jeweils unter 30 Tagen erfolgt, ergibt sich schon daraus, dass die genannten Internetplattformen Unterkünfte für Touristen vermitteln und eine nächteweise Reservierung der gegenständlichen Wohnung möglich ist. Weiters ist auf der Plattform „F.com“ eine Buchung für einen Zeitraum von mehr als 30 Tagen nicht möglich, woraus zu schließen ist, dass die Wohnung regelmäßig für kürzere Zeiträume vermietet wird. Auch der Hinweis auf der Plattform „F.com“, dass im Preis die Tourismusabgabe inbegriffen ist, zeigt auf, dass die Vermietung für kurze Zeiträume erfolgt.

Auf den auf den genannten Internetplattformen enthaltenen Fotos ist ersichtlich, dass die Wohnung möbliert ist und auch Bettwäsche zur Verfügung steht. Die Zusatzangebote sowie die Modalitäten der Schlüsselübergabe sind ebenfalls dem Internetauftritt zu entnehmen.

Im Übrigen stellt der Beschwerdeführer die gewerbsmäßige Vermietung der gegenständlichen Wohnung für kurze Zeiträume zu Beherbergungszwecken in seiner Beschwerde nicht in Abrede, sondern führt – unter Vorbringen verfassungsrechtlicher Bedenken – aus, auf die Rechtmäßigkeit der schon seit langem bestehenden Nutzung vertraut zu haben.

5. Die Feststellungen zur B. Gesellschaft m.b.H. folgen aus eingeholten Auszügen aus dem Firmenbuch und dem Gewerbeinformationssystem Austria. Aus diesen Unterlagen kann nicht geschlossen werden, dass die B. Gesellschaft m.b.H. die gegenständliche Wohnung vermietet, zumal sie an dieser Adresse keine Betriebsstätte aufweist. Auch der Beschwerdeführer brachte nicht vor, dass diese Gesellschaft die Vermietung der gegenständlichen Wohnung durchführe.

IV. Rechtliche Beurteilung

1. Für die gegenständliche Entscheidung ist die folgende Rechtslage maßgeblich:

1.1. Gemäß § 7a Abs. 1 der Bauordnung für Wien – BO für Wien, LGBl. Nr. 11/1930 in der gemäß Art. V Abs. 1 der Bauordnungsnovelle 2020, LGBl. Nr. 61/2020, anwendbaren Fassung LGBl. Nr. 71/2018, können in den Bebauungsplänen aus Gründen der Stadtstruktur, Stadtentwicklung und Vielfalt der städtischen Nutzung des Baulandes sowie Ordnung des städtischen Lebensraumes zur Erhaltung des Wohnungsbestandes sowohl im Wohngebiet als auch im gemischten Baugebiet Wohnzonen ausgewiesen werden.

Gemäß § 7a Abs. 3 BO für Wien sind Aufenthaltsräume in Wohnzonen, die als Wohnung in einem Hauptgeschoß oder Teile einer solchen Wohnung im Zeitpunkt der Festsetzung der Wohnzone gewidmet waren oder rechtmäßig verwendet wurden oder später neu errichtet werden, auch weiterhin nur als Wohnung oder Teile einer Wohnung zu verwenden. Ein Aufenthaltsraum wird nach dieser Bestimmung 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. Nach dem letzten Halbsatz des § 7a Abs. 3 BO für Wien stellt die gewerbliche Nutzung für kurzfristige Beherbergungszwecke keine solche Tätigkeit dar.

Der letzte Halbsatz des § 7a Abs. 3 BO für Wien wurde mit der Bauordnungsnovelle 2018, LGBl. Nr. 69/2018 eingefügt, und ist gemäß Art. VI Abs. 2 der Bauordnungsnovelle 2018 am 22.12.2018 in Kraft getreten.

Gemäß § 7a Abs. 4 letzter Halbsatz BO für Wien gilt für die Verwendung von Wohnungen in Dachgeschoßen § 7a Abs. 3 BO für Wien sinngemäß.

Ausnahmen von § 7a Abs. 3 BO für Wien sind nach § 7a Abs. 5 BO für Wien auf Antrag durch die Behörde zuzulassen, wenn dadurch in Wohngebieten die im Gebäude für Wohnungen verwendeten Flächen nicht weniger als 80 % der Summe der Nutzflächen der Hauptgeschoße, jedoch unter Ausschluss des Erdgeschoßes betragen. In Wohngebieten und in gemischten Baugebieten sind weiters Ausnahmen von § 7a Abs. 3 BO für Wien sowie Ausnahmen von § 7a Abs. 4 BO für Wien 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.

