

MASTER THESIS | MASTER'S THESIS

Titel | Title

Eine rechtliche Analyse der Airbnb-Vermietung mit Fokus auf
Ostösterreich

verfasst von | submitted by

Mag.iur. Kevin Kusolitsch

angestrebter akademischer Grad | in partial fulfilment of the requirements for the degree of
Master of Laws (LL.M.)

Wien | Vienna, 2025

Studienkennzahl lt. Studienblatt | Degree
programme code as it appears on the
student record sheet:

UA 992 361

Universitätslehrgang lt. Studienblatt |
Postgraduate programme as it appears on
the student record sheet:

Wohn- und Immobilienrecht (LL.M.)

Betreut von | Supervisor:

Univ.-Prof. Mag. Dr. Helmut Ofner LL.M.

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	4
I. Einleitung	7
A. Problemstellung:.....	7
B. Aufbau und Zielsetzung	7
II. Zivilrechtliche Aspekte	8
A. Rechtsverhältnisse der Airbnb-Vermietung	8
1. Die Nutzungsbedingungen	9
2. Kündigungsrechte	10
3. Anwendbares Recht	10
B. Abgrenzung von Raummiete und Beherbergung	11
1. Weitere Ausnahmetatbestände	12
2. Zwischenfazit.....	14
C. Mietrecht	14
1. Vollanwendungsbereich MRG.....	14
2. Teilanwendungsbereich MRG	20
3. Anwendungsbereich ABGB.....	20
4. WGG.....	21
D. Eigentumsrecht.....	24
1. Wohnungseigentumsrecht.....	24
2. Schlichtes Miteigentum.....	30
3. Alleineigentum.....	31
E. Zivilrechtliche Abwehrmöglichkeiten.....	31
1. Eigentumsfreiheitsklage § 523 ABGB.....	31
2. Actio Publiciana § 372 ABGB.....	32
3. Nachbarrechtliche Ansprüche nach § 364 Abs 2 ABGB	32
4. Besitzstörungsklage § 339 ABGB	33
F. Zwischenfazit zu zivilrechtlichen Aspekten.....	33
III. Bau- und Raumordnungsrecht.....	35
A. Allgemeines.....	35
B. Wr. BauO	35
1. Bewilligungspflicht.....	35
2. Wohnzonen	37
3. 90-Tage Ausnahme	42
4. Konsequenzen bei Verstoß.....	43
C. Wiener Zweitwohnsitzabgabegesetz	44

D.	Burgenland	47
E.	Niederösterreich	50
F.	Fazit zum Bau- und Raumordnungsrecht	51
IV.	Gewerbeordnung	53
A.	Beherbergungsbetrieb	54
1.	Definition	54
2.	Betriebsanlage	56
B.	Privatzimmervermietung	58
C.	Einstufungen innerhalb der GewO	61
D.	Konsequenzen bei Verstoß gegen die GewO	62
E.	Fazit zur Gewerbeordnung	63
V.	Melderecht und Tourismusrecht	64
A.	Meldegesetz	64
B.	Tourismus-Statistik-Verordnung	66
C.	Strafbestimmungen	67
D.	Tourismusabgaben	67
1.	Wiener Tourismusförderungsgesetz	67
2.	Burgenland	70
3.	Niederösterreich	74
E.	Fazit zu Melderecht und Tourismusrecht	76
VI.	Steuerrechtliche Aspekte	77
A.	Allgemeines	77
B.	Einkommenssteuer	77
C.	Umsatzsteuer	82
D.	Fazit zu steuerlichen Aspekten	84
	Abstract	86
	Literaturverzeichnis	90
	Entscheidungsverzeichnis	92
	Quellenverzeichnis	94

Abkürzungsverzeichnis

ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
Abs	Absatz
arg	argumento
Art	Artikel
BAO	Bundesabgabenordnung
BFG	Bundesfinanzgericht
BGBI	Bundesgesetzblatt
Bgld BauG	Burgenländisches Baugesetz
Bgld RPG	Burgenländisches Raumplanungsgesetz
Bgld TG 2021	Burgenländisches Tourismusgesetz 2021
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz
bzw	beziehungsweise
ca	circa
DBVerwG	Deutsches Bundesverwaltungsgericht
ErlRV	Erläuternde Bemerkungen der Regierungsvorlage
EstG	Einkommenssteuergesetz
EZ	Einlagezahl
etc	et cetera
FAGG	Fern- und Auswärtsgeschäfte-Gesetz
GBV	gemeinnützige Bauvereinigung
gem	gemäß
GewO 1994	Gewerbeordnung 1994
GfV	Genehmigungsfreistellungsverordnung
grds	grundsätzlich
idF	in der Fassung
idR	in der Regel

insb	insbesondere
IO	Insolvenzordnung
iSd	im Sinne der/des
iVm	in Verbindung mit
iW	im Wesentlichen
JN	Jurisdiktionsnorm
KSchG	Konsumentenschutzgesetz
LGBl	Landesgesetzblatt
Lit	Literatur
LVwG	Landesverwaltungsgericht
mE	meines Erachtens
MRG	Mietrechtsgesetz
mwN	mit weiteren Nachweisen
NÖ TourG 2023	Niederösterreichisches Tourismusgesetz 2023
Og	oben genannte(n)
OGH	Oberster Gerichtshof
Rsp	Rechtsprechung
stRsp	ständige Rechtsprechung
UStG	Umsatzsteuergesetz
USt	Umsatzsteuer
UWG	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984
VfGH	Verfassungsgerichtshof
VO	Verordnung
VuV	Vermietung und Verpachtung
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
WE	Wohnungseigentümer
WEG	Wohnungseigentumsgesetz

WGG	Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetz
Wr BauO	Wiener Bauordnung
WTFG	Wiener Tourismusförderungsgesetz
WZWAG	Wiener Zweitwohnsitzabgabegesetz
Z	Ziffer
zB	zum Beispiel

I. Einleitung

A. Problemstellung:

Die touristische Kurzzeitvermietung von Wohnraum hat in den letzten Jahren extrem an Relevanz gewonnen. Vor allem großen Buchungsplattformen wie zB Airbnb oder Booking.com kommt hierbei aufgrund ihrer Marktdominanz eine entscheidende Rolle zu. Da Wohnraum immer knapper wird, werden auch die Stimmen gegen diese Art der Nutzung von Wohnraum immer lauter, weil so, eigentlich freier, Wohnraum dem langfristigen Wohnungsmarkt entzogen wird. Die Beschränkung solcher Nutzungsformen ist damit längst zu einer der relevantesten gesellschaftspolitischen Fragen im Bereich des Wohnrechts geworden. Durch immer strengere Regeln wird versucht das Problem in den Griff zu bekommen.

Dabei greift der Gesetzgeber aber längst nicht nur auf Instrumente des Wohnrechts zurück. Die touristische Kurzzeitvermietung bildet nämlich eine Querschnittsmaterie aus den verschiedensten Bereichen des Privatrechts und des öffentlichen Rechts.

Neben den klassischen wohnrechtlichen Fragen, die sich aus dem ABGB, MRG, WGG, WEG und sonstigen wohnrechtlichen Bestimmungen ergeben, gilt es für potentielle Kurzzeitvermieter, die ihre Leistungen auf den einschlägigen Onlineplattformen anbieten, auch eine Vielzahl an Fragen und Problemstellungen aus dem Steuerrecht, Gewerberecht, der jeweiligen Bauordnung bzw dem jeweiligen Raumordnungsrecht oder aus dem Tourismusrecht (Tourismusabgaben, Meldepflichten etc) zu beachten. Hier nicht den Überblick zu verlieren, kann auch für Vermieter mit besten Absichten nicht immer ganz einfach sein. Man denke hier nur einmal an die verschiedenen Gewerblichkeitsbegriffe im Mietrecht, Steuerrecht oder Gewerberecht.

Gleichzeitig stößt diese Art der Vermietung bei betroffenen Parteien, wie Nachbarn, häufig auf wenig Gegenliebe. Auch für diese Parteien ist es oft nicht leicht ersichtlich, welche Möglichkeiten zur Abhilfe gegen unerwünschte touristische Kurzzeitvermietungen zur Verfügung stehen.

B. Aufbau und Zielsetzung

Die gegenständliche Arbeit soll, am Beispiel des Geschäftsmodells von Airbnb, dem Anwender und potentiellen Airbnb-Gastgeber eine kompakte Übersicht, über die zahlreichen und teilweise komplexen Rechtsbereiche, die im Rahmen der Airbnb-Vermietung zu beachten sind, bieten und gleichzeitig auch einen Überblick für, von der Vermietung betroffene Parteien geben, welche Ansprüche zur Verteidigung gegen unzulässige Airbnb-Vermietungen zur Verfügung stehen. Der Fokus bei landesrechtlichen Materien, wie den Bauordnungen oder dem Tourismusrecht liegt auf Ostösterreich, konkret Wien, Niederösterreich und Burgenland.

Die Master-Thesis gliedert sich in drei große Teile, die wiederum in die einzelnen Teilaspekte unterteilt werden. Die Arbeit beginnt mit einem zivilrechtlichen Teil, in dem verschiedenste Konstellationen einer Airbnb-Vermietung beleuchtet werden und auf möglicherweise einschlägige Gesetze näher eingegangen

wird. Dabei wird nach mietrechtlichen Aspekten, wohnungseigentumsrechtlichen Aspekten und sonstigen Aspekten des Privatrechts unterschieden. Auch auf die Rechtsbeziehung zwischen der Buchungsplattform Airbnb und dem Vermieter, der seine Leistungen über die Plattform anbietet, wird eingegangen.

Im zivilrechtlichen Teil der Arbeit soll zum einen der Unterschied zwischen ABGB und MRG im Rahmen einer Airbnb-Vermietung herausgearbeitet und aufgezeigt werden. Insbesondere auf die Unterschiede, die sich aus der Qualifikation des Vertrags als Mietvertrag bzw. Beherbergungsvertrag ergeben wird näher eingegangen. Weiters sollen für die Gruppe der Mitmieter bzw. Wohnungseigentümer die einzelnen Abwehr- bzw. Handlungsmöglichkeiten bei unzulässiger Airbnb-Vermietung kompakt herausgearbeitet werden.

Der zweite Abschnitt befasst sich mit dem großen Block des öffentlichen Rechts. Dieser Teil gliedert sich grob weiter in landesrechtliche Materien, wie die Bauordnungen und die Tourismusgesetze der einzelnen Bundesländer und die bundesrechtlichen Materien wie Gewerberecht, Steuerrecht oder Melderecht. Bei den Landesgesetzen soll explizit auch das derzeit im Entwurf befindliche Wiener Zweitwohnsitzabgabegesetz beleuchtet werden.¹

Sowohl im zivilrechtlichen als auch im öffentlich-rechtlichen Teil wird immer auch die aktuelle Judikatur der einzelnen Bereiche kritisch beleuchtet und es sollen Widersprüche aufgezeigt werden.

Im letzten Teil werden die Erkenntnisse aus den einzelnen Bereichen in einem Fazit zusammengeführt. Dieses Fazit soll als eine Art Schritt für Schritt – Anleitung für die Praxis fungieren, in dem die wichtigsten „to do’s“, samt den im Zuge der Arbeit gewonnenen Erkenntnissen, nochmals kompakt dargestellt werden.

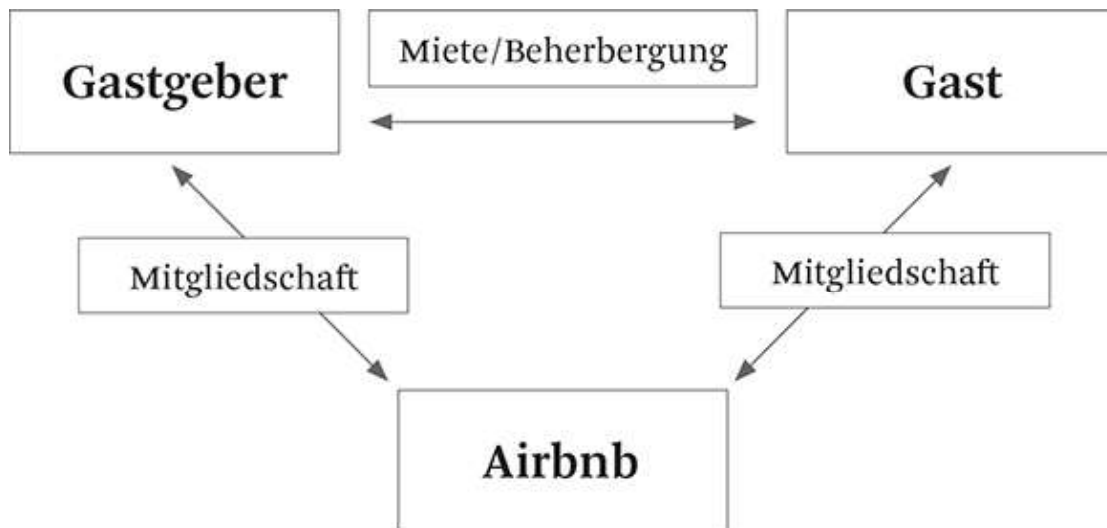
Zur besseren Lesbarkeit wird in dieser Masterarbeit das generische Maskulinum verwendet. Die in dieser Arbeit verwendeten Personenbezeichnungen beziehen sich auf alle Geschlechter.

II. Zivilrechtliche Aspekte

A. Rechtsverhältnisse der Airbnb-Vermietung

Um sämtliche zivilrechtliche Aspekte beleuchten zu können, werden anfangs alle möglichen Rechtsverhältnisse, die Rahmen einer Airbnb-Vermietung entstehen können, sowie die Airbnb-Nutzungsbedingungen vorgestellt, wobei hier jeweils nur die wichtigsten Bestimmungen überblicksmäßig dargestellt werden. Die möglichen Vertragskonstellationen bzw. Rechtsverhältnisse bestehen im Wesentlichen aus: 1. Airbnb-Gastgeber – Airbnb; 2. Airbnb-Gastgeber – Airbnb-Gast; 3. Airbnb-Gast – Airbnb und sehen grafisch dargestellt wie folgt aus:

¹ <https://www.wien.gv.at/recht/landesrecht-wien/begutachtung/pdf/2023011.pdf>



2

1. Die Nutzungsbedingungen

Die aktuellen Nutzungsbedingungen³ sind jederzeit auf der Website von Airbnb ersichtlich und legen unter anderem die Rolle von Airbnb im Rahmen einer Vermietung über die Plattform fest. Im Vorwort der Nutzungsbedingungen wird klargestellt, dass diese sowohl für Gastgeber als auch für Gäste (Airbnb verwendet den Sammelbegriff „Mitglieder“) gelten und einen bindenden Vertrag zwischen Airbnb und den Mitgliedern darstellen. Auf der Plattform können die Mitglieder Services veröffentlichen, anbieten, suchen und buchen.

Auf Seiten von Airbnb gibt es eine Vielzahl an Unternehmen, Vertragspartner ist je nach Land jeweils das Unternehmen laut Anhang 1 der Nutzungsbedingungen, für Tätigkeiten in Österreich kommen, je nach Aktivität, Airbnb Travel, LLC, bzw. Airbnb Ireland UC als Vertragspartner in Frage.⁴

Weiters wird klargestellt, dass Airbnb selbst NICHT Vertragspartei bei Verträgen zwischen Gastgebern und Gästen wird.

Punkt 5.2 stellt klar, dass der Gastgeber für die Einhaltung sämtlicher gesetzlicher Rahmenbedingungen im Zuge der Vermietung verantwortlich ist und weist explizit auf, möglicherweise bestehende, Beschränkungen und Vorschriften für Kurzzeitvermietungen hin.