1.2. Gemäß § 87 Abs. 3 BO für Wien sind Aufenthaltsräume Räume, die zum länger dauernden Aufenthalt von Personen bestimmt sind (z.B. Wohn- und Schlafräume, Arbeitsräume, Unterrichtsräume).

Gemäß § 87 Abs. 8 BO für Wien sind Hauptgeschoße solche Geschoße, deren Fußbodenfläche mindestens zur Hälfte ihres Umfanges über dem anschließenden Gelände liegt und die mit keinem Raumteil innerhalb des zulässigen Dachumrisses liegen. Das unterste Hauptgeschoß wird als Erdgeschoß bezeichnet, die darüber befindlichen Hauptgeschoße mit fortlaufender Nummerierung als Stockwerke. Ein einheitliches Geschoß liegt auch dann vor, wenn die Fußböden eines Teiles der Räume oder von Raumteilen um nicht mehr als die Hälfte der Geschoßhöhe nach oben oder unten gegeneinander versetzt sind.

Nebengeschoße sind gemäß § 87 Abs. 9 BO für Wien Geschoße, die den Anforderungen des § 87 Abs. 8 BO für Wien nicht genügen. Die unter dem Erdgeschoß gelegenen Geschoße mit fortlaufender Nummerierung werden als Kellergeschoße und die über dem letzten Hauptgeschoß gelegenen Geschoße mit fortlaufender Nummerierung als Dachgeschoße bezeichnet.

1.3. Gemäß § 129 Abs. 1 BO für Wien ist für die bewilligungsgemäße Benützung der Räume der Eigentümer (jeder Miteigentümer) des Bauwerkes verantwortlich. Im Falle der Benützung der Räume durch einen anderen geht die Haftung auf diesen über, wenn er vom Eigentümer über die bewilligte Benützungsort in Kenntnis gesetzt worden ist. Im Falle der Benützung von Räumen als Heim oder wie Unterkunftsräume in einem Heim haftet jedenfalls nur der Eigentümer.

Gemäß § 129 Abs. 10 BO für Wien ist jede Abweichung von den Bauvorschriften einschließlich der Bebauungsvorschriften zu beheben. Ein vorschriftswidriges Bauwerk, für das eine nachträgliche Bewilligung nicht erwirkt oder eine Bauanzeige nicht rechtswirksam erstattet wurde, ist zu beseitigen. Gegebenenfalls kann die Behörde Aufträge erteilen; solche Aufträge müssen erteilt werden, wenn augenscheinlich eine Gefahr für das Leben oder die Gesundheit von Menschen besteht. Aufträge sind an den Eigentümer (jeden Miteigentümer) des Bauwerkes zu richten; im Falle des Wohnungseigentums sind sie gegebenenfalls an den Wohnungseigentümer der betroffenen Nutzungseinheit zu richten. Im Falle der Verwendung von Flächen zum Einstellen von Kraftfahrzeugen ohne baubehördliche Bewilligung (§ 3 Abs. 1 Z 2 WGarG 2008) durch einen vom Eigentümer (den Miteigentümern) verschiedenen Nutzungsberechtigten sind Aufträge gegebenenfalls an diesen zu richten.

1.4. Die gegenständliche Liegenschaft befindet sich nach Maßgabe des Bebauungsplans, Plandokument ..., Gemeinderatsbeschluss vom 7.4.2017, Pr. Zl. ..., in einer Wohnzone gemäß § 5 Abs. 4 lit. a iVm § 7a BO für Wien.

2. § 7a Abs. 3 BO für Wien ordnet an, dass in Wohnzonen Wohnungen oder Teile von Wohnungen, die im Zeitpunkt der Festsetzung der Wohnzone als solche gewidmet waren oder rechtmäßig verwendet wurden oder später neu errichtet wurden, nur als Wohnung oder Teile einer Wohnung verwendet werden dürfen.

Der mit der Bauordnungsnovelle 2018 eingefügte letzte Halbsatz der Bestimmung normiert, dass die gewerbliche Nutzung für kurzfristige Beherbergungszwecke keine Tätigkeit darstellt, die – wenn auch nicht unmittelbar Wohnzwecken dienend – üblicherweise in Wohnungen ausgeübt wird.

2.1. § 7a Abs. 3 BO für Wien ist im gegenständlichen Fall anwendbar:

Die gegenständliche Liegenschaft befindet sich unstrittig in einer Wohnzone.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist unter einer Wohnung ein baulich in sich abgeschlossener Teil eines Gebäudes zu verstehen, der Menschen zur Unterkunft und Haushaltsführung dient, wobei zum Wohnen neben der Möglichkeit des Aufenthaltes in der Freizeit auch die Möglichkeit zur Haushaltsführung, insbesondere die Möglichkeit, zu kochen, Kleidung, sowie Gebrauchsgegenstände etc. unterzubringen usw., gehört (VwGH 12.12.2017, Ra 2016/05/0068 unter Verweis auf VwGH 18.5.1995, 94/06/0115 zum Begriff der Wohnung nach der Vorarlberger Bautechnikverordnung und dem Vorarlberger Raumplanungsgesetz). Maßgeblich für das Vorliegen einer Wohnung ist demnach, dass mehrere Räume bzw. Aufenthaltsräume baulich so zusammenhängen, dass eine selbständige Haushaltsführung im genannten Sinn möglich ist (vgl. wiederum VwGH 12.12.2017, Ra 2016/05/0068).

Die (im Verfahren unstrittigen) Feststellungen zeigen, dass die im Eigentum des Beschwerdeführers stehenden Räume einen baulich in sich abgeschlossenen Teil des Gebäudes darstellen und sämtliche Räume dieses baulich in sich abgeschlossenen Gebäudeteils aufgrund ihrer Widmung als „Zimmer“, „Küche“, „Bad“, „Schrankraum“ etc. als Aufenthaltsräume iSd § 87 Abs. 3 BO für Wien anzusehen sind, sie also zum länger dauernden Aufenthalt von Personen bestimmt sind. Folglich ist in diesen Räumen eine selbständige Haushaltsführung im oben genannten Sinn möglich, sodass sie – auch bereits zum Zeitpunkt der Festsetzung der Wohnzone – als Wohnung iSd BO für Wien zu qualifizieren sind.

§ 7a Abs. 3 BO für Wien bezieht sich (ungeachtet der sonstigen Voraussetzungen) zwar nur auf Aufenthaltsräume in Wohnzonen mit einer Widmung bzw. Verwendung als Wohnung „in einem Hauptgeschoß“ sowie auf Teile einer solchen Wohnung. Gemäß § 7a Abs. 4 BO für Wien gilt der dritte Absatz des § 7a BO für Wien aber sinngemäß auch für die Verwendung der Wohnungen in Dachgeschoßen. Damit kann dahingestellt bleiben, ob es sich beim 6. Stockwerk, in dem sich die gegenständliche Wohnung befindet, um ein Hauptgeschoß iSd § 87 Abs. 3 BO für Wien oder ein Dachgeschoß iSd § 87 Abs. 9 BO für Wien handelt.

2.2. Gemäß § 7a Abs. 3 letzter Halbsatz BO für Wien ist, wenn § 7a Abs. 3 BO für Wien aufgrund der Raumwidmung anwendbar ist, in Wohnzonen die gewerbliche Nutzung von Wohnungen für kurzfristige Beherbergungszwecke nicht zulässig.

Der letzte Halbsatz des § 7a Abs. 3 BO für Wien wurde der Bestimmung mit der Bauordnungsnovelle 2018, LGBl. 69/2018 angefügt. Nach den Gesetzesmaterialien sollte diese Novelle der „Klarstellung“ dienen, dass eine gewerbliche Nutzung für kurzfristige Beherbergungszwecke nicht „üblicherweise“ in Wohnungen stattfindet (Beilage Nr. 27/2018, LG-401807-2018, Erläuternde Bemerkungen, S. 8).

2.2.1. Der in § 7a Abs. 3 letzter Halbsatz BO für Wien verwendete Begriff „gewerblich“ ist nicht im Sinne der GewO 1994, sondern im Sinne einer regelmäßigen Zurverfügungstellung von Wohnräumen für Beherbergungszwecke gegen Entgelt zu verstehen (so die Gesetzesmaterialien: Beilage Nr. 27/2018, LG-401807-2018, Erläuternde Bemerkungen, S. 8).

Wie aus den Feststellungen zu ersehen ist, erfolgt die Vermietung der gegenständlichen Wohnung an Touristen seit 2010 regelmäßig gegen Entgelt. Die Gewerbsmäßigkeit iSd § 7a Abs. 3 letzter Halbsatz liegt im vorliegenden Fall daher zweifelsohne vor und wird vom Beschwerdeführer auch nicht in Abrede gestellt.

Wenngleich das festgestellte Entgelt für die Übernachtung in der gegenständlichen Wohnung Gewinnerzielungsabsicht (vgl. § 1 Abs. 2 GewO 1994) aufzeigt, ist dies vor dem Hintergrund des gesetzgeberischen Willens, den Begriff der Gewerbsmäßigkeit iSd § 7a Abs. 3 letzter Halbsatz BO für Wien nicht mit dem Gewerbebegriff der GewO 1994 gleichzusetzen, sondern auf die bloße Entgeltlichkeit abzustellen, nicht entscheidungswesentlich (vgl. Beilage Nr. 27/2018, LG-401807-2018, Erläuternde Bemerkungen, S. 8).