Unter Pkt 7 wird dies auch für sämtliche steuerliche Verpflichtungen festgelegt, Airbnb weist außerdem in Pkt 7.3 darauf hin, dass es in bestimmten Rechtsordnungen dazu verpflichtet sein könnte, steuerliche Informationen über den Gastgeber einzuholen und zu melden und behält sich daher in diesem

² Seidl, Handbuch Kurzzeitvermietung, Erster Teil, Rechtsverhältnisse der Airbnb-Vermietung (Stand 15.7.2023, rdb.at) Rz 6.

³ <https://www.airbnb.at/help/article/2908>

⁴ https://assets.airbnb.com/help/Terms_of_Service_for_European_Users_-_German_June_2024.pdf?disposition=inline#_gl=1*156g4gn*FPAU*NzI2OTAwNTY4LjE3MzM1NjE0MDY.

Zusammenhang das Recht vor, Auszahlungen zurückzuhalten, bis entsprechende Unterlagen vorgelegt werden.⁵

2. Kündigungsrechte

Gemäß Punkt 13 bleiben die Nutzungsbedingungen während der gesamten Nutzungsdauer der Plattform durch die Mitglieder aufrecht. Mitglieder können die Bedingungen jederzeit kostenlos, per Mail oder durch Löschung des Kontos, kündigen und die Plattform verlassen.

Auch Airbnb selbst hat das Recht das Vertragsverhältnis unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von 30 Tagen zu kündigen. Ein außerordentliches Kündigungsrecht seitens Airbnb besteht, wenn ein Mitglied „in erheblichem Maße“ gegen die „Pflichten aus diesen Nutzungsbedingungen“, gegen die „zusätzlichen rechtlichen Bestimmungen oder Richtlinien“ oder gegen geltendes Recht verstößt. Außerdem auch, sofern die Kündigung „notwendig ist, um die persönliche Sicherheit oder das Eigentum von Airbnb, seinen Mitgliedern oder Dritten zu schützen (zum Beispiel im Falle von betrügerischem Verhalten eines Mitglieds)“ oder wenn das Nutzerkonto über zwei Jahren inaktiv ist.⁶

3. Anwendbares Recht

Punkt 23 legt für das Vertragsverhältnis Airbnb-Mitglied irisches Recht fest, es sei denn Verbraucherschutzvorschriften des Wohnsitzlandes des jeweiligen Mitglieds sehen günstigere Regeln vor. *Seidl*⁷ beschäftigt sich mit der Zulässigkeit dieser Klausel im Lichte der Rom I-VO und kommt zu dem Ergebnis, dass die Vereinbarung grundsätzlich zulässig und daher irisches Recht anwendbar sei, allerdings aufgrund des § 13a Abs 2 KSchG, § 6 KSchG sowie die §§ 864a, 879 Abs 3 ABGB dennoch zur Anwendung kämen.

Die Frage des anwendbaren Rechts ist vor allem aus Sicht eines Gastgebers, jedoch eher im Verhältnis Gastgeber-Gast entscheidend, da es hier häufig zu Konstellationen kommen wird, in denen beide Parteien ihren Wohnsitz nicht im selben Land haben. Die Rechtswahlklausel aus den Airbnb-Nutzungsbedingungen kommt hier nicht zur Anwendung, sodass die Wahl des anwendbaren Rechts nach der Rom I-VO zu erfolgen hat. Sofern zwischen Gastgeber und Gast keine explizite Rechtswahl getroffen wird, bestimmt sich das anwendbare Recht gemäß Art 4 Rom I-VO, je nach Einstufung des Vertrags als Mietvertrag (Abs 1 lit c), kurzfristiger Mietvertrag (Abs 1 lit d) oder als Beherbergungsvertrag (Abs 2) (zur genauen Abgrenzung zwischen Raummiete und Beherbergung siehe Kapitel II.B.).

Im Ergebnis führen alle drei Varianten zur Anwendung österreichischen Rechts, wenn man davon ausgeht, dass ein in Österreich ansässiger Gastgeber eine in Österreich gelegene Wohnung anbietet.

⁵ Vgl *Seidl*, Rz 7f.

⁶ <https://www.airbnb.at/help/article/2908> :Airbnb-Nutzungsbedingungen, Pkt 13-13.2.

⁷ Vgl *Seidl*, Rz 18.

Art 4 Abs lit c) und d) der Rom I-VO zielen nämlich auf das Land, in dem die unbewegliche Sache gelegen ist bzw auf den gewöhnlichen Aufenthalt des Vermieters, ab. Abs 2 zielt auf den gewöhnlichen Aufenthalt der Partei ab, die die, für den Vertrag charakteristische, Leistung erbringt, was bei der Beherbergung der Gastgeber ist.⁸

B. Abgrenzung von Raummiete und Beherbergung

Nachdem geklärt wurde, dass beim Anbieten von in Österreich gelegenen Unterkünften durch eine in Österreich ansässige Person österreichisches Recht für die Vertragsbeziehung zwischen Gastgeber und Gast zur Anwendung kommt, stellt sich als nächstes die Frage, welchem konkreten Gesetz dieses Vertragsverhältnis unterliegt.

In Frage kämen hier zum einen die mietrechtlichen Bestimmungen des MRG⁹, ABGB¹⁰ und sonstiger Mietrechtsgesetze oder die Qualifikation des Vertrages als Beherbergungsvertrag auf der anderen Seite. Besonderes Augenmerk ist hier auf den Ausnahmetatbestand gemäß § 1 Abs 2 Z 1 1. Fall MRG zu legen, wonach das MRG für Mietgegenstände, die im Rahmen eines Beherbergungsbetriebes vermietet werden, nicht anwendbar ist. Aus Sicht eines Vermieters hätte dies den Vorteil, dass dadurch Mieterschutzbestimmungen wie etwa Kündigungsschutz oder Mietzinsbildungsvorschriften nicht zur Anwendung kämen.

Für das Vorliegen eines Beherbergungsvertrages spricht, wenn der Vermieter dem Mieter gegenüber Leistungen erbringt, die typischerweise in Verbindung mit solchen Betrieben stehen.¹¹ Ob solche Leistungen vorliegen, wird stets im Einzelfall zu entscheiden sein.¹² Mögliche Indizien, die für einen Beherbergungsbetrieb sprechen, sind etwa die Wartung und die Reinigung der Räume durch den Vermieter oder die Vereinbarungen eines Mietzinses, in dem bereits sämtliche Betriebskosten enthalten sind. Das bloße Wechseln von Bettwäsche reichte hingegen im Einzelfall nicht aus, um die Anforderungen an einen Beherbergungsbetrieb iSd. § 1 Abs 2 Z 1 MRG zu erfüllen.¹³ Nicht, bzw allenfalls von untergeordneter Bedeutung ist, ob der Mieter die angebotenen Beherbergungsdienstleistungen auch tatsächlich in Anspruch nimmt. In einem Fall, in dem der Gast solche Leistungen sogar ausdrücklich abgelehnt hatte, erklärte der OGH¹⁴, dass es eben nur darauf ankommt, ob solche Leistungen grundsätzlich angeboten und üblicherweise erbracht werden. Ein weiterer Aspekt, den die Judikatur zur Abgrenzung heranzieht ist, ob für die ausgeübte Tätigkeit eine gastgewerbliche Konzession gemäß § 111 Abs 1 Z 1 GewO erforderlich ist, da das MRG letztlich nur solche Fälle durch die Ausnahme für Beherbergungsbetriebe aus dem Anwendungsbereich ausschließen will. Nicht vom Ausnahmetatbestand umfasst sind jedenfalls Beherbergungen im Rahmen der

⁸ Vgl *Seidl*, Rz 19.

⁹ Mietrechtsgesetz 1981 BGBl 1981/520 idF BGBl I 2003/176.

¹⁰ Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch JGS 1811/946 idF BGBl I 2024/33.

¹¹ Vgl *Prader*, MRG^{6.13} § 1 (Stand 1.10.2024, Manz Wohnrecht in rdb.at) E 186.

¹² Vgl RIS-Justiz RS0115001.

¹³ Vgl RIS-Justiz RS0069610; RIS-Justiz RS0115002.

¹⁴ Vgl OGH 27.03.2021, 5 Ob 77/01m.

häuslichen Nebenbeschäftigung gem. § 2 Abs 1 Z 9 GewO und Beherbergungen im Wege eines freien Gewerbes im Rahmen einer Frühstückspensionen gem § 111 Abs 2 Z 4 GewO.¹⁵

Lange Zeit legte die Rechtsprechung sogar noch einen etwas strengeren Prüfungsmaßstab an, indem sie verlangte, dass eine grundsätzlich erforderliche Gewerbeberechtigung auch tatsächlich erlangt wurde.¹⁶ Von dieser Ansicht ging der OGH erst in der Entscheidung *7 Ob 3/11h*¹⁷ wieder teilweise ab, indem er klarstellte, dass das bloße Fehlen einer, an und für sich erforderlichen, Gewerbeberechtigung nicht automatisch dazu führt, dass § 1 Abs 1 Z 1 MRG nicht anwendbar wäre, solange die übrigen Kriterien, wie zB für Beherbergungsbetriebe typische Dienstleistungen vorliegen.

Auch die Vertragsdauer wird in der Gesamtbeurteilung des Einzelfalls mitberücksichtigt, wobei grundsätzlich gilt, dass eher ein Mietvertrag angenommen wird, je länger die Vertragslaufzeit andauert. Auch hier gilt allerdings, dass dies nicht in Stein gemeißelt ist und auch Verträge mit einer Laufzeit über mehrere Monate hinweg im Einzelfall als Beherbergung zu qualifizieren sein könnten, wobei einer sehr langen Laufzeit dennoch eine gewisse Indizwirkung für das Nichtvorliegen eines Beherbergungsbetriebes zukommen wird.¹⁸

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass die Abgrenzung von bloßer Raummiete zur Beherbergung stets nach den Umständen im Einzelfall im Rahmen eines beweglichen Systems vorzunehmen ist, bei dem auch die Verkehrsauffassung eine Rolle spielt.¹⁹ Dem Mieter muss zumindest objektiv erkennbar sein, dass es sich um einen Beherbergungsbetrieb handelt und die vermieteten Räume zu diesem Betrieb gehören.²⁰

Im Regelfall wird aber eine touristische Vermietung über Airbnb die Anforderungen eines Beherbergungsbetriebs erfüllen und somit vom Anwendungsbereich des MRG ausgenommen sein, da zumeist zumindest in geringem Ausmaß Dienstleistungen erbracht werden und die Vertragslaufzeit wenige Tage bis Wochen beträgt. Wird die Vermietung hingegen in Form einer Frühstückspension gem § 111 Abs 2 Z 4 GewO betrieben (vgl dazu Kapitel IV.C.), wäre die Vermietung wiederum nicht vom Ausnahmetatbestand erfasst. Zur zivilrechtlichen Abgrenzung ist es daher erforderlich weitere Ausnahmetatbestände zu beleuchten.

1. Weitere Ausnahmetatbestände

Sofern die Abgrenzung zwischen Raummiete und Beherbergung schwierig ist oder die Vermietung in Form einer Frühstückspension gem § 111 Abs 2 Z 4 GewO betrieben wird und der Ausnahmetatbestand

¹⁵ Vgl *Ofner*, Rechtliche Rahmenbedingungen der Kurzzeitvermietung (2023), 2; *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch*, MRG⁴ (2021) § 1 MRG Rz 58.

¹⁶ Vgl RIS-Justiz RS0110431.

¹⁷ Vgl OGH 7 Ob 3/11h Zak 2011/206 S 116 - Zak 2011,116 = immolex-LS 2011/28 = EvBl-LS 2011/83 = JBl 2011,517 = ecolex 2011/200 S 516 - ecolex 2011,516 = RdW 2011/335 S 337 - RdW 2011,337 = immolex 2011,303/97 (Klein) - immolex 2011/97 (Klein) = wobl 2012,9/1 - wobl 2012/1 = MietSlg 63.248.

¹⁸ Vgl RIS-Justiz RS0069610.

¹⁹ Vgl RIS-Justiz RS0115002.

²⁰ Vgl RIS-Justiz RS0069618.

des § 1 Abs 1 Z 1 MRG somit nicht zur Anwendung kommt, kann aus Sicht des Gastgebers auf weitere Ausnahmetatbestände wie § 1 Abs 2 Z 3, § 1 Abs 2 Z 4 Satz 1 oder § 1 Abs 2 Z 5 MRG zurückgegriffen werden.

Z 3 sieht eine Ausnahme für Objekte, die als Zweitwohnung aufgrund eines durch Erwerbstätigkeit verursachten, vorübergehenden Ortswechsels vermietet werden, vor. Dafür muss es sich zum einen um eine Wohnung der Ausstattungskategorie A oder B handeln, es braucht eine schriftliche Vereinbarung über den Zweck der Vermietung, als durch die Erwerbstätigkeit vorübergehend bedingt und es muss ein befristeter Vertrag sein, dessen vertragsmäßige Befristung ein halbes Jahr nicht übersteigt.²¹ Da Airbnb typischerweise nicht für Ortswechsel im Rahmen einer Erwerbstätigkeit genutzt wird, ist dieser Ausnahmetatbestand aber wohl nur theoretischer Natur.

Z 4 1. Satz nimmt Wohnungen, die vom Mieter als Zweitwohnung zu Erholungszwecken oder zur Freizeitgestaltung genutzt werden, vom MRG aus. Damit die Wohnung als Zweitwohnsitz gilt, ist es notwendig, dass der Mieter einen gewöhnlichen Aufenthalt iSd § 66 JN abseits der gemieteten Wohnung hat. Nachdem von der Rsp für den gewöhnlichen Aufenthalt auf die Dauer des Aufenthalts abgezielt wird und ein gewöhnlicher Aufenthalt erst ab ca 6 Monaten angenommen wird, kann davon ausgegangen werden, dass ein Gast durch seinen Aufenthalt in der Airbnb-Wohnung eben keinen Aufenthalt begründet und daher der Ausnahmetatbestand gegeben ist. Ob auch ein Aufenthalt zu Erholungszwecken bzw zur Freizeitgestaltung vorliegt, wird ausschließlich nach dem vereinbarten Vertragszweck beurteilt, nachdem die Vermietung über Airbnb per se touristisch ausgelegt ist, wird wohl in der Regel ein Aufenthalt zur Erholung bzw. Freizeitgestaltung vorliegen.²²

Ziffer 5 nimmt jene Fälle vom MRG aus, bei denen ein ganzes Haus vermietet wird, sofern sich in diesem Haus nicht mehr als zwei selbstständige Wohnungen oder Geschäftsräume befinden. Mehrere Gebäude auf demselben Grundbuchskörper sind dabei zusammenzuzählen²³, Räume die nachträglich durch einen Dachbodenausbau geschaffen wurden, zählen hingegen nicht.²⁴

Von der zivilrechtlichen Abgrenzung zwischen Raummiete und Beherbergung streng zu unterscheiden, ist die gewerberechtliche Abgrenzung, da jeweils unterschiedliche Rechtsfolgen daran geknüpft sind, auch wenn sich die Definitionen und Abgrenzungsmerkmale häufig überschneiden und vice versa Auswirkungen auf den jeweils anderen Bereich haben (zB Einstufung als Frühstückspension iSd § 111 Abs 2 Z 4 GewO die sich auf den Ausnahmetatbestand des § 1 Abs 1 Z 1 MRG auswirkt).