Die „Selbständigkeit“ der Vermietung ist nicht als Tatbestandsmerkmal der von § 7a Abs. 3 letzter Halbsatz BO für Wien genannten Gewerbsmäßigkeit anzusehen, weshalb es in diesem Zusammenhang ohne Relevanz bleibt, ob die kurzzeitige Überlassung der Wohnung durch den Eigentümer selbst oder durch eine andere Person (etwa die B. Gesellschaft m.b.H.) erfolgt (siehe wiederum die Gesetzesmaterialien: Beilage Nr. 27/2018, LG-401807-2018, Erläuternde Bemerkungen, S. 8; vgl. auch *Bodmann/Dang*, Wiener Bauordnungsnovelle 2018, ZLB 2019, 3).

2.2.2. Die Vermietung der gegenständlichen Wohnung erfolgt auch „zu Beherbergungszwecken“, zumal die Übernachtung, Nutzung der Möbel und Sanitäreinrichtungen der Wohnung angeboten wird. Aufgrund der Ausstattung der Wohnung, ihrer Anpreisung im Internet, der Möglichkeit, sie nächteweise zu buchen, der zur Verfügung gestellten zusätzlichen Dienstleistungen (Bügeleisen, Haartrockner, Internetzugang, Babybett etc.) und auch der im Preis inbegriffenen Tourismusabgabe spiegelt die vom Beschwerdeführer angebotene Leistung das übliche Erscheinungsbild eines Beherbergungsbetriebes wider (vgl. idZ OGH 16.2.2011, 7 Ob 3/11h zum Begriff des Beherbergungsunternehmens nach § 1 Abs. 2 Z 1 des Mietrechtsgesetzes – MRG und VwGH 27.2.2019, Ra 2018/04/0144 zum Begriff des Gastgewerbes gemäß § 111 Abs. 1 Z 1 GewO). Die den Gästen angebotenen Dienstleistungen sind dem Umfang nach zwar begrenzt, doch handelt es sich dabei jedenfalls um solche, die im Rahmen eines gewöhnlichen Mietverhältnisses üblicherweise nicht bereitgehalten werden (vgl. hierzu – wiederum zu § 111 Abs. 1 Z 1 GewO – VwGH 3.3.2020, Ro 2019/04/0019).

2.2.3. Die Nutzung der gegenständlichen Wohnung zu Beherbergungszwecken erfolgt weiters „kurzfristig“ im Sinne von für kurze Zeiträume. Bei der festgestellten Nutzung der gegenständlichen Wohnung für tageweise Zeiträume von jedenfalls weniger als 30 Tagen ist das Merkmal der Kurzfristigkeit jedenfalls als erfüllt anzusehen (dazu, dass nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes im Zusammenhang mit der Auslegung des § 16 Abs. 2 des Wohnungseigentumsgesetzes 2002 – WEG 2002 Vermietungen für Zeiträume von 2 bis 30 Tagen als „kurzfristig“ anzusehen sind, sodass für eine solche Verwendung einer Wohnung zivilrechtlich u.U. die Zustimmung aller Mitglieder der Eigentümergemeinschaft erforderlich ist: OGH 23.4.2014, 5 Ob 59/14h).

2.2.4. Da das Ermittlungsverfahren nicht ergeben hat, dass der Beschwerdeführer die gegenständliche Wohnung überwiegend selbst nutzt (und etwa nur in

bestimmten Zeiträumen, in denen er sie nicht selbst benötigt, vermietet), muss im vorliegenden Fall nicht beurteilt werden, ob die in den Gesetzesmaterialien zum Ausdruck kommende Einschränkung des Tatbestandes des § 7a Abs. 3 letzter Halbsatz BO für Wien dahingehend, dass eine gewerbliche Nutzung für kurzfristige Beherbergungszwecke nicht vorliegt, wenn in räumlicher und zeitlicher Hinsicht die eigene Nutzung zu Wohnzwecken überwiegt, vom Gesetzeswortlaut gedeckt ist (siehe dazu *Moritz*, BauO für Wien⁶ [2019] Anm. zu § 7a Abs. 3 BO für Wien, 86).

2.3. Die Nutzung der gegenständlichen Wohnung verstößt demnach gegen die Bestimmung des § 7a Abs. 3 letzter Halbsatz BO für Wien, weshalb der Auftrag zur Unterlassung einer solchen Nutzung zurecht ergangen ist.