Die zivilrechtliche Abgrenzung führt letztlich nur dazu, ob mietrechtliche Bestimmungen wie etwa das MRG bzw die einschlägigen Bestimmungen des ABGB oder doch die allgemeinen zivilrechtlichen Bestimmungen im Zusammenhang mit dem Beherbergungsvertrag zur Anwendung kommen. Damit ist

²¹ Vgl *Seidl*, Rz 32.

²² Vgl *Seidl*, Rz 29ff.

²³ Vgl RIS-Justiz RS0069823.

²⁴ Vgl *Seidl*, Rz 33.

aber noch keine Aussage über die gewerberechtliche Einstufung getroffen, auf die später noch genauer eingegangen wird.

2. Zwischenfazit

Unabhängig von der konkreten Qualifikation des Vertrags, wird in alle Regel einer der o.g. Ausnahmetatbestände im Rahmen einer Airbnb-Vermietung vorliegen und das MRG auf das Vertragsverhältnis Gastgeber-Gast daher nicht zur Anwendung kommen. Aus Sicht des Gastgebers bringt dies erhebliche Vorteile mit sich, muss er sich gegenüber dem Gast daher nämlich nicht an Mietzinsbildungsvorschriften, Befristungsregelungen oder Kündigungsbeschränkungen des MRG halten, sondern bewegt sich im dispositiven Rahmen der §§ 1090ff ABGB. Ist der Gastgeber bereits als Unternehmer einzustufen und liegt daher ein Verbrauchergeschäft vor, sind außerdem die zwingenden Bestimmungen des KSchG oder des FAGG zu beachten.²⁵

Mindesten genauso wichtig wie die Beurteilung des Verhältnisses Gastgeber-Gast, ist die Frage, unter welchem Regime der Gastgeber selbst die Wohnung benützt, bzw vermieten kann, ob dieser also Eigentümer, Miteigentümer, Wohnungseigentümer oder selbst bloß Mieter ist. Je nach Status des Gastgebers können verschiedene Problemstellungen aus den jeweiligen Regelungsbereichen auftauchen, die hier anschließend dargestellt werden.

C. Mietrecht

Ist der Gastgeber nicht Eigentümer, sondern selbst nur Mieter der Airbnb - Wohnung, so stellen sich für ihn regelmäßig auch rechtliche Fragen aus seinem eigenen Mietverhältnis. Insbesondere ist zunächst zu prüfen, ob der eigene Mietvertrag Bestimmungen zu Untermiete bzw (in aller Regel) sogar ein Untermietverbot vorsieht. Anschließend wird geprüft, welchem Regime dieser Hauptmietvertrag unterliegt und wie mit den Bestimmungen des Mietvertrags umzugehen ist. Grundsätzlich ist es nämlich so, dass sowohl MRG als auch ABGB die Untervermietung nicht ausdrücklich ausschließen, es gilt aber unterschiedliche Rechtsfolgen bei Vereinbarung eines vertraglichen Untermietverbots zu beachten. Die rechtliche Qualifikation des Untermietvertrags spielt für die Zulässigkeit jedoch keine Rolle.²⁶

1. Vollenwendungsbereich MRG

Falls der Mietvertrag Bestimmungen wie etwa Untermietverbote enthält, sind im Vollenwendungsbereich des MRG jedenfalls die Bestimmungen gem § 11, die Bestimmungen zum Untermietzins gem. § 26 und die Kündigungsbestimmungen gemäß § 30 zu bedenken.

a) Untermietverbot

§ 11 Abs 1 MRG besagt, dass sich der Vermieter auf ein vertraglich vereinbartes Untermietverbot nur dann berufen darf, wenn ein wichtiger Grund vorliegt und zählt dafür demonstrativ folgende wichtige Gründe auf:

²⁵ Vgl *Seidl*, Rz 35.

²⁶ Vgl RIS-Justiz RS0020629.

1. wenn der Mietgegenstand zur Gänze untervermietet werden soll,

2. wenn der in Aussicht genommene Untermietzins eine im Vergleich zu dem vom Untervermieter zu entrichtenden Mietzins und etwaigen sonstigen Leistungen des Untervermieters unverhältnismäßig hohe Gegenleistung darstellt,

3. wenn die Anzahl der Bewohner einer gemieteten Wohnung die Anzahl der Wohnräume übersteigt oder nach der Aufnahme des Untermieters übersteigen würde, oder

4. wenn mit Grund zu besorgen ist, daß der Untermieter den Frieden der Hausgemeinschaft stören wird.

Gemäß § 11 Abs 2 MRG gilt im Bereich des WGG Abs 1 nicht, sofern die GBV ihre Tätigkeit auf einen bestimmten Personenkreis einschränkt, sodass sich eine gemeinnützige Bauvereinigung als Vermieterin hier jederzeit auf ein vertragliches Untermietverbot, welches in solchen Verträgen regelmäßig enthalten sein wird, berufen kann. Ob die Untervermietung bereits gewerbsmäßig oder lediglich gelegentlich erfolgt, spielt für die Zulässigkeit des Verbots keine Rolle.

§ 11 Abs 1 Z 1 und 2 MRG

Die vollständige Weitergabe bzw die teilweise Weitergabe zu unverhältnismäßig hohem Untermietzins stellen regelmäßig und jedenfalls einen wichtigen Grund iSd § 11 Abs 1 Z 1 und 2 dar, insbesondere da beide Fälle sogar einen wichtigen Grund iS eines möglichen Kündigungstatbestand iSd § 30 Abs 2 Z 4 darstellen können (näheres siehe unten). In diesen Fällen bräuchte es gar kein vertragliches Untermietverbot, da der Vermieter diese Formen der Untervermietung letztlich sogar mit Androhung einer Kündigung nach § 30 Abs 2 Z 4 MRG bekämpfen könnte.

Der Vorteil am vertraglichen Untermietverbot ist aber, dass es nach Ansicht der Rsp sogar mit einer Vertragsstrafe abgesichert werden. Außerdem entstehen dem Vermieter, im Fall von Untervermietungen, die gegen § 11 Abs 1 Z 2 verstoßen, Bereicherungs-, bzw Schadensersatzansprüche gegen den Untervermieter in Höhe des nach § 27 Abs 2 lit b MRG zulässigerweise erzielbaren Betrages (genaueres siehe unten).

§ 11 Abs 1 Z 3 und 4 MRG

Die Überbelegung iSd Z 3 ist nach dem Wortlaut nur für Wohnungen anwendbar und liegt dann vor, wenn die Zahl der Bewohner die Zahl der Wohnräume nach Aufnahme des Untermieters bzw der Untermieter übersteigen würde. Unter Wohnräumen sind in diesem Zusammenhang nur „echte Zimmer“, wie Wohn- und Schlafzimmer, nicht aber WC oder Bad zu verstehen. Für die Z 4 ist eine Prognose nötig aus der hervorgeht, dass Störungen durch den Untermieter zu erwarten sind, die bloße Sorge darüber reicht nicht aus.²⁷

²⁷ Vgl H. Böhm/Prader in GeKo Wohnrecht I § 11 MRG (Stand 1.10.2017, rdb.at) Rz 10f.

b) Kündigungsgründe im Zusammenhang mit der Untervermietung

Zum Abschluss dieses Kapitels werden noch mögliche Kündigungsgründe beleuchtet, denen sich der Untervermieter im Zuge einer Untervermietung aussetzen könnte.

Der erste Kündigungsgrund der im Bereich der Untermiete in Frage kommt ist § 30 Abs 2 Z 3 MRG, der in dieser Ziffer allein bereits drei verschiedenen Tatbestände, nämlich den erheblich nachteiligen Gebrauch, unleidliches Verhalten und strafbare Handlungen als Kündigungsgründe normiert. Da das Verhalten des Untermieters jenem des Mieters gleichzusetzen ist²⁸, kann dieser Kündigungsgrund für den Untervermieter durchaus problematisch sein, da er für den Zeitraum der Untermiete regelmäßig nicht selbst in der Wohnung ist und deshalb grundsätzlich auch keinen bzw nur erschwert Einfluss auf den Mieter und dessen Verhalten nehmen kann. Diese „Haftung“ des Hauptmieters für seinen Untermieter wird von der Rsp aber dahingehend eingeschränkt, dass er sich dessen Verhalten nur dann zurechnen lassen muss, wenn er davon Kenntnis hatte und keine zumutbaren Schritte zur Abwehr gesetzt hat.²⁹

Der Kündigungsgrund zielt vor allem auch auf die Wahrung der Ruhe des Hauses ab und hat damit auch die Interessen der Hausgemeinschaft im Blick. Aktivlegitimiert zur Geltendmachung des Kündigungsgrundes ist aber selbstverständlich nur der Vermieter. Dieser muss den Hauptmieter nicht abmahnen, sondern kann die Kündigung bereits bei erstmaligem Vorliegen einer der drei Tatbestände geltend machen, sofern dem Hauptmieter das relevante Verhalten zumindest objektiv erkennbar war.³⁰

Der erheblich nachteilige Gebrauch (§30 Abs 2 Z 3 1. Fall)

Der erhebliche nachteilige Gebrauch iSd Z 3 enthält drei verschiedenen Untergruppen an Tatbeständen. Der erste Fall ist das Vernachlässigen des Mietgegenstandes in arger Weise.

Der erheblich nachteilige Gebrauch in all seinen Tatbestandsvarianten ist gemäß stRsp³¹ stets nach den Umständen des Einzelfalles in seiner Gesamtheit zu beurteilen und setzt kein Verschulden³², jedoch zumindest das Bewusstsein des Vermieters über seinen nachteiligen Gebrauch voraus, wobei hier von einem durchschnittlichen Mieter als Maßfigur ausgegangen wird. Eine Beschädigung des Mietgegenstandes ist für die Verwirklichung des Tatbestandes nicht nötig, es reicht bereits aus, wenn eine solche realistisch droht. Es entspricht auch hier stRsp, dass der Hauptmieter für seinen Untermieter haftet.³³

Aus Sicht eines Hauptmieters besonders relevant ist, dass der Tatbestand ua durch die Ansammlung von Müll, die die Gefahr von Ungezieferbildung mit sich bringt und die Unterlassung jeglicher Reinigung

²⁸ Vgl *Illedits in Illedits*, Wohnrecht⁴ (2022) § 30 MRG Rz 25.

²⁹ Vgl RIS-Justiz RS0070371.

³⁰ Vgl *Illedits*, § 30 MRG Rz 26ff.

³¹ Vgl RIS-Justiz RS0068103.

³² Vgl RIS-Justiz RS0070243.

³³ Vgl *Illedits*, § 30 MRG Rz 31f.

verwirklicht werden können.³⁴ Aus diesem Blickwinkel muss der Hauptmieter dafür Sorge tragen, dass dies entweder durch seinen Untermieter erledigt wird oder selbst für die Reinigung sorgen. Führt der Hauptmieter selbst Reinigungsarbeiten für den Untermieter durch bzw lässt er diese für den Untermieter veranlassen, könnte das wiederum dazu führen, dass die Voraussetzungen für den Betrieb eines Beherbergungsbetriebs erfüllt werden (vgl Kapitel II.B.).

Grob ungehöriges Verhalten Z 3 2. Fall

Den zweiten Tatbestand bildet anstößiges oder sonst grob ungehöriges Verhalten, das den Mitbewohnern das Zusammenwohnen verleidet. Dieser Kündigungsgrund kann bereits durch einmaliges Verhalten verwirklicht werden, sofern es gravierend genug ist und damit zumindest einem Mitbewohner das Zusammenleben nicht mehr zumutbar ist. Auf ein Verschulden kommt es auch hier nicht an. Der Begriff „Mitbewohner“ ist hier sehr weit zu verstehen und umfasst u.a. auch Verwalter, mit Renovierungsarbeiten beauftragte Personen oder einen unmittelbaren Nachbarn aus einem anderen Haus.³⁵ Wird der Tatbestand verwirklicht und daraufhin zulässigerweise die Kündigung durch den Vermieter ausgesprochen, so führt eine nachträgliche Verhaltensänderung nur dann zur Aufhebung dieser Kündigung, wenn eine Wiederholung des kündigungsrelevanten Verhaltens geradezu ausgeschlossen ist.³⁶ Für die hier zu beleuchtenden Fälle würde das bedeuten, dass ein Hauptmieter seine Untervermietungstätigkeit sofort einstellen müsste, sofern die Kündigung auf einem Verhalten seines Untermieters beruht. Aus Sicht eines Hauptmieters, der Untermiete betreibt ebenfalls relevant sein, könnten regelmäßige nächtliche Ruhestörungen oder lautes Schreien am Morgen durch seine Untermieter sein.³⁷

Strafbare Handlungen Z 3 3. Fall

Die letzte Tatbestandsgruppe betrifft strafbare Handlungen gegen das Eigentum, die Sittlichkeit oder die körperliche Sicherheit des Vermieters oder eines Mitbewohners. Verschulden wird hier vorausgesetzt, auf eine tatsächliche strafrechtliche Verurteilung kommt es jedoch nicht an, wobei auch hier wieder der Hauptmieter für das schuldhafte Verhalten seines Untermieters belangt werden kann.³⁸

§ 30 Abs 2 Z 4

Der nächste Kündigungsgrund, den der Hauptmieter im Zuge seiner Untervermietung zu bedenken hat, ist jener der Ziffer 4. Dieser gliedert sich in die gänzliche Weitergabe ohne dringenden Eigenbedarf in naher Zeit und die (teilweise) Weitergabe zu überhöhtem Untermietzins.

³⁴ Vgl *Illedits*, § 30 MRG Rz 34.

³⁵ Vgl *Illedits*, § 30 MRG Rz 47ff.

³⁶ Vgl RIS-Justiz RS0070340.

³⁷ Vgl *Illedits*, § 30 MRG Rz 52.

³⁸ Vgl *Illedits*, § 30 MRG Rz 59ff.

Unter Weitergabe ist in diesem Sinn natürlich vor allem die Untervermietung, in welcher Form auch immer, zu verstehen. Für den Kündigungsgrund der Ziffer 4 ist grds zwischen dem Vorliegen einer generellen Zustimmung zur Untervermietung auf der einen Seite und der Zustimmung bzw stillschweigenden Duldung einer einzelnen konkreten Untervermietung zu unterscheiden. Die Duldung bzw Zustimmung im konkreten Einzelfall gilt nämlich im Zweifel nicht als ein genereller Verzicht auf den Kündigungsgrund der Z 4.³⁹

Selbst wenn eine grundsätzliche Zustimmung des Vermieters zur Untervermietung vorliegt, ist dies nicht gleichzusetzen mit der Gestattung zur gänzlichen Untervermietung. Die Rsp begründet dies damit, dass aus der Gestattung der Untervermietung keine Erlaubnis des Mieters, sich einen unverhältnismäßig hohen Vorteil hieraus zu ziehen, abgeleitet werden darf. Ein konkludenter Verzicht auf den Kündigungsgrund kann daher nicht angenommen werden, solange der Vermieter nicht von der tatsächlichen Höhe des Untermietzinses Kenntnis erlangt hat, wobei ihn hierfür keine Nachforschungspflicht trifft.⁴⁰

Lediglich unwesentliche Benützungsvorbehalte oder die Zurückbehaltung unwesentlicher Teile, lediglich zum Schein, um den Tatbestand der vollständigen Weitergabe zu vermeiden sind zwecklos, da solche Vorgehensweisen einer gänzlichen Weitergabe gleichzusetzen sind.⁴¹

Der Kündigungsgrund der gänzlichen Weitergabe setzt zusätzlich das Tatbestandsmerkmal des fehlenden Eigenbedarfs des Hauptmieters voraus. Wird eine gänzliche Weitergabe des Mietgegenstandes angenommen, so ist der Hauptmieter beweispflichtig dafür, dass er die Wohnung in naher Zeit wieder dringend benötigen wird.⁴² Der Hauptmieter muss dabei eine gesicherte Zukunftsprognose darstellen, die bloß unbestimmte Möglichkeit eines künftigen Bedarfs wird von der Rsp abgelehnt.⁴³

Im Unterschied zu den eben genannten Scheinkonstellationen liegt eine bloß teilweise Weitergabe dann vor, wenn sich der Hauptmieter wesentliche Teile zurückbehält, die der Befriedigung seines Wohnbedürfnisses dienen können.⁴⁴ Die bloß teilweise Weitergabe kann dann zur Kündigung führen, wenn dafür eine unverhältnismäßig hohe Gegenleistung vom Hauptmieter verlangt wird, wobei der bloße Versuch einer Verwertung noch nicht zur Erfüllung des Tatbestandes führt. Eine Verwertung kann aber sehr wohl darin bestehen, dass die Wohnung auf Plattform wie Airbnb angeboten und tatsächlich vermietet wird.⁴⁵ Für Hauptmieter, die die Untervermietung über Airbnb betreiben wollen, bedeutet das, dass das erstmalige Inserieren auf der Plattform den Kündigungsgrund noch nicht erfüllt, sehr wohl aber

³⁹ Vgl *Illedits*, § 30 MRG Rz 68.

⁴⁰ Vgl RIS-Justiz RS0070551.

⁴¹ Vgl *Illedits*, § 30 MRG Rz 82.

⁴² Vgl RIS-Justiz RS0070679.

⁴³ Vgl *Illedits*, § 30 MRG Rz 86.

⁴⁴ Vgl *Illedits*, § 30 MRG Rz 82.

⁴⁵ Vgl *Illedits*, § 30 MRG Rz 94.

liegt der Kündigungsgrund vor, wenn aufgrund dieses Inserats anschließend tatsächlich Vermietungen zu unverhältnismäßig hohen Mietzinsen erfolgen.⁴⁶

Die Prüfung der Unverhältnismäßigkeit erfolgt durch „Gegenüberstellung zwischen dem Untermietzins und den auf die untervermieteten Räume entfallenden Leistungen des Hauptmieters an den Hauseigentümer (...) und ist aufgrund der Umstände des Einzelfalls nach pflichtgemäßem Ermessen zu beurteilen.“⁴⁷

Liegt der Untermietzins mehr als 100% über dem, vom Hauptmieter zu entrichtenden, Hauptmietzins, liegt die Unverhältnismäßigkeit regelmäßig vor, während im Bereich von 80-100% die Umstände des Einzelfalls entscheiden und ein Untermietzins, der den Hauptmietzins um 72% überstieg im Einzelfall⁴⁸ sogar als zulässig angesehen wurde.⁴⁹

Da Airbnb -Vermietungen häufig nur wochenweise oder sogar tageweise befristet sind, hat der Vergleich in solchen Fällen nach der kürzesten Dauer, zu der der Hauptmieter die Wohnung verwertet (= über die Plattform zur Untervermietung anbietet) zu erfolgen. Bietet der Hauptmieter also tatsächlich tageweise Vermietungen an, so ist für die Unverhältnismäßigkeitsprüfung der Vergleich zwischen dem, für einen Tag aliquotierten, Hauptmietzins und dem Untermietzins pro Tag maßgeblich. § 26 MRG, der ja eigentlich die Höhe des zulässigen Untermietzinses regelt, bleibt bei dieser Beurteilung außer Betracht. Begründet wird dies mit dem unterschiedlichen Schutzzweck der beiden Bestimmungen.⁵⁰ Im Fall der bloß teilweisen Weitergabe ist die Unverhältnismäßigkeit aliquot anhand des tatsächlich weitergegebenen Teils der Wohnung zu beurteilen.

§ 30 Abs 2 Z 6 MRG

Durch die Airbnb-Vermietung könnte auch der Kündigungsgrund der Nichtbenützung (zu Wohnzwecken) iSd § 30 Abs 2 Z 6 MRG vorliegen, wobei hierzu beachten ist, dass § 30 Abs 2 Z 4 dazu *lex specialis* ist⁵¹, weshalb Fälle von Weitergabe des Mietgegenstands (zB in Form einer Untervermietung vorrangig nach Ziffer 4 zu beurteilen sind.⁵²

c) Höchstzulässiger Untermietzins - § 26 MRG

Wie vorhin bereits erwähnt, hat § 26 MRG keinen Einfluss darauf, ob ein Kündigungsgrund aufgrund unverhältnismäßig hoher Gegenleistung vorliegt, legt jedoch den höchstzulässigen Untermietzins im Rahmen des MRG fest. Demnach darf der Untermietzins, den vom Hauptmieter zu entrichtenden Hauptmietzins um maximal 50% übersteigen, bei befristeten Untermietverträgen ist außerdem ein Befristungsabschlag von 25% zu beachten, bei teilweiser Untervermietung ist der höchstzulässige

⁴⁶ Vgl Höllwerth in Hausmann/Vonkilch, MRG⁴ (2021) § 30 MRG Rz 44b.

⁴⁷ Illedits, § 30 MRG Rz 95.

⁴⁸ Vgl OGH 1 Ob 122/20b MietSlg 72.321.

⁴⁹ Vgl Illedits, § 30 MRG Rz 91.

⁵⁰ Kritisch diesbezüglich Höllwerth, MRG⁴ (2021) § 30 MRG Rz 45b.

⁵¹ Vgl Lovrek in GeKo Wohnrecht I § 30 MRG (Stand 1.10.2017, rdb.at) Rz 107.

⁵² Vgl Höllwerth, § 30 MRG Rz 35.

Mietzins anhand der tatsächlich untervermieteten Fläche zu aliquotieren. Im Gegensatz zu § 30 Abs 2 Z 4 MRG, der den Schutz des Vermieters im Sinn hat, schützt § 26 MRG den Untermieter vor Mietenwucher. Untermietzinsvereinbarungen, die gegen § 26 MRG verstoßen sind unwirksam, diese Unwirksamkeit kann daher vom Untermieter selbst binnen 3 Jahren geltend gemacht werden. Bei befristeten Untermietverträgen endet diese Frist frühestens sechs Monate nach Auflösung des Mietverhältnisses oder nach seiner Umwandlung in ein unbefristetes Mietverhältnis; die Verjährungsfrist beträgt in diesem Fall zehn Jahre.

Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 26 MRG ist jedoch das Vorliegen eines Untermietverhältnisses iSd § 2 MRG.⁵³ § 2 Abs 2 MRG verlangt dafür aber im Verhältnis Hauptmieter-Untermieter explizit einen Mietvertrag. Nachdem in den allermeisten Fällen der Airbnb-Vermietung jedoch kein Mietvertrag, sondern ein Beherbergungsvertrag vorliegen wird, dürfte § 26 MRG für die Airbnb-Vermietung nicht anwendbar sein.

2. Teilanwendungsbereich MRG

Im Gegensatz zum Vollanwendungsbereich des MRG bedarf es im Teilanwendungsbereich gemäß § 1 Abs 4 MRG keines wichtigen Grundes iSd § 11 MRG, um sich auf ein vertragliches Untermietverbot berufen zu können, sodass hierzu auf die Ausführungen zu § 1098 ABGB verwiesen werden kann.

Bzgl der Kündigungsgründe gelten die Ausführungen zum Vollanwendungsbereich, da auch hier die Kündigungsgründe des § 30 MRG einschlägig sind.

3. Anwendungsbereich ABGB

a) Untermietverbot § 1098 ABGB

Auch im Anwendungsbereich des ABGB sind Untervermietungen grundsätzlich zulässig, sofern nicht der Mietvertrag etwas anderes vorsieht oder die Untervermietung zu einem Nachteil des Vermieters bzw des Eigentümers führen würde. Im Gegensatz zum MRG, braucht es im Anwendungsbereich des ABGB allerdings keinen wichtigen Grund, damit sich ein Vermieter auf ein vertragliches Untermietverbot berufen kann.

Verstößt der Hauptmieter gegen ein vertragliches Verbot oder betreibt er die Untervermietung zum Nachteil des Eigentümers, kann sich dieser mittels Unterlassungsklage oder Kündigung, sowie bereicherungsrechtlich, gegen die unzulässige Untervermietung wehren, wobei er, wie auch im MRG, keinen Anspruch auf den (überhöhten) Untermietzins, sondern nur auf jenen Betrag hat, den er als Entgelt für den Verzicht auf den Kündigungsgrund der gänzlichen Weitergabe verlangen hätte können.⁵⁴

Eine weitere Schutzmöglichkeit für den Eigentümer bietet die Vereinbarung einer Konventionalstrafe, mit der ein vertraglich vereinbartes Untervermietungsverbot zusätzlich abgesichert werden kann.⁵⁵

⁵³ Vgl *Vonkilch* MRG⁴ (2021) § 26 MRG Rz 2.

⁵⁴ Vgl *Pesek* in *Schwimann/Neumayr*, ABGB Taschenkommentar⁶ (2023) § 1098 ABGB Rz 14.

⁵⁵ Vgl RIS-Justiz RS0032094.

b) Die außerordentliche Kündigung im ABGB

Im Gegensatz zum MRG ist eine ordentliche Kündigung (Aufkündigung) unter Einhaltung der vorgesehenen (dispositiven) Fristen gemäß § 1116 ABGB jederzeit möglich. Ein Hauptmieter, der unzulässigerweise Untervermietung betreibt, setzt sich daher schon aus diesem Grund der Gefahr der jederzeitigen Kündigung aus.

Eine außerordentliche Kündigung, also die sofortige Kündigung aus wichtigem Grund ist auch im Bereich des ABGB möglich und zwar gemäß § 1118 ABGB unter anderem bei erheblich nachteiligen Gebrauch durch den Hauptmieter. Der Kündigungsgrund entspricht im Wesentlichen den Fällen des § 30 Abs 2 Z 3 erster und zweiter Fall MRG, wodurch das dazu Gesagte auch hier zutrifft.⁵⁶ Auch im ABGB könnten daher Vorfälle wie die Müllansammlung im Bestandsobjekt, der sorglose Umgang mit Wasser etc für den Hauptmieter relevant werden, wobei er sich auch hier das Verhalten seiner Untermieter zurechnen lassen muss.⁵⁷

4. WGG

Da der Fokus dieser Arbeit auf Ostösterreich liegt und der Immobilienmarkt in dieser Region, insbesondere im Burgenland, stark durch gemeinnützige Bauvereinigungen als Vermieter bzw Verkäufer von Wohnungen geprägt ist (Anteil der GBVs liegt teilweise bei über 60%⁵⁸), werden im nachstehenden Kapitel auch die Einschränkungen in Bezug auf die touristische Nutzung von Immobilien erläutert, die sich aus dem WGG ergeben können.

Um die möglichen Rechtsfolgen einer Airbnb -Vermietung im Anwendungsbereich des WGG abschätzen zu können, muss zunächst geklärt werden, ob sich die Begrifflichkeiten des WGG mit jenen der anderen Rechtsmaterien decken oder ob es hier Unterschiede gibt, die es zu beachten gilt.

§ 8 Abs 3 WGG verbietet gemeinnützigen Bauvereinigungen die Vergabe von Wohnungen zur „kurzfristigen gewerblichen (gewerbsmäßigen) Nutzung für touristische Beherbergungszwecke“.⁵⁹ Von diesem Verbot ausgenommen ist gemäß § 8 Abs 3 iVm § 20 Abs 1 Z 1 lit c sub lit ee) WGG die Vermietung in nicht ausgelasteten Studentenheimen.

Gemeinnützige Bauvereinigungen werden gemäß § 1 Abs 1 und 2 WGG definiert als Bauvereinigungen, die in den Rechtsformen einer Genossenschaft, einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung oder einer Aktiengesellschaft organisiert sind, ihren Sitz im Inland haben, von der Landesregierung als gemeinnützig anerkannt werden, und die in den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes vorgesehenen Bedingungen erfüllen. Sie haben ihre Tätigkeit unmittelbar auf die Erfüllung dem Gemeinwohl dienender Aufgaben des Wohnungs- und Siedlungswesens zu richten, ihr Vermögen der Erfüllung

⁵⁶ Vgl *Pesek*, § 1118 ABGB Rz 8.

⁵⁷ Vgl *Pesek*, § 1118 ABGB Rz 10f.

⁵⁸ Vgl https://www.wifo.ac.at/wp-content/uploads/upload-7477/rb_2023_005_.pdf, 6.

⁵⁹ § 8 WGG, idF BGBl I 2019/85.

solcher Aufgaben zu widmen und ihren Geschäftsbetrieb regelmäßig zu prüfen und überwachen zu lassen.⁶⁰

§7a Abs 3 letzter Halbsatz der Wr BauO ähnelt der Bestimmung des § 8 Abs 3 WGG und ist laut *Seidl* vor allem wegen der gleichen Begriffsunschärfe beim „Verbot der kurzfristigen Vermietung“, der zeitlichen Nähe der beiden Regelungen, sowie der Intention des WGG-Gesetzgebers, der sich im Zuge der WGG-Novelle 2019 am § 7a der Wr BauO orientiert hat und der Tatsache, dass § 8 Abs 3 WGG seit seiner Einführung in der Literatur und Rechtsprechung praktisch nicht behandelt wurde, zur Interpretation heranzuziehen.⁶¹

Wie aus den erläuternden Bemerkungen⁶² hervorgeht, ist unter der kurzfristigen Nutzung iSd § 8 Abs 3 WGG die Kurzzeitvermietung zu verstehen. *Seidl* weist auf die diesbezügliche begriffliche Unschärfe hin und begründet sie damit, dass sich der Gesetzgeber dabei an der Rsp des OGH zum WEG orientieren wollte, kritisiert dabei aber gleichzeitig, dass dabei übersehen werde, dass der OGH in seiner Entscheidung 5 Ob 59/14h⁶³ nicht jede Vermietung unter 30 Tagen als kurzfristig einstufte, sondern vielmehr undifferenziert auf eine Dauer von zwei bis 30 Tagen abstelle, während jedoch in 3 Ob 135/13v⁶⁴ ausgesprochen wurde, „„dass eine einzelne Vermietung in einem zeitlichen Ausmaß von mehr als zwei Wochen nicht mehr einer »kurzfristigen Vermietung ... zur Beherbergung von Touristen« entspricht““⁶⁵

*Garzon*⁶⁶ spricht sich in einem Beitrag zur WGG-Novelle dafür aus, für die Einstufung als verpönte Kurzzeitvermietung überhaupt nicht auf die Dauer der einzelnen Überlassung, sondern lediglich darauf abzustellen, ob diese gewerbsmäßig erfolgt oder nicht. Er begründet dies mit der ähnlichen Regelung des § 7a Abs 3 Wr BauO, die ebenfalls nur auf die Gewerblichkeit abstellt, worunter nach seiner Meinung, im Gegensatz zur Wr BauO, nur eine der GewO unterliegende Tätigkeit zu verstehen ist.

Seidl könnte dieser Argumentation zwar einiges abgewinnen, führt dazu jedoch auch aus, dass ihr aufgrund des fehlenden Halts im Wortlaut und der ansonsten auftretenden Zweispurigkeit zwischen WEG, WGG und Wr BauO im Ergebnis nicht gefolgt werden könne und „kurzfristig“ daher im Sinne der Judikatur des WEG zu verstehen sei. Das Tatbestandsmerkmal der Nutzung „für touristische Beherbergungszwecke“ wird zwar weder im WGG noch in den Materialien definiert, geht man jedoch

⁶⁰ Vgl § 1 Abs 1 und 2 WGG idF BGBl I 2023/176.