3. Die belangte Behörde hat den baupolizeilichen Auftrag aber zu Unrecht auf § 129 Abs. 10 BO für Wien gestützt:

Gemäß § 129 Abs. 10 BO für Wien können Aufträge zur Behebung von Abweichungen von den Bauvorschriften einschließlich der Bebauungsvorschriften erteilt werden. Auf § 129 Abs. 10 BO für Wien gestützte Aufträge sind an den Eigentümer (jeden Miteigentümer) des Bauwerkes, im Falle des Wohnungseigentums gegebenenfalls an den Wohnungseigentümer der betroffenen Nutzungseinheit zu richten.

§ 129 Abs. 1 BO für Wien hingegen betrifft die Verantwortung des Eigentümers (eines jeden Miteigentümers) für die bewilligungsgemäße Benützung des Bauwerkes. Diese Haftung des Eigentümers geht im Falle der Benützung der Räume durch einen anderen auf diesen über, wenn die Person vom Eigentümer über die bewilligte Benützungsort in Kenntnis gesetzt worden ist. Der letzte Satz der Bestimmung trifft eine Sonderregelung für die Benützung von Räumen als Heim oder wie Unterkunftsräume in einem Heim.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes kann auf die Bestimmung des § 129 Abs. 1 BO für Wien ein Auftrag zur Einstellung einer konsenswidrigen Benützung bzw. zur Aufrechterhaltung des bewilligungsgemäßen Zustandes gestützt werden (vgl. VwSlg. 8239 A/1972; VwGH 15.9.1987, 87/05/0103).

Das Verwaltungsgericht Wien ist der Auffassung, dass es sich bei einem Verstoß gegen § 7a Abs. 3 BO für Wien nicht um eine Vorschriftswidrigkeit iSd § 129 Abs. 10 BO für Wien, sondern vielmehr um eine Frage der bewilligungsgemäßen Benützung von Räumen iSd § 129 Abs. 1 BO für Wien handelt. Zwar ergibt sich

die Unzulässigkeit der gewerblichen Nutzung bestimmter Objekte für kurzfristige Beherbergungszwecke aus § 7a Abs. 3 BO für Wien – und damit aus dem Gesetz und nicht nur aus der Baubewilligung. Bei näherer Betrachtung beschränkt § 7a Abs. 3 BO für Wien allerdings bloß die zulässige Nutzung bestimmter als Wohnungen gewidmeter (bewilligter) Aufenthaltsräume. In Verbindung mit der Festlegung einer Wohnzone und der baubehördlich bewilligten Widmung eines spezifischen Teils eines Gebäudes als Wohnung bzw. als Teil einer solchen legt § 7a Abs. 3 letzter Halbsatz BO für Wien sohin den Rahmen einer bestimmten (durch die Vorgaben des § 7a Abs. 3 BO für Wien eingeschränkten) „Benutzungsbewilligung“ (vgl. hierzu auch *Moritz*, Bauordnung für Wien⁶ [2019] Anm. zu § 129 Abs. 1 BO für Wien, 386; *Raschauer/Ortner*, Das Ende kurzfristiger Vermietung in Wien? Zur Änderung des § 7a Abs 3 Wr BauO, bauaktuell 2019, 14 [15]; *Chech*, Die Bauordnungsnovelle 2018, immolex 2018, 350 [352]; weiters *Moritz*, Die neuen Wohnzonen in Wien, ImmZ 1991, 337 [339]; *Geuder*, Wohnzonen, Schutzzonen und Bevölkerungspolitik, WoBI 1992, 45 [49]).

Mit anderen Worten: Die bewilligungsgemäße Benützung der Räume iSd § 129 Abs. 1 BO für Wien ergibt sich nicht alleine aus § 7a Abs. 3 BO für Wien, sondern aus der behördlich bewilligten Widmung, an die die gesetzliche Bestimmung bestimmte Verwendungsanforderungen stellt.

Relevanz erlangt die Unterscheidung insbesondere deshalb, da § 129 Abs. 1 BO für Wien aufgrund des differenzierten Adressatenkreises und des eingeschränkten Anwendungsbereiches im Verhältnis zu § 129 Abs. 10 BO für Wien die speziellere Vorschrift darstellt.

Folglich ist die rechtliche Grundlage des gegenständlichen Unterlassungsauftrages nicht in § 129 Abs. 10 BO für Wien, sondern in § 129 Abs. 1 BO für Wien zu erblicken.

§ 129 Abs. 1 BO für Wien normiert die primäre Verantwortlichkeit des Eigentümers (wobei im Fall des Wohnungseigentums gegebenenfalls nur der jeweilige Wohnungseigentümer heranzuziehen ist: *Moritz*, Bauordnung für Wien⁶ [2019] Anm. zu § 129 Abs. 1 BO für Wien, 388). Die in der Bestimmung ebenfalls festgeschriebene Haftung des Bestandnehmers für die bewilligungsgemäße Benützung ist dagegen keine unbedingte und nur insoweit einschlägig, als der Eigentümer als Bestandgeber den Bestandnehmer von der bewilligten Benützungsort in Kenntnis gesetzt und nicht zu einer bewilligungswidrigen Benützung beigetragen hat – andernfalls der Hauseigentümer weiterhin für die

bewilligungsgemäße Benützung der vermieteten Räume durch den Mieter haftet. Die Haftung des Bestandnehmers greift nur dann, wenn er entsprechend über die konsenterte (bzw. nichtkonsenterte) Widmung informiert wurde (siehe VwSlg. 7048 A/1967; VwGH 21.10.1986, 86/05/0113; 6.3.2001, 98/05/0087; 21.9.2007, 2007/05/0123). Das bloße Wissen des Bestandnehmers über die Konsenslosigkeit – ohne In-Kennntnis-Setzung durch den Bestandgeber – reicht dafür nicht aus (VwGH 6.3.2001, 98/05/0087). Wird ein Objekt im Widerspruch zur bewilligten Widmung vermietet, haftet (baurechtlich) dafür der Eigentümer, wenn er den Mieter nicht über die Widmung in Kenntnis setzt (vgl. VwGH 6.3.1990, 89/05/0168).

Basierend auf den Ergebnissen des Ermittlungsverfahrens und unter Beachtung der dargestellten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist auch bei Anwendung des § 129 Abs. 1 BO für Wien jedoch nicht daran zu zweifeln, dass der im vorliegenden Fall bekämpfte Auftrag zutreffender Weise an den Beschwerdeführer adressiert wurde, da weder eine Vereinbarung über eine (dauerhafte) Nutzung der gegenständlichen Wohnung durch eine andere Person als den Beschwerdeführer noch ein In-Kennntnis-Setzen eines allfälligen vom Beschwerdeführer verschiedenen Nutzungsberechtigten festgestellt werden konnte.

4. Aus Anlass des Beschwerdeverfahrens sind beim Verwaltungsgericht Wien keine Bedenken ob der Verfassungskonformität der angewendeten Bestimmung des § 7a Abs. 3 letzter Halbsatz BO für Wien entstanden:

4.1. Der durch die Beschränkung der zulässigen Nutzung in § 7a Abs. 3 letzter Halbsatz BO für Wien gegebene Eingriff in das Grundrecht auf Eigentum (Art. 5 StGG, Art. 1 1. ZPEMRK), die Erwerbsfreiheit und die Liegenschaftsverkehrsfreiheit (Art. 6 StGG) ist nach Auffassung des Verwaltungsgerichtes Wien durch die hinter der Regelung stehenden öffentlichen Interessen gerechtfertigt. Die Regelung soll aus den im öffentlichen Interesse liegenden Gründen der Stadtstruktur, der Stadtentwicklung, der Vielfalt der städtischen Nutzung des Baulandes und der Ordnung des städtischen Lebensraumes (siehe § 7a Abs. 1 BO für Wien) eine Aushöhlung der durch die Bebauungspläne festgesetzten Wohnzonen in touristisch attraktiven Stadtteilen vermeiden und damit u.a. einer Zersiedelung dieser Gebiete vorbeugen (siehe idZ etwa *Kirchmayer*, Die Bauordnungsnovellen 2018 – Wesentliche Änderungen im Wiener Baurecht, bbl 2019, 167 [174]; *Chech*, immolex 2018, 350 [351]; *Holzer*, Das Ende der gewerblichen

Wohnraumvermietung in Wien?, wobl 2020, 167 [170]; vgl. idZ auch die Erwägungen des Gerichtshofes der Europäischen Union zum öffentlichen Interesse an der Bewirtschaftung des Wohnungsmarktes in seinem Urteil vom 22.9.2020, C-724/18 und C-727/18, Cali Apartments SCI ua., Rz. 62 ff).

Zu berücksichtigen ist auch, dass die Regelung nach Maßgabe der übrigen Voraussetzungen des § 7a Abs. 3 BO für Wien sachlich und örtlich beschränkt ist, es sich bei den Wirkungen des § 7a Abs. 3 BO für Wien um keine Enteignungen, sondern um bloße Eigentumsbeschränkungen handelt und nach § 7a Abs. 5 BO für Wien die Möglichkeit besteht, eine Ausnahme zu beantragen.