⁶¹ Vgl *Seidl*, Rz 168.

⁶² ME 140/ME 26. GP 3; AB 653 BlgNR 26. GP 4.

⁶³ Vgl OGH 5 Ob 59/14h wobl 2014,209/78 (Etzersdorfer) - wobl 2014/78 (Etzersdorfer) = VbR 2014/104 S 169 - VbR 2014,169 = Der Mieter 2014,27 = Zak 2014/403 S 217 - Zak 2014,217 = Prader/Markl, Zak 2014/620 S 323 - Prader/Markl, Zak 2014,323 = MietSlg 66.480 = Seeber-Grimm/Seeber, ZRB 2018,47 = Zak 2022/304 S 167 (Kolmasch, Judikaturübersicht) - Zak 2022,167 (Kolmasch, Judikaturübersicht).

⁶⁴ OGH 3 Ob 135/13v MietSlg 65.787 = MietSlg 65.792.

⁶⁵ Vgl *Seidl*, Rz 169; *Seidl*, Rz 124.

⁶⁶ *Garzon*, immolex 2019, 274 (276).

vom Sinn und Zweck der Regelung aus, wird man die Abgrenzung zwischen Beherbergung und Raummiete ebenfalls nach den bereits dargestellten Kriterien (siehe Kapitel II.B.) vornehmen müssen.⁶⁷

Als Zwischenfazit kann daher gesagt werden, dass § 8 Abs 3 WGG dieselben Vermietungsmodelle erfasst, die aufgrund von § 1 Abs 2 Z 1 MRG durch das Erfüllen der Kriterien für einen Beherbergungsvertrag aus dessen Anwendungsbereich fallen und gemäß § 16 Abs 2 WEG eine widmungswidrige Nutzung (siehe dazu Kapitel II.D.1.) bei ausschließlich zu Wohnzwecken gewidmeten Objekten darstellen.

Inwieweit sich § 8 Abs 3 WGG jedoch auf die Praxis auswirkt, ist aus mehreren Gründen ungewiss: Zum einen richtet sich § 8 Abs 3 schon nach dem Wortlaut nur an die GBV und verbietet grundsätzlich nur diesen die Vermietung zu touristischen Zwecken. Einer GBV ist es aber bereits aufgrund bereits bestehender Regelungen im WGG nicht erlaubt solche Vermietungen anzubieten. Zum einen stehen diesem Geschäftsmodell die Gebarungsvorschriften des § 7 Abs 1-3 WGG, zum anderen die Vorschriften zum kostendeckenden Entgelt gemäß §§ 13 und 14 WGG entgegen.

Aus den Erläuterungen geht jedoch der allgemeine Wunsch des Gesetzgebers hervor, dass die, von GBVs errichteten Wohnungen „denjenigen zur Verfügung gestellt werden, die ihn wirklich brauchen“⁶⁸ und die touristische Nutzung solcher Wohnungen komplett, also auch im Zuge einer etwaigen Untervermietung durch den Hauptmieter, auszuschließen. § 8 Abs 3 WGG ist im Sinne des Gesetzgebers daher wohl als Auftrag an die GBV zu interpretieren, eine solch verpönte Nutzung durch ihre eigenen Mieter und Untervermietungsmodelle zu unterbinden.

Mangels Deckung im Wortlaut scheidet diese Interpretation für *Seidl* aber aus, wenngleich auch er den GBVs rät Untermietverbote zu vereinbaren und die touristische Nutzung vertraglich auszuschließen. Wie bereits im Kapitel II.C. 1.a) erwähnt, kann sich eine GBV gemäß § 11 Abs MRG jederzeit und nicht nur aus wichtigem Grund auf ein vertragliches Untermietverbot berufen, sofern sie ihre Tätigkeit iSd § 8 Abs 2 WGG auf einen bestimmten Personenkreis einschränkt.

Nachdem der Wortlaut des § 8 Abs 3 nur die GBV verpflichtet, stellt sich in der Praxis die Frage, wie mit einer Weiterveräußerung der Wohnung umzugehen ist. Genau aus diesem Grund normiert § 20 Abs 1 Z 3 WGG als Ausfluss des Prinzips „einmal WGG-immer WGG“, dass § 8 Abs 3 WGG auch im Fall der Veräußerung an einen Erwerber, der keine GBV ist, weitergilt.

Dieser Grundsatz wird jedoch gemäß § 20 Abs 1 Z 2a WGG in jenen Fällen durchbrochen in denen das Eigentum aufgrund der Kaufoption gemäß §§ 15b ff WGG auf den bisherigen Mieter übergeht. § 8 Abs 3 WGG ist in solchen Fällen nicht mehr anwendbar, die Zulässigkeit der Airbnb-Vermietung ist dann nur mehr nach allenfalls bestehenden wohnbauförderrechtlichen Vorschriften und nach dem WEG zu beurteilen. Weiterhin beachtlich ist in diesem Zusammenhang hingegen § 15h WGG der eine 15-jährige

⁶⁷Vgl *Seidl*, Rz 169ff.

⁶⁸ ME 140/ME 26.GP 3; AB 653 BlgNR 26.GP 4.

Mietzinsbeschränkungen für solche Fälle vorsieht, in denen die Wohnung mit Hilfe öffentlicher Mittel errichtet oder finanziert wurde. Da aber im Rahmen der Airbnb-Vermietung das MRG so gut wie nie zur Anwendung kommen dürfte (vgl Kapitel II.B.), dürften Airbnb-Vermieter von dieser Regelung kaum betroffen sein. Der Ausschluss von § 8 Abs 3 gilt ab dem Kauf durch den privilegierten Mieter auch für jeden Weiterverkauf. Das wirft wiederum die Frage auf, ob aus § 8 Abs 3 WGG eine Verpflichtung der GBV hergeleitet werden kann, die touristische Nutzung bei nachträglichem Kauf durch den bisherigen Mieter im Wohnungseigentumsvertrag zu untersagen. Auch das lässt sich für *Seidl*, dem hier mE zu folgen ist, aber nicht aus dem Wortlaut des § 8 Abs 3 WEG ableiten.⁶⁹

Letztlich kann aus § 8 Abs 3 WGG keine Verpflichtung für GBVs abgeleitet werden, ihre genossenschaftlichen Nutzungsverträge bzw in weiterer Folge, Wohnungseigentumsverträge hinsichtlich der Einschränkung für touristische Nutzung anzupassen. Die Praxis zeigt jedoch, dass vor allem die Nutzungsverträge regelmäßig entsprechende Untervermietungsverbote enthalten.

Wird trotz Vorliegens eines Untermietverbots Untervermietung in Form von Airbnb-Vermietung angeboten, so sind die möglichen Folgen gemäß § 20 Abs 1 Z 1 lit b), insbesondere mögliche Kündigungsgründe, nach dem MRG-Regime zu beurteilen.

D. Eigentumsrecht

1. Wohnungseigentumsrecht

Ist derjenige, der die Airbnb-Vermietung anbietet, selbst Eigentümer des Bestandsobjekts, stellen sich die oben aufgezeigten Fragen bzgl Untervermietung nicht. In solchen Fällen ergeben sich aber neue Fragen aus dem Bereich des Wohnungseigentumsrechts, vor allem wenn die Wohnungseigentumsobjekte im Wohnungseigentumsvertrag ausschließlich zu Wohnzwecken gewidmet wurden.

Die Frage der wohnungseigentumsrechtlichen Widmung ist deshalb so relevant, weil der OGH bereits in *3 Ob 158/11y*⁷⁰ ausgesprochen hatte, dass die reine Widmung zu Wohnzwecken, wie sie häufig in, zu Wohnzwecken vorgesehenen, Wohnungseigentumsanlagen zu finden ist, jede Form der Geschäftstätigkeit ausschließt und diese Ansicht auch in Folgeentscheidungen⁷¹ beibehalten hat. Für die Frage der (wohnungseigentumsrechtlichen) Widmung ist nach Ansicht der Rsp nur der privatrechtliche Wohnungseigentumsvertrag maßgeblich, baurechtliche oder raumordnungsrechtliche Widmungen sind

⁶⁹ Vgl *Seidl*, Rz 173ff.

⁷⁰ OGH 3 Ob 158/11y immolex-LS 2012/1 = immolex-LS 2012/5 = ecolex 2012/52 S 130 - ecolex 2012,130 = AnwBl 2012,188 = Zak 2012/107 S 55 - Zak 2012,55 = immolex 2012/37 S 115 (Neugebauer-Herl) - immolex 2012,115 (Neugebauer-Herl) = wobl 2012,153/57 - wobl 2012/57 = RZ 2012,178 EÜ114 - RZ 2012 EÜ114 = MietSlg 63.097 = MietSlg 63.252 = MietSlg 63.462 = MietSlg 63.512 = Der Mieter 2012,12/Heft 3 = Prader/Markl, Zak 2014/620 S 323 - Prader/Markl, Zak 2014,323 = Zak 2022/304 S 167 (Kolmasch, Judikaturübersicht) - Zak 2022,167 (Kolmasch, Judikaturübersicht).

⁷¹ Vgl OGH 5 Ob 59/14h wobl 2014,209/78 (Etzersdorfer) - wobl 2014/78 (Etzersdorfer) = VbR 2014/104 S 169 - VbR 2014,169 = Der Mieter 2014,27 = Zak 2014/403 S 217 - Zak 2014,217 = Prader/Markl, Zak 2014/620 S 323 - Prader/Markl, Zak 2014,323 = MietSlg 66.480 = Seeber-Grimm/Seeber, ZRB 2018,47 = Zak 2022/304 S 167 (Kolmasch, Judikaturübersicht) - Zak 2022,167 (Kolmasch, Judikaturübersicht).

hier unerheblich.⁷² Dieser Ansicht der Rsp stehen *Prader/ Walzel von Wiesentreu*⁷³ kritisch gegenüber. Zum einen argumentieren sie damit, dass der OGH selbst bei nachträglichen (baulichen) Änderungen an Wohnungseigentumsobjekten fordert, dass baubehördliche Vorgaben zu beachten sind. Für die Festlegung der ursprünglichen Widmung könne daher nichts Anderes gelten. Außerdem würden wohnungseigentumsrechtliche Widmungen, die gegen öffentlich - rechtliche Vorschriften, wie etwa Bauvorschriften verstoßen, im Ergebnis gegen zwingendes Recht verstoßen und daher mit Nichtigkeit gemäß §879 ABGB bedroht sein.

Ebenfalls gefestigte Rechtsprechung ist, dass die touristische Vermietung, in Form von Abschlüssen von Beherbergungsverträgen, nicht mehr vom Wohnzweck erfasst ist. Teilweise wird hierzu in der Lehre vertreten, dass die einmalige oder auch gelegentliche Kurzzeitvermietung an Touristen noch nicht, sondern erst die dauerhafte bzw gewerbsmäßige Vermietung in dieser Form, zu einer Widmungsänderung führt.⁷⁴ Für die Frage der Abgrenzung der Raummiete zur Beherbergung gelten auch hier die bereits aufgezeigten Kriterien (siehe Kapitel II. B.) innerhalb eines beweglichen Systems.

Selbst die Zulässigkeit der Airbnb-Vermietung bei unspezifischer Geschäftsraumwidmung ist zumindest fraglich⁷⁵. *Illedits/Illedits-Lohr*⁷⁶ vertreten hierzu jedoch, dass in solchen Fällen die Airbnb-Vermietung zulässig sei. Bei Wohnraumwidmung mit der Erlaubnis, Berufe auszuüben, die üblicherweise in Wohnungen ausgeübt werden (zB Arzt oder Rechtsanwalt), gehen aber auch *Illedits/Illedits-Lohr* davon aus, dass eine Airbnb-Nutzung unzulässig ist.⁷⁷

Im Fall von geplanter Airbnb-Vermietung wäre daher idealerweise eine möglichst genaue Festlegung der Widmung, bereits bei Wohnungseigentumsbegründung, durch den Vertragserrichter wünschenswert.

Im Gegensatz zur Fallgruppe der Mieter, die ihr Mietobjekt nur teilweise untervermieten, erscheint die teilweise Kurzzeitvermietung für Wohnungseigentümer weniger problematisch. *Schleinzer*⁷⁸ stützt sich für diese These auf den Wortlaut des § 2 Abs 2 WEG, der für die Definition der Wohnung auf die bauliche Abgeschlossenheit des gesamten Objekts „Wohnung“ abzielt und nicht wie etwa das MRG auf einzelne Wohnungsteile. In weiterer Folge argumentiert sie damit, dass in der Gesamtbetrachtung des

⁷² Vgl RIS-Justiz RS0120725.

⁷³ Vgl *Prader/ Walzel von Wiesentreu*, Die wohnungseigentumsrechtliche Widmung im Spannungsfeld öffentlich-rechtlicher Vorgaben und des WEG/BTVG, immolex 2021/6, 12.

⁷⁴ Vgl *Schleinzer* 103 mwN

⁷⁵ Vgl hierzu OGH 5 Ob 149/14v Zak 2014/790 S 417 - Zak 2014,417 = wobl 2015,106/43 (kritisch Vonkilch) - wobl 2015/43 (Vonkilch) = ecolex 2015/179 S 465 - ecolex 2015,465 = AnwBl 2015,456 = MietSg 66.067 = Zak 2022/304 S 167 (Kolmasch, Judikaturübersicht) - Zak 2022,167 (Kolmasch, Judikaturübersicht), wonach in Fällen unspezifischer Geschäftsraumwidmung eine Widmungsänderung erst bei Überschreiten der Grenze der Verkehrsüblichkeit gegeben ist.

⁷⁶ Vgl *Illedits/Illedits-Lohr* in *Illedits-Lohr*, Wohnungseigentum⁷ (2022) Rz 970.

⁷⁷ Vgl *Illedits/Illedits-Lohr*, Rz 969.

⁷⁸ Vgl *Schleinzer* 103.

Objekts „Wohnung“ bei bloß teilweiser Kurzzeitvermietung zumindest teilweise gewohnt wird, wobei es letztlich auch bei dieser Argumentation auf das Überwiegen⁷⁹ des Wohnaspekts ankommen wird.

Wird ein Objekt in einer Art und Weise genutzt, die nicht mehr vom Widmungszweck erfasst ist, so liegt eine widmungswidrige Benützung des Wohnungseigentumsobjekts vor, die einer Widmungsänderung iSd § 16 Absatz 2 WEG bedarf, für die die Zustimmung aller Wohnungseigentümer notwendig ist, sofern durch die beabsichtigte Änderung die Beeinträchtigung schutzwürdiger Interessen anderer Wohnungseigentümer möglich erscheint.

a) Genehmigungsbefähigung

Schutzwürdige Interessen

Nachdem in einem ersten Schritt das Vorliegen einer Änderung iSd § 16 Abs 2 WEG bejaht wurde, ist also im nächsten Prüfungsschritt zu klären, ob die Möglichkeit der Beeinträchtigung schutzwürdiger Interessen anderer Wohnungseigentümer durch die Airbnb-Vermietung besteht. Für die Frage der Genehmigungspflicht wird im streitigen Verfahren nach § 16 Abs 2 WEG iVm § 523 ABGB nur die potentielle Beeinträchtigung schutzwürdiger Interessen geprüft.^{80,81}

Geschützt werden nur solche Interessen der anderen Wohnungseigentümer, „die spezifisch mit deren Stellung als Wohnungseigentümer zusammenhängen und nicht etwa aus anderen Umständen, die nicht dieser Sphäre zuzuordnen sind, resultieren(...)“⁸².

Die Möglichkeit der Beeinträchtigung schutzwürdiger Interessen reicht für die Genehmigungsbefähigung einer Widmungsänderung bereits aus. In der Entscheidung *3 Ob 158/11y*⁸³ führte der OGH aus, dass tatsächliche Beeinträchtigungen in Verbindung mit der erhöhten Frequentierung des Hauses NICHT festgestellt werden konnten und sich die meisten Hausbewohner durch diese Art der (touristischen) Vermietung auch tatsächlich nicht gestört fühlten. Die Möglichkeit der Beeinträchtigung sah der OGH aufgrund der konkreten Umstände dennoch als gegeben an und bejahte in weiterer Folge die Genehmigungsbefähigung.

Potentielle Beeinträchtigungen, die als ganz geringfügig anzusehen sind, führen nicht zur Genehmigungspflicht. Ist diese Geringfügigkeitsschwelle aber erreicht, kommt es auf eine Interessensabwägung zwischen dem Wohnungseigentümer, der die Änderung vornehmen möchte und den übrigen Wohnungseigentümern nicht an⁸⁴.

⁷⁹ *Schleinzer* verweist zum Kriterium des Überwiegens der Nutzung zu Wohnzwecken auf OGH 19. 5.2015, 5 Ob 53/15b.

⁸⁰ Vgl *Kusolitsch*, Fallbesprechung zu 5 Ob 59/14h (2023), 9.

⁸¹ Vgl RIS-Justiz RS0083156.

⁸² Vgl *Kusolitsch*, Fallbesprechung zu 5 Ob 59/14h (2023), 9 mwN.

⁸³ OGH 3 Ob 158/11y immolex-LS 2012/1 = immolex-LS 2012/5 = ecolex 2012/52 S 130 - ecolex 2012,130 = AnwBl 2012,188 = Zak 2012/107 S 55 - Zak 2012,55 = immolex 2012/37 S 115 (Neugebauer-Herl) - immolex 2012,115 (Neugebauer-Herl) = wobl 2012,153/57 - wobl 2012/57 = RZ 2012,178 EÜ114 - RZ 2012 EÜ114 = MietSlg 63.097 = MietSlg 63.252 = MietSlg 63.462 = MietSlg 63.512 = Der Mieter 2012,12/Heft 3 = Prader/Markl, Zak 2014/620 S 323 - Prader/Markl, Zak 2014,323 = Zak 2022/304 S 167 (Kolmasch, Judikaturübersicht) - Zak 2022,167 (Kolmasch, Judikaturübersicht).

⁸⁴ Vgl *Kusolitsch*, Fallbesprechung zu 5 Ob 59/14h (2023), 10 mwN.

Die Aufzählung schutzwürdiger Interessen gem § 16 Abs 2 Z 1 WEG ist demonstrativ. Die Rsp hat diverse Fallgruppen zur Frage entwickelt, wann solche Beeinträchtigungen vorliegen können. Als wesentliche Beeinträchtigungen werden, je nach Einzelfall, die Beeinträchtigung der ungestörten Nutzung anderer Wohnungseigentumsobjekte, sowie die nachteilige Inanspruchnahme von allgemeinen Teilen des Hauses angesehen. Die Beeinträchtigung der Nutzung anderer WE-Objekte kann sich dabei z.B. aus der Beeinträchtigung der Privatsphäre oder der drohenden Störung durch erhöhten Publikumsverkehr ergeben., eine nachteilige Inanspruchnahme allgemeiner Teile etwa durch die drohende Belästigung durch hausfremde Personen im Hausflur, oder die Ermöglichung des ungehinderten Zugangs zum Stiegenhaus durch hausfremde Personen.⁸⁵ Diese Aufzählung macht deutlich, dass die Abgrenzung oft schwierig ist. Im Fall 3 *Ob 158/11y* hätte die Vermietung zu kurzfristigen Zwecken sowohl zur Beeinträchtigung der Nutzung anderer WE-Objekte als auch zur nachteiligen Inanspruchnahme allgemeiner Teile führen können. Dass eine potentielle Beeinträchtigung, in welcher Form auch immer, im gegenständlichen Fall zu bejahen war, geht aus dieser (demonstrativen) Aufzählung aber deutlich hervor und wurde vom OGH daher konsequenterweise bejaht, obwohl die konkrete Beeinträchtigung nicht festgestellt wurde.

Andererseits hat die Rsp in Fällen von Kurzzeitvermietung die Genehmigungsbedürftigkeit aufgrund der, bereits vor der gegenständlichen Vermietung bestehenden, Frequentierung des Hauses verneint.⁸⁶ Damit besteht in Häusern, in denen Kurzzeitvermietungen bereits etabliert sind, eine höhere Chance, dass bei einer Widmungsänderung keine Genehmigungspflicht vorliegt. Letztlich ist die Frage der Genehmigungsbedürftigkeit stets im Einzelfall zu beurteilen, wobei die Rsp bei Kurzzeitvermietungen tendenziell eher von Genehmigungsbedürftigkeit ausgeht.

b) Genehmigungsfähigkeit

Sind die Kriterien für eine Beherbergung erfüllt, liegt damit bei reiner Wohnwidmung eine widmungswidrige Benutzung vor. Besteht gleichzeitig die Möglichkeit der Beeinträchtigung schutzwürdiger Interessen, muss sich der jeweilige Wohnungseigentümer um die Einholung der Zustimmung sämtlicher Eigentümer des Hauses kümmern. Eine derartige, ausdrückliche, Zustimmung für die touristische Vermietung wird in aller Regel nicht zu erlangen sein. In der Vergangenheit wurde in diesem Zusammenhang auch die Möglichkeit einer konkludenten Zustimmung erörtert. Die Rsp lässt die konkludente Änderung der Widmung von Wohnungseigentumsobjekten grundsätzlich zu.⁸⁷ Allerdings gilt für die Abgabe konkludenter Willenserklärungen generell ein strenger Maßstab und setzt dies immer zwingend Kenntnis des vermeintlich Erklärenden über den Sachverhalt voraus.^{88,89}

Theoretisch sieht § 16 Abs 2 WEG hier zwar Abhilfe vor, indem die Zustimmungen gerichtlich ersetzt werden können, dafür sind aber strenge Voraussetzungen vorgesehen. Eine verweigerte Zustimmung

⁸⁵ Vgl *Kusolitsch*, Fallbesprechung zu 5 Ob 59/14h (2023), 10 mwN.

⁸⁶ Vgl *Schleinzer* 105.

⁸⁷ Vgl RIS-Justiz RS0114928.

⁸⁸ Vgl RIS-Justiz RS0109021.

⁸⁹ Vgl RIS-Justiz RS0014420.

kann gemäß § 16 Absatz 2 Z 1 WEG unter anderem dann gerichtlich ersetzt werden, wenn die (Widmungs)-änderung „*weder eine Schädigung des Hauses noch eine Beeinträchtigung schutzwürdiger Interessen der anderen Wohnungseigentümer, besonders auch keine Beeinträchtigung der äußeren Erscheinung des Hauses, noch eine Gefahr für die Sicherheit von Personen, des Hauses oder von anderen Sachen*“ nach sich ziehen wird.

Erst im außerstreitigen Verfahren gemäß §16 Abs 2 iVm §52 Abs 1 Z 2 WEG über den Ersatz der Zustimmung wird also die tatsächliche Beeinträchtigung geprüft. Im Licht der eben aufgezeigten Judikaturlinie wird mit einer Ersetzung der Zustimmung durch das Gericht bei touristischer Kurzzeitvermietung aber in der Regel nicht zu rechnen sein.

Liegt im Einzelfall einmal die Zustimmung aller Wohnungseigentümer vor, bzw wurde diese durch das Gericht ersetzt, so schreibt § 16 Abs 3 den übrigen Wohnungseigentümern auch die Mitwirkung zur Erlangung behördlicher Bewilligungen vor, die für die Änderung erforderlich sind. Dies kann vor allem im Lichte des Ausnahmbewilligungsverfahrens gemäß § 129 Abs 1a der Wr BauO (siehe Kapitel III.B.3.) sehr hilfreich sein.

c) Kritik an der Rsp

Die Judikaturlinie, die der OGH mit seiner Entscheidung in 3 Ob 158/11y begründet hatte, stieß nicht überall auf Verständnis und wurde durchaus kontrovers diskutiert, weil sie von Teilen der Literatur als zu streng und vermierterfeindlich angesehen wurde. Vor allem die Auslegung des Widmungsbegriffs „Wohnung“ stieß auf Kritik, weil dazu vertreten wurde, dass auch die Nutzung zur kurzfristigen Vermietung an Touristen durchaus noch von der Widmung umfasst sei.⁹⁰

*Schleizer*⁹¹ knüpft an diese Argumentation an und beleuchtet die Legaldefinition „Wohnung“ iSd § 2 Abs 2 Z 2 WEG intensiv. Aufgrund der Rsp aus diversen anderen Materien, der Verkehrsauffassung und der Rsp des dBVerwG kommt sie zur Ansicht, dass die Widmung „Wohnen“ einer „von gewisser Dauerhaftigkeit gekennzeichneten Qualität der Häuslichkeit“⁹² bedarf. Je kürzer der Aufenthalt, umso eher werde man die Qualität der Häuslichkeit dieses Aufenthalts überprüfen müssen. Damit kommt sie aber auch zum Ergebnis, dass ein Aufenthalt von Touristen diese Kriterien in der Regel nicht erfüllen wird und daher nicht von der Widmung „zu Wohnzwecken“ erfasst ist. Sie kritisiert allerdings auch den OGH, der in seinen Entscheidungen gar nicht auf die Qualität des Aufenthalts bezüglich Häuslichkeit eingeht, sondern lediglich auf die kurze Dauer und die touristische Vermarktung, also das Anbieten über entsprechende Plattformen wie Airbnb abstellt.

d) Ausschlussklage § 36 WEG

Neben der, womöglich erforderlichen, Widmungsänderung, können sich für den Wohnungseigentümer aus der Airbnb-Vermietung weitere schwerwiegende Konsequenzen ergeben. Eine dieser

⁹⁰Vgl *Schleizer* 100 mwN.

⁹¹ *Schleizer*, Kurzzeitvermietung 100ff.

⁹² *Schleizer*, Kurzzeitvermietung 102; DBVerwG 4 CN 6.17 NVwZ 2018, 828.

Konsequenzen ist der Ausschluss gem. § 36 WEG. Demnach ist gem § 36 Abs 1 WEG ein WE auf Klage der Mehrheit der übrigen WE aus der Gemeinschaft auszuschließen, wenn er:

„1. seinen Pflichten aus der Gemeinschaft nicht nachkommt, insbesondere die ihm obliegenden Zahlungen auch nicht bis zum Schluss der dem erstinstanzlichen Urteil vorangehenden Verhandlung leistet,

2. von seinem Wohnungseigentumsobjekt oder den allgemeinen Teilen der Liegenschaft einen die Interessen der übrigen Wohnungseigentümer empfindlich schädigenden Gebrauch macht oder

3. durch sein rücksichtsloses, anstößiges oder sonst grob ungehöriges Verhalten den Mitbewohnern das Zusammenwohnen verleidet oder sich gegenüber einem Wohnungseigentümer oder einer im Haus wohnenden Person einer strafbaren Handlung gegen das Eigentum, die Sittlichkeit oder die körperliche Sicherheit schuldig macht, sofern es sich nicht um den Umständen nach geringfügige Fälle handelt.“

*Illedits*⁹³ geht hier von einer taxativen Aufzählung in Abs 1 aus, während *Würth/Zingher/Kovanyi/Etzersdorfer*⁹⁴ die Z 1 als eine Art Generalklausel sehen. Im Rahmen der Airbnb-Vermietung könnten vor allem Z 2 und 3 relevant werden, weil sich der WE gem Abs 3 auch das Verhalten von Personen anrechnen muss, die sein WE-Objekt oder die allgemeinen Teile der Liegenschaft mit seiner Zustimmung benutzen, sofern er es unterlässt die ihm mögliche Abhilfe gegen das Verhalten dieser Personen zu leisten. Die Z 2 und 3 entsprechen iW dem nachteiligen Gebrauch und dem unleidlichen Verhalten iSd § 30 Abs 2 Z 1-3 MRG (vgl dazu Kapitel II.C.1.b), ohne dass dabei die strengen Vorschriften des Kündigungsverfahrens nach MRG zu beachten wären.

Die Berechnung der Mehrheit zur Klagserhebung erfolgt nach der Mehrheit der Anteile, wobei die Anteile des beklagten WE außer Betracht bleiben.⁹⁵ Nach Ablauf von 3 Monaten ab Rechtskraft des Urteils, kann die Versteigerung des Miteigentumsanteils und des damit verbundenen Wohnungseigentumsobjekts von jedem WE beantragt werden.

Findet ein WE, der durch das Verhalten eines anderen WE, bzw einer diesem zuzurechnenden Person, beeinträchtigt wird, keine Mehrheit für die Ausschlussklage nach Abs 1, so kann er gem Abs 5 zunächst auf Unterlassung klagen. Wird der Klage stattgegeben und das Verhalten trotz Zwangsvollstreckung dennoch nicht eingestellt, kann der betroffene WE die Ausschlussklage auch allein erheben.

Liegt bei beklagten WE eine Eigentümerpartnerschaft vor, so erstreckt sich der Ausschluss auf den gesamten Mindestanteil und der nicht schuldhafte Partner hat kein Widerspruchsrecht iSd § 13 Abs 3 WEG iVm § 35 IO.⁹⁶

⁹³ Vgl *Illedits* § 36 WEG Rz 7.

⁹⁴ Vgl *Würth/Zingher/Kovanyi/Etzersdorfer*, Miet- und Wohnrecht II²⁴ § 36 WEG (Stand 30.6.2024, rdb.at) Rz 3.

⁹⁵ Vgl *Würth/Zingher/Kovanyi/Etzersdorfer*, § 36 WEG (Stand 30.6.2024, rdb.at) Rz 9.

⁹⁶ Vgl *Würth/Zingher/Kovanyi/Etzersdorfer*, § 36 WEG (Stand 30.6.2024, rdb.at) Rz 2.

2. Schlichtes Miteigentum

Wird ein Objekt, das im schlichten Miteigentum steht, im Zuge einer Airbnb-Tätigkeit vermietet, so ist zunächst zu unterscheiden, ob der Abschluss eines solchen Bestandvertrags eine Maßnahme der ordentlichen oder der außerordentlichen Verwaltung darstellt. Nach *Böhm/Palma*⁹⁷ stellt der Abschluss von Mietverträgen auf unübliche Zeit bzw zu unüblichen Bedingungen einen Akt der außergewöhnlichen Verwaltung dar. Auch die Judikatur zählt in *stRsp*⁹⁸ die Vermietung zu außergewöhnlichen Bedingungen zur außerordentlichen Verwaltung, was zur Folge hat, dass der Abschluss eines solchen Mietvertrags die Zustimmung aller Miteigentümer benötigt. Im Ergebnis wird man die Vermietung an Touristen über Airbnb aufgrund der kurzen Dauer der jeweiligen Bestandverträge wohl als unüblich einstufen und daher als Maßnahme der außerordentlichen Verwaltung qualifizieren müssen.