Dem Beschwerdeführer ist zwar zuzugestehen, dass in diesem Zusammenhang auch Vertrauensschutzerwägungen zu berücksichtigen sind. Nach Auffassung des Verwaltungsgerichtes Wien ist das öffentliche Interesse an dem vom Gesetzgeber nachträglich aufgestellten Erwerbshindernis aber gewichtiger als das Interesse an der weiteren unbeschränkten Ausübung der grundrechtlich geschützten Erwerbstätigkeit (vgl. idZ VfSlg. 13.177/1992, 20.125/2016). Dabei ist im Übrigen zu beachten, dass es sich bei der maßgeblichen Regelung nach den Gesetzesmaterialien bloß um eine „Klarstellung“ (siehe Beilage Nr. 27/2018, LG-401807-2018, Erläuternde Bemerkungen, S. 8) handeln sollte, mit Blick auf die ersten beiden Sätze des § 7a Abs. 3 BO für Wien also schon vor Anfügung des letzten Halbsatzes des § 7a Abs. 3 BO für Wien von einer Unzulässigkeit der gewerblichen Nutzung für kurzfristige Beherbergungszwecke in den betroffenen Räumen ausgegangen werden konnte.

Den im Verfahren vorgetragenen gleichheitsrechtlichen Bedenken schließt sich das Verwaltungsgericht Wien schon deshalb nicht an, weil die unterschiedliche Behandlung der gewerbsmäßigen Nutzung einer Wohnung durch kurzfristige Vermietung zu Beherbergungszwecken einer- und durch langfristige Vermietung zu Wohnzwecken andererseits vor dem Hintergrund der oben angeführten, hinter der Regelung stehenden öffentlichen Interessen mit wesentlichen Unterschieden im Tatsächlichen korrespondiert.

4.2. Auch die vom Beschwerdeführer vorgebrachten kompetenzrechtlichen Bedenken lassen keine Zweifel an der Verfassungskonformität des § 7a Abs. 3 letzter Satz BO für Wien erkennen:

Nach Auffassung des Verwaltungsgerichtes Wien dient diese – in die Regelung der Wohnzonen nach § 7a BO für Wien eingebettete und die (baurechtlichen)

Rechtsfolgen der Festsetzung einer Wohnzone näher ausgestaltende – Bestimmung im Kern der Festlegung verschiedener Bauwerks- bzw. Gebietstypen mit jeweils spezifischen Anforderungen und sohin einer gesamthaften Ordnung des städtischen Raumes (siehe wiederum § 7a Abs. 1 BO für Wien). In diesen Sinn kann der letzte Halbsatz des § 7a Abs. 3 BO für Wien als eine Regelung der „planmäßigen und vorausschauenden Gesamtgestaltung eines bestimmten Gebietes in bezug auf seine Verbauung, insbesondere für Wohn[zwecke]“, also eine Lenkung der Stadtgestaltung, angesehen werden. Folglich ist die Vorschrift als Regelung des Raumordnungswesens anzusehen, das gemäß Art. 15 Abs. 1 B-VG insoweit in die Gesetzgebungskompetenz der Länder fällt, als nicht etwa einzelne planende Maßnahmen, wie insbesondere auf den Gebieten des Eisenbahnwesens, des Bergwesens, des Forstwesens und des Wasserrechts, nach Art. 10 bis 12 B-VG der Gesetzgebungskompetenz des Bundes vorbehalten sind (VfSlg. 2674/1954).

Mag die Anordnung des letzten Halbsatzes des § 7a Abs. 3 BO für Wien auch mittelbare Wirkungen auf die dem Kompetenztatbestand „Volkswohnungswesen“ gemäß Art. 11 Abs. 1 Z 3 B-VG zuzuordnende „Wohnraumbewirtschaftung“ haben (vgl. hierzu VfSlg. 3421/1958) und zweifellos ein Naheverhältnis zu dieser Kompetenzgrundlage aufweisen, ist sie aus den genannten Gründen als eine die baurechtlichen Rechtsfolgen der raumordnungsrechtlichen Bestimmungen über Wohnzonen näher konkretisierende Regelung und nicht als eine der Bundeskompetenz nach Art. 11 Abs. 1 Z 3 B-VG unterfallende Angelegenheit anzusehen, zumal sie nicht primär der Lenkung des Wohnungsmarktes, sondern vielmehr der Stadtgestaltung dient (vgl. auch *Holzer*, wobl 2020, 167; *Moritz*, Bauordnung für Wien⁶ [2019] Anm. zu § 7a Abs. 1 BO für Wien, 85).