Die Zustimmung der anderen Miteigentümer ist allerdings nicht nötig, sofern eine Benützungsvereinbarung abgeschlossen wurde. Diese führt nämlich dazu, dass allgemeine Gebrauchsbefugnisse in Sondernutzungsrechte an bestimmten Sachteilen umgestaltet werden.⁹⁹ Der durch die Vereinbarung berechnigte Miteigentümer kann daher „über die ihm zur ausschließlichen Benützung überlassenen Teile der Sache Bestandverträge abzuschließen.“¹⁰⁰ Das klingt für den Berechnigten erstmal vielversprechend, im Ergebnis ist damit aber nicht viel für ihn gewonnen. Die Rsp schränkt diese Befugnisse nämlich im Rahmen der Judikatur zu § 828 ABGB dergestalt ein, wonach die „Grenze der Verfügungsmacht des Miteigentümers über den ihm zur Alleinbenützung überlassenen Teil der gemeinsamen Sache“ dort liegt, „wo wichtige Interessen der übrigen Miteigentümer berührt werden.“¹⁰¹

Dass durch die touristische Kurzzeitvermietung wichtige Interessen anderer (Mit)Eigentümer zumindest potentiell berührt werden, wurde schon umfassend dargelegt. Für die Beurteilung der Zulässigkeit ist es somit entscheidend, ob die konkrete Vermietungstätigkeit noch in der Benützungsvereinbarung Deckung findet oder nicht. Ist das der Fall, kann der Berechnigte die touristische Vermietung grds anbieten, die anderen Miteigentümer können sich nicht auf das Änderungsrecht des § 16 WEG berufen – die Rsp schließt eine analoge Anwendung explizit aus.¹⁰² Sofern die Tätigkeit von der Vereinbarung nicht gedeckt ist, besteht aus Sicht des vermietenden Miteigentümers die Gefahr einer Eigentumsfreiheitsklage gem. § 523 ABGB durch die anderen Miteigentümer. Eine Ausschlussklage analog § 36 ist mangels Vorliegens einer Gesetzeslücke nicht zulässig.¹⁰³

⁹⁷ E contrario *H. Böhm/Palma* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 835 (Stand 15.10.2024, rdb.at) Rz 10.

⁹⁸ Vgl RIS-Justiz RS0013584.

⁹⁹ Vgl RIS-Justiz RS0029352.

¹⁰⁰ RIS-Justiz RS0042537.

¹⁰¹ RIS-Justiz RS0013604.

¹⁰² Vgl RIS-Justiz RS0083174.

¹⁰³ *Würth/Zingher/Kovanyi/Etzersdorfer*, § 36 WEG (Stand 30.6.2024, rdb.at) Rz 2.

3. Alleineigentum

Am einfachsten und eindeutigsten stellt sich die Rechtslage aus Sicht des Alleineigentümers einer Liegenschaft dar, der Airbnb-Vermietungstätigkeiten beabsichtigt, bzw. betreibt. Eine mögliche denkbare Einschränkung könnte hier zB beim Vorliegen eines Wohnungsgebrauchsrechts bestehen. Auch in diesem Zusammenhang hat der OGH aber konsequenterweise bereits ausgesprochen, dass die analoge Anwendung des § 16 WEG ausscheidet.¹⁰⁴ Wenn die analoge Anwendung bereits für grds gleichgestellte Miteigentümer ausscheidet (siehe oben), so muss dies umso mehr für lediglich Wohnungsgebrauchsberechtigte gelten.¹⁰⁵

E. Zivilrechtliche Abwehrmöglichkeiten

Neben der Kündigung des Mietverhältnisses, die natürlich nur dem Vermieter gegenüber dem untervermietenden Hauptmieter zusteht, bestehen für andere Parteien zahlreiche weitere zivilrechtliche Möglichkeiten, sich gegen unzulässige Airbnb-Vermietungen zur Wehr zu setzen, die nachfolgend kurz dargestellt werden.

1. Eigentumsfreiheitsklage § 523 ABGB

Die Eigentumsfreiheitsklage kann generell gegen jeden unberechtigten Eingriff ins Eigentum¹⁰⁶, insbesondere auch zur Beseitigung gegenwärtiger Störungen als auch zur Abwehr künftiger Störungen erhoben werden, wobei dafür Wiederholungsgefahr gegeben sein muss, was bei regelmäßiger Airbnb-Vermietung aber der Fall sein dürfte.¹⁰⁷ Mit der Eigentumsfreiheitsklage kann sowohl gegen störende Dritte (zB Airbnb-Gäste) als auch gegen mittelbare Störer, wie den Wohnungseigentümer bzw den untervermietenden Hauptmieter vorgegangen werden, sofern diese mittelbaren Störer den Eingriff veranlasst haben und keine, ihnen möglichen, Abhilfemaßnahmen vornehmen.¹⁰⁸ Dabei reicht die bloß faktische Möglichkeit der Einflussnahme auf die unmittelbaren Störer nicht, es braucht die rechtliche Möglichkeit für den mittelbaren Störer, die Störung zu beenden, die dieser ungenutzt lässt.¹⁰⁹ Im Rahmen der Airbnb-Vermietung stehen dem vermietenden Wohnungseigentümer bzw dem untervermietenden Hauptmieter aber sehr wohl rechtliche Möglichkeiten, etwa die Beendigung des Bestandverhältnisses zum Gast, zur Verfügung, sodass davon auszugehen ist, dass Airbnb-Vermieter als mittelbare Störer für die Störungen ihrer Gäste in Anspruch genommen werden können.

Klagslegitimiert ist jeder einzelne Wohnungseigentümer. Richtet sich die Klage gegen einen anderen Wohnungseigentümer, so ist im Verfahren, wie bereits zuvor erwähnt, nur zu prüfen, ob eine Widmungsänderung vorliegt, für die die Zustimmung der übrigen Wohnungseigentümer erforderlich ist

¹⁰⁴ Vgl OGH 3 Ob 173/21v EvBl 2022, 170 (Brenn) = VbR 2022, 32 (Leupold/Gelbmann) = immolex 2022, 66 (zust Rsth) = RdU 2022, 41 (zust Ecker).

¹⁰⁵ Vgl *Schleiner* 98.

¹⁰⁶ Vgl *Rassi* in *Rummel/Lukas/Geroldinger*, ABGB⁴ § 523 (Stand 30.4.2024, rdb.at) Rz 18.

¹⁰⁷ Vgl *Rassi*, § 523 Rz 9f.

¹⁰⁸ Vgl RIS-Justiz RS0012110; RIS-Justiz RS0012137.

¹⁰⁹ Vgl *Rassi*, § 523 Rz 22.

und ob diese eingeholt wurde. Ob fehlende Zustimmungen nach § 16 WEG ersetzt werden können, wird in diesem Verfahren nicht geprüft.

2. Actio Publiciana § 372 ABGB

Als Pendant zur Eigentumsfreiheitsklage nach § 523 ABGB, steht Mietern die actio publiciana gem § 372 ABGB zur Abwehr von Störungen zu.¹¹⁰ Diese schützt den besseren Besitz. Belangt werden können daher jene Personen mit schlechterem Besitz an der Wohnung des gestörten Mieters, somit die unmittelbar störenden Airbnb-Gäste eines anderen Mieters bzw Wohnungseigentümers, sowie der vermietende Wohnungseigentümer bzw der untervermietende Mieter selbst.¹¹¹

3. Nachbarrechtliche Ansprüche nach § 364 Abs 2 ABGB

Da neben den Wohnungseigentümern, die von einer etwaigen Untervermietung ihrer Wohnung durch ihren Hauptmieter betroffen sind, vor allem Nachbarn von Wohnungen in denen Airbnb-Vermietung angeboten wird, von den Auswirkungen der Vermietung betroffen sind, bietet § 364 Abs 2 ABGB in diesem Zusammenhang Abwehrmöglichkeiten in Form eines Unterlassungsanspruchs, indem er sowohl dem Grundstückseigentümer als auch Nachbarn ermöglicht, gegen „Einwirkungen durch Abwässer, Rauch, Gase, Wärme, Geruch, Geräusch, Erschütterung und ähnliche (...)“ vorzugehen, sofern sie „das, nach den örtlichen Verhältnissen gewöhnliche Maß, überschreiten und die ortsübliche Benutzung des Grundstückes wesentlich beeinträchtigen.“¹¹² Dieser weite Kreis der Abwehrberechtigten iSd § 364 Abs 2 ABGB wird vom überwiegenden Teil der Lehre durchaus kritisch gesehen.¹¹³

Im Zuge von Airbnb-Vermietungen ist dabei an mögliche Beeinträchtigungen durch Zigarettenrauch, Lärm, Müll etc. zu denken. Entscheidend für den Unterlassungsanspruch nach §364 Abs 2 ABGB ist, dass, die Voraussetzungen kumulativ vorliegen, also die Immission das ortsübliche Maß überschreitet und die ortsübliche Nutzung des Eigentümers bzw des Nachbarn wesentlich beeinträchtigen.¹¹⁴

Aktivlegitimiert zur Erhebung der Unterlassungsklage ist dabei nicht nur jeder unmittelbare Nachbar, sondern auch jeder Eigentümer eines Grundstücks, der von Immissionen des störenden Grundstücks beeinträchtigt wird, egal in welche Entfernung die Grundstücke liegen,¹¹⁵ darüber hinaus auch die anderen Mieter im Haus.¹¹⁶

Die Klage richtet sich grds gegen den unmittelbaren Störer. Sofern der Vermieter die Störung, die sich aus der Airbnb-Untervermietung seines Hauptmieters ergibt, ausdrücklich erlaubt bzw von dieser weiß

¹¹⁰ *Rassi*, §523 Rz 21.

¹¹¹ Vgl *Holzner in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON ^{1.06} § 372 (Stand 1.1.2023, rdb.at) Rz 4.

¹¹² § 364 Abs 2 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch idF JGS 1811/946 zuletzt geändert durch BGBl I 2003/91.

¹¹³ Vgl *Holzner*, § 364 Rz 5 mwN.

¹¹⁴ Vgl *Seidl*, Rz 101.

¹¹⁵ Vgl *Illedits in Schwimann/Neumayr*, ABGB Taschenkommentar⁶ (2023) § 364 ABGB Rz. 11; OGH 9 Ob 72/08s MietSlg 60.018.

¹¹⁶ Vgl RIS-Justiz RS0010644.

und in der Lage wäre, diese zu beseitigen, dies jedoch unterlässt, kann der betroffene Nachbar seine Unterlassungsklage auch gegen den Vermieter, der dann als mittelbarer Störer auftritt, richten.

Sogar Airbnb selbst könnte in diesem Zusammenhang als mittelbarer Störer belangt werden und zwar dann, wenn Airbnb davon Kenntnis hat, dass eine unzulässige (Unter-)Vermietung vorliegt und das entsprechende Inserat dennoch nicht löscht.¹¹⁷

Im Verhältnis zur Eigentumsfreiheitsklage nach § 523 ABGB ist § 364 Abs 2 lex specialis, weshalb sich auch Eigentümer vorrangig auf diesen Anspruch stützen können, sofern die obigen Voraussetzungen vorliegen.¹¹⁸

4. Besitzstörungsklage § 339 ABGB

Die wohl schnellste Möglichkeit, sich gegen unzulässige Störungen zur Wehr zu setzen, bietet die Besitzstörungsklage gem § 339 ABGB, die sowohl von Eigentümern als auch von Mietern erhoben werden kann. Die Klage muss binnen 30 Tagen ab Kenntnis von Störung und Störer geltend gemacht werden. Neben physischen Einwirkungen, kann damit auch gegen Lärmbelästigungen vorgegangen werden, wobei für die Schutzwürdigkeit des Mieters „eine wesentliche Änderung (Beeinträchtigung) der bisherigen Gebrauchsordnung erforderlich“ ist.¹¹⁹

Störer iSd § 339 ist derjenige der das störende Verhalten setzt, somit auch hier jedenfalls der störende Airbnb-Gast selbst. *Kodek* vertritt hier eine Interessensabwägung und kommt damit zum Ergebnis, dass auch bei der Besitzstörung die mittelbaren Störer, wie Wohnungseigentümer oder andere Mieter belangt werden können, sofern diesen die Beherrschung der Gefahr, bzw Abhilfemaßnahmen zu den Störungen möglich sind und diese unterbleiben.¹²⁰

F. Zwischenfazit zu zivilrechtlichen Aspekten

Zusammenfassend kann für die zivilrechtlichen Aspekte der Airbnb-Vermietung gesagt werden, dass die Abgrenzung zwischen Beherbergung und Raummiete im Detail schwierig und einzelfallbezogen ist. Die Abgrenzung spielt aber vor allem mietrechtlich gar keine so große Rolle, da im Rahmen einer Airbnb-Tätigkeit regelmäßig auch weitere Ausnahmetatbestände vom MRG vorliegen und damit im Verhältnis Gastgeber-Gast die allgemeinen zivilrechtlichen Bestimmungen zur Anwendung kommen. Für den Gastgeber, der selbst nur Mieter ist und Airbnb-Vermietung im Rahmen einer Untervermietung betreibt, spielt die Abgrenzung von Beherbergung und Raummiete lediglich für die Anwendbarkeit des § 26 MRG eine Rolle.

Sofern im Hauptmietvertrag ein Untermietverbot vereinbart wurde, ist dieses sowohl für Raummiete als auch für Beherbergungen beachtlich. Entscheidend ist hier, welchem Regime der Hauptmietvertrag

¹¹⁷ Vgl *Seidl*, Rz 98.

¹¹⁸ Vgl *Seidl*, Rz 152.

¹¹⁹ *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 339 (Stand 15.4.2024, rdb.at) Rz 5.

¹²⁰ Vgl *Kodek*, § 339 Rz 11f.

unterliegt, da sich der Vermieter im Rahmen des MRG nur aus wichtigen Gründen auf ein solches Untermietverbot berufen kann, welcher aber durch die Airbnb-Vermietung regelmäßig vorliegen wird (insbesondere durch die gänzliche Weitergabe bzw die Weitergabe zu unverhältnismäßig hohem Entgelt).

Im WGG können sich GBVs jederzeit auf ein vertragliches Kündigungsverbot berufen, sofern sie ihre Tätigkeit iSd § 8 Abs 2 Z 1 und 2 WGG auf einen bestimmten Personenkreis (auf Angehörige eines bestimmten Unternehmens oder eines Berufs) einschränken. Ist das nicht der Fall kann sich die GBV auch im WGG nur aus wichtigem Grund auf ein Untermietverbot berufen. Wenngleich aus § 8 Abs 3 WGG keine Verpflichtung der GBV abgeleitet werden kann, ihre Nutzungsverträge hinsichtlich Untermietverbote anzupassen, liegen entsprechende Verbote in der Praxis nahezu immer vor und wird auch hier im Rahmen der Airbnb-Vermietung ein wichtiger Grund iSd § 11 MRG vorliegen. Das Untermietverbot wird durch nachträglichen Erwerb des bisherigen Mieters nach §§ 15b WGG durchbrochen, auch hier sind aber weiterhin die Mietzinsbeschränkungen des § 15h WGG beachtlich, sofern die Wohnung anschließend in Form einer bloßen Raummiete überlassen wird. Da aber bei Airbnb-Vermietung zumeist ein Ausnahmetatbestand iSd § 1 Abs 2 MRG vorliegt, richtet sich die Zulässigkeit solcher Vermietungen bzw Beherbergungen nach § 16 WEG und allenfalls bestehenden förderungsrechtlichen Sonderbestimmungen.

Für die Kündigungsgründe des MRG bzw des ABGB spielt die Einordnung des Vertragsverhältnisses Gastgeber-Gast keine Rolle. Die behandelten Kündigungsgründe sind nämlich vor allem vom Verhalten des Hauptmieters bzw seiner Gäste, die er sich zurechnen lassen muss, abhängig und nicht von der rechtlichen Einstufung dieser Vertragskonstellation. Den wesentlichsten Einfluss hat die Einstufung als Beherbergungsvertrag im Bereich des Wohnungseigentumsrechts, da Beherbergungen nicht mehr von der wohnungseigentumsrechtlichen Widmung „Wohnen“ umfasst sind und somit eine genehmigungspflichtige Widmungsänderung darstellen, für die die Zustimmung aller Wohnungseigentümer notwendig ist. Ähnlich wie die Kündigung aus Sicht des Hauptmieters im MRG bzw ABGB, droht dem Wohnungseigentümer im Rahmen der Airbnb-Vermietung ein Ausschluss aus der Wohnungseigentümergeinschaft mit anschließender Versteigerung seines Anteils gem § 36 WEG. Die Klagsgründe entsprechen dabei iW den einschlägigen Kündigungsgründen des MRG.

Für den Fall, dass eine, aus wohnungseigentumsrechtlicher Sicht, widmungswidrige Airbnb-Nutzung vorliegt, können sich andere Wohnungseigentümer außerdem mittels Eigentumsfreiheitsklage nach § 523 ABGB wehren. Im Rahmen von schlichtem Miteigentum ist darauf zu achten, dass die Airbnb-Nutzung von einer allenfalls bestehenden Benützungsvereinbarung gedeckt ist, widrigenfalls ebenfalls eine Eigentumsfreiheitsklage nach § 523 ABGB droht.

Gegen Störungen im Zusammenhang mit der Airbnb-Nutzung (hier ist insbesondere an vermehrte Lärmbelästigung durch die Gäste zu denken) bietet das ABGB zahlreiche Unterlassungsansprüche, die

sowohl Wohnungseigentümern, Mitmietern und sogar nur mittelbaren Nachbarn gewährt werden, wobei die schnellste Abwehrmöglichkeit die Besitzstörungsklage nach § 339 ABGB sein dürfte.

Bei sämtlichen Abwehransprüchen müssen die Störungen allerdings ein gewisses Ausmaß erreichen, sodass nicht schon bei jeder kleinsten Störung Abhilfemaßnahmen zustehen.

III. Bau- und Raumordnungsrecht

A. Allgemeines

Neben den soeben dargestellten zivilrechtlichen Aspekten, spielt auch das Bau- und Raumordnungsrecht eine nicht zu unterschätzende Rolle, wenn es um die touristische Nutzung von Wohnraum geht. Gemäß Artikel 15 Abs 1 B-VG fällt das Bauwesen sowohl in der Gesetzgebung als auch in der Vollziehung in die Kompetenz der Länder. Die Erteilung von Baubewilligungen erfolgt gemäß Art 118 Abs 3 Z 9 B-VG im eigenen Wirkungsbereich der Gemeinden. Das Raumordnungsrecht wird nicht als eigene Kompetenzmaterie gesehen, sondern als Querschnittsmaterie verschiedener Bundes- und Länderkompetenzen, wobei sich die raumordnungsrechtlichen Befugnisse und Kompetenzen jeweils aus den einzelnen Querschnittsmaterien, in diesem Fall dem Bauwesen, ableiten. Darunter fallen etwa die Kompetenz der Länder, Grundstücke für bestimmte Bebauungsarten zu widmen oder Baubeschränkungen im Rahmen von Flächennutzungs- und Bebauungsplänen zu erlassen. Für die Vollziehung der überörtlichen Raumplanung ist somit das jeweilige Bundesland zuständig.¹²¹ Die örtliche Raumplanung hingegen wird gem Artikel 118 Abs 3 Z 9 B-VG von den Gemeinden im eigenen Wirkungsbereich besorgt. In diese Kompetenz fallen etwa die Erstellung des Flächenwidmungsplans und des Bebauungsplans und damit letztlich die Entscheidung über die Nutzung am konkreten Standort. Da im Rahmen dieser Arbeit nicht auf einzelnen Gemeinden eingegangen werden kann, werden anschließend nur die Raumordnungen und Bauordnungen des Fokusgebiets Ostösterreich, also Wien, Niederösterreich und Burgenland hinsichtlich der einschlägigen Bestimmungen beleuchtet. Aufgrund der besonderen Bedeutung als Bundeshauptstadt und Touristenhochburg wird die Wiener Bauordnung nachfolgend besonders intensiv beleuchtet.¹²²

B. Wr. BauO

Die Wiener Bauordnung zeichnet die Besonderheit aus, dass sie sowohl Raumordnung als auch Bauordnung in einem Gesetz regelt.

1. Bewilligungspflicht

Um eine Wohnung zur touristischen Vermietung nutzen zu können, braucht es eine entsprechende baurechtliche Widmung bzw eine entsprechende Baubewilligung. In diesem Zusammenhang ist § 60 Abs 1 Wr. BauO einschlägig der in seinen relevanten Passagen wie folgt lautet:

¹²¹ Vgl *Ennöckl*, Rechtsgutachten zu den Wechselwirkungen zwischen Raumordnungs- und Gewerbebereich bei touristischer Kurzzeitvermietung (2024), 7.

¹²² Vgl *Schleitzer* 158ff.

„Bei folgenden Bauvorhaben ist, soweit nicht die §§ 62, 62a, 70a oder 70b zur Anwendung kommen, vor Beginn die Bewilligung der Behörde zu erwirken:

- a) Neu-, Zu- und Umbauten. Unter Neubau ist die Errichtung neuer Gebäude zu verstehen; ein solcher liegt auch vor, wenn nach Abtragung bestehender Bauwerke die Fundamente oder Kellermauern ganz oder teilweise wieder benützt werden. (...) Unter Umbau sind jene Änderungen des Gebäudes zu verstehen, durch welche die Raumeinteilung oder die Raumwidmungen so geändert werden, dass nach Durchführung der Änderungen das Gebäude als ein anderes anzusehen ist (...).*
- c) Änderungen oder Instandsetzungen von Bauwerken, wenn diese von Einfluss auf die Festigkeit, die gesundheitlichen Verhältnisse, die Feuersicherheit oder auf die subjektiv-öffentlichen Rechte der Nachbarn sind oder durch sie das äußere Ansehen oder die Raumeinteilung geändert wird, sowie jede Änderung der bewilligten Raumwidmungen oder des bewilligten Fassungsraumes eines Bauwerks; im Falle einer Änderung der Verwendung von Aufenthaltsräumen in Wohnzonen die rechtmäßig bestehende Benützung der Aufenthaltsräume als Wohnungen oder Betriebseinheiten im gesamten Gebäude, sofern diese unter Berücksichtigung der beantragten Änderung nicht ausdrücklich als Wohnungen oder Betriebseinheiten bereits gewidmet sind.“¹²³*

Liegt durch die touristische Nutzung also ein Umbau bzw eine Änderung iSd lit a) bzw. c) vor, so bedarf diese Nutzung einer Baubewilligung, bevor mit der touristischen Vermietung begonnen werden darf. § 119 Abs 2a lit a) hält in diesem Zusammenhang ausdrücklich fest, dass die „gewerbliche Nutzung für kurzfristige Beherbergungszwecke“ keinen unmittelbaren Wohnzweck darstellt und auch keine Nutzung ist, „die üblicherweise in Wohnungen ausgeübt“ wird und daher insgesamt in Wohnungen unzulässig ist.¹²⁴ Absatz 2a mit seiner ausdrücklichen Klarstellung zur gewerblichen Beherbergung wurde erst im Zuge der Novelle 2023¹²⁵ eingeführt. Die Ansicht, dass die gewerbliche Nutzung zu Beherbergungszwecken nicht mehr vom Wohnzweck erfasst ist, wurde aber bereits zuvor von der Rsp und der Lit vertreten und mit besonderen ausstattungspezifischen Erfordernissen abseits der Wohnnutzung begründet.¹²⁶ Die Wohnung wird in § 119 Abs 2 definiert als „die Gesamtheit von einzelnen oder zusammenliegenden Räumen, die baulich in sich abgeschlossen sind, über einen eigenen Zugang vom Stiegenhaus oder Hausflur oder von außen verfügen, die selbstständige Führung eines eigenen Haushalts ermöglichen und zu Wohnzwecken bestimmt sind. Die Nutzfläche einer Wohnung muss mindestens 30 m² betragen. Jede Wohnung muss über mindestens eine Toilette, eine Dusch- oder Badegelegenheit und eine Kochgelegenheit im Wohnungsverband verfügen. Eine Wohnung muss zumindest aus einem Aufenthaltsraum bestehen. Bei Wohnungen mit mehr als zwei Aufenthaltsräumen

¹²³ § 60 Abs 1 lit a Wr. BauO LGBI 1930/11 idF LGBI 2023/37.

¹²⁴ § 119 Abs 2a lit a Wr BauO LGBI 1930/11 idF LGBI 2023/37.

¹²⁵ Wiener Bauordnungsnovelle LGBI 2023/37.

¹²⁶ Vgl Schleinzer 163 mwN.

muss mindestens eine Toilette in einem separaten Raum untergebracht werden.(...)“¹²⁷ Entscheidend bei der Wohnungsdefinition ist die Möglichkeit zur selbständigen Führung eines eigenen Haushalts.¹²⁸ Aufenthaltsräume werden durch § 87 Abs 3 Wr BauO konkretisiert als Räume, „die zum länger dauernden Aufenthalt von Personen bestimmt sind (zB Wohn- und Schlafräume, Arbeitsräume, Unterrichtsräume).“¹²⁹

Aus § 119 Abs 2a geht jedoch nicht hervor, was eine verpönte „gewerbliche Nutzung für kurzfristige Beherbergungszwecke“ genau sein soll. Der Begriff wird auch sonst nirgendwo in der Wr BauO definiert. Zur Interpretation dieses Begriffs sind die Erläuternden Bemerkungen und die Rsp zu § 7a Abs 3 Wr BauO heranzuziehen, die die einzelnen Tatbestandsmerkmale konkretisieren.

2. Wohnzonen

§ 7a Wr BauO regelt die sog. „Wohnzonen“ und ist bereits seit 1.1.2014 in Kraft, wobei entsprechende Vorgängerbestimmungen bereits seit 1991¹³⁰ in Kraft standen. § 7a wurde bereits mehrfach novelliert, letztmalig im Zuge der Novelle 2023 und lautet in der aktuellen Fassung wie folgt:

„Wohnzonen

§ 7a.

- (1) In den Bebauungsplänen können 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.*
- (2) Die Wohnzonen sind von den übrigen Gebieten eindeutig abzugrenzen. Die Grenzen der Wohnzonen können mit Fluchtlinien zusammenfallen.*
- (3) Aufenthaltsräume in Wohnzonen, die als Wohnung oder Teile einer solchen Wohnung im Zeitpunkt der 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. Ein Aufenthaltsraum wird 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.*
- (4) In Gebäuden, in denen das Flächenausmaß für Wohnungen das für Büro- oder Geschäftsräume überwiegt, ist der Ausbau von Dachgeschossen nur für Wohnungen, Hauswaschküchen und die dazugehörigen Nebenräume sowie für Triebwerksräume zulässig.*

¹²⁷ § 119 Abs 2 Wr BauO LGBI 1930/11 idF LGBI 2023/37.

¹²⁸ Vgl Schleizer 164.

¹²⁹ §87 Abs 3 Wr BauO LGBI 1930/11 idF LGBI 2023/37.

¹³⁰ Wiener Bauordnung idF LGBI 1991/37.

- (5) *Ausnahmen von Abs. 3 sind auf Antrag durch die Behörde zuzulassen, wenn die im Gebäude verbleibende Wohnnutzfläche mindestens 80 vH der Summe aller Nutzflächen, jedoch unter Ausschluss des Erdgeschoßes und der Kellergeschoße beträgt; weiters sind Ausnahmen von Abs. 3 und 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 in einer Wohnzone und im gleichen Bezirk befindlicher Wohnraum geschaffen wird, der zum Zeitpunkt seiner Schaffung hinsichtlich der Wohnungsgröße, Ausstattung und der hierfür durchschnittlich fiktiv erzielbaren Miete gleichwertig ist.*
- (6) *Durch die Verhängung einer zeitlich begrenzten Bausperre über ein Stadtgebiet, das in einer Wohnzone liegt, werden die aus der Wohnzone erfließenden Verpflichtungen nicht berührt*¹³¹

Abs 1 legt die Gründe fest, aus denen in Wohngebieten bzw in gemischten Baugebieten in den Bebauungsplänen Wohnzonen ausgewiesen werden können. Diese sind Stadtstruktur, Stadtentwicklung, Vielfalt der städtischen Nutzung des Baulandes sowie Ordnung des städtischen Lebensraumes zur Erhaltung des Wohnungsbestandes. Wohnzonen sind eindeutig als solche zu kennzeichnen und von anderen Gebieten deutlich abzugrenzen. De facto erstrecken sie sich heute über weite Teile des Stadtgebiets innerhalb des Gürtels.¹³²

Entscheidend für die Kurzzeitvermietung ist Abs 3, der vorschreibt, dass Aufenthaltsräume (iSd § 87 Abs 3), die im Zeitpunkt der Festsetzung der Wohnzone als Wohnung bzw als Teile davon gewidmet oder rechtmäßig in diesem Sinne verwendet wurden oder später neu errichtet werden, weiterhin nur als Wohnung verwendet werden dürfen. Eine Nutzung als Wohnung liegt entweder in der Nutzung zu Wohnzwecken oder in einer Tätigkeit, die üblicherweise in Wohnungen ausgeübt wird. Abs 3 letzter Satz stellt klar, dass die „gewerbliche Nutzung für kurzfristige Beherbergungszwecke“ keine solche Tätigkeit darstellt und verbietet somit grds eine solche Nutzung in Wohnzonen.

Was als Tätigkeit, die üblicherweise in Wohnungen ausgeübt wird, anzusehen ist, wird vom Gesetz nicht näher definiert. Ein Umkehrschluss, dass eine Tätigkeit, die auch außerhalb von Wohnungen ausgeübt wird, nicht mehr als eine solche Tätigkeit anzusehen ist, ist jedoch nicht zulässig. Dies ergibt sich aus den ErlRV¹³³ zur Bauordnungsnovelle Wr LGBI 1987/28. Demnach sollen Arztordinationen, Unterrichtstätigkeiten und Ähnliches jedenfalls unter die zulässigen Tätigkeiten fallen. Nach Ansicht *Schleinzers* soll hierunter auch die Privatzimmervermietung als häusliche Nebenbeschäftigung fallen.¹³⁴

¹³¹ § 7a Wr BauO LGBI 1930/11 idF LGBI 2023/37.

¹³² Vgl <https://www.wien.gv.at/flaechenwidmung/public/start.aspx?lang=de-AT&bookmark=7S0sxx1D8UL2IFJHecnBRm3-cOJZKRqRIut6H4L4EuXJ3xyY3xJ60Jw-b-b>

¹³³ ErlRV Blg 8/1987 WrLT. 3. (zu § 6 Abs 17 aF Wr BauO).

¹³⁴ Vgl *Schleitzer* 165.

Abs 4 weitet das Verwendungsgebot bzw den Ausschluss des Abs 3 auf Dachgeschosse aus, sofern im jeweiligen Gebäude „das Flächenausmaß für Wohnungen das für Büro- oder Geschäftsräume überwiegt.“ Damit schließt sich der Kreis zu § 119 Abs 2a und es braucht eine Klarstellung, was unter der gewerblichen Nutzung für kurzfristige Beherbergungszwecke zu verstehen ist.

Gewerblichkeit

Die erläuternden Bemerkungen zur Novelle 2018 stellen klar, dass gewerblich in diesem Zusammenhang nicht