In der Regelung ist entgegen dem Vorbringen des Beschwerdeführers auch keine Angelegenheit des Gewerbes iSd Art. 10 Abs. 1 Z 8 B-VG zu erblicken. Sie dient offenkundig keinem gewerbepolizeilichen Zweck (Schutz des Gewerbes, Abwehr von vom Gewerbebetrieb unmittelbar ausgehenden Gefahren für die Gewerbetreibenden und ihre Arbeitnehmer, die Kunden, andere Gewerbetreibende oder als Nachbarn sonst von der Gewerbetätigkeit unmittelbar betroffene Personen sowie Konsumentenschutz, siehe dazu nur *Th. Müller* in Kneihls/Lienbacher [Hrsg], Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht 16. Lfg (2015), Art. 10 Abs. 1 Z 8 1. Tb. B-VG, Rz 16 ff.; VfSlg. 10.831/1986; 17.022/2003), sondern, verfolgt,

wie erörtert, allgemeine raumordnungsrechtliche Ziele der Stadtgestaltung und Stadtentwicklung (vgl. idZ VfSlg. 19.629/2012).

4.3. Da beim Verwaltungsgericht Wien sohin keine Bedenken ob der Verfassungskonformität der angewendeten Gesetzesbestimmungen entstanden sind, sieht sich das Verwaltungsgericht Wien nicht veranlasst, einen Antrag an den Verfassungsgerichtshof gemäß Art. 89 Abs. 2 iVm Art. 140 Abs. 1 Z 1 lit. a B-VG zu stellen.

5. Die Beschwerde war daher im Ergebnis abzuweisen.

Die Modifikation des Spruches des angefochtenen Bescheides war notwendig, da der gegenständliche Bauauftrag auf § 129 Abs. 1 BO für Wien zu stützen ist (siehe dazu oben Pkt. IV.3.).

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes konstituiert die von der belangten Behörde verfügte Maßnahme die „Sache“ des behördlichen Verfahrens und bestimmt damit gleichzeitig die Grenzen der Entscheidungsbefugnis des Verwaltungsgerichtes. Dem Verwaltungsgericht ist es (bloß) erlaubt, die von der Behörde verfügte Entscheidung zu konkretisieren, nicht aber sie wesentlich abzuändern, sodass letztlich „andere“ Anordnungen getroffen werden (VwSlg. 5949 A/1963; VwSlg. 8848 A/1975; VwGH 22.1.1998, 97/06/0188; 13.12.2004, 2001/06/0117; vgl. auch VwGH 9.3.1998, 98/10/0039 und VwGH 16.11.2015, Ra 2015/12/0044). In jedem Fall zulässig ist hingegen eine andere rechtliche Qualifikation des vorgehaltenen Sachverhaltes (VwGH 23.2.2011, 2010/06/0274; VwSlg. 19.091 A/2015).

Da der an den Beschwerdeführer gerichtete Auftrag zur Unterlassung der gewerblichen Nutzung der gegenständlichen Wohnung für kurzfristige Beherbergungszwecke nicht im Sinne einer Auswechslung oder Ausweitung der Verpflichtung verändert wird, ist eine Korrektur der rechtlichen Grundlage des Auftrages zulässig.

6. Die ordentliche Revision ist zulässig, da im gegenständlichen Verfahren Rechtsfragen zu lösen waren, denen im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil zur Bestimmung des § 7a Abs. 3 letzter Satz BO für Wien sowie zur Frage, ob ein damit in Zusammenhang stehender baupolizeilicher Auftrag auf § 129 Abs. 1 oder auf § 129 Abs. 10 BO für Wien zu stützen ist, noch keine einschlägige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes vorliegt.

B e l e h r u n g

Gegen dieses Erkenntnis besteht die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer ordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Die Beschwerde bzw. Revision ist innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung der Entscheidung durch eine bevollmächtigte Rechtsanwältin bzw. einen bevollmächtigten Rechtsanwalt abzufassen und ist die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder die ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Für die Beschwerde bzw. die Revision ist eine Eingabengebühr von je EUR 240,-- beim Finanzamt für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel zu entrichten.

Es besteht die Möglichkeit, Verfahrenshilfe für das Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof bzw. Verfassungsgerichtshof zu beantragen.

Verfahrenshilfe ist einer Partei soweit zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen als sie außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint. Der Antrag auf Verfahrenshilfe ist für ein Beschwerdeverfahren vor dem Verfassungsgerichtshof unmittelbar beim Verfassungsgerichtshof einzubringen. Für ein ordentliches Revisionsverfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof ist der Antrag beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Dies in beiden Fällen jeweils innerhalb der oben genannten sechswöchigen Beschwerde- bzw. Revisionsfrist.

Ferner besteht die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Der Verzicht hat ausdrücklich zu erfolgen und ist bei einem Verzicht auf die Revision dem Verwaltungsgericht, bei einem Verzicht auf die Beschwerde bis zur Zustellung der Entscheidung dem Verwaltungsgericht, nach Zustellung der Entscheidung dem Verfassungsgerichtshof schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Der Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision bzw. Beschwerde nicht mehr zulässig ist. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

Verwaltungsgericht Wien

Dr.ⁱⁿ Melina Oswald, LL.M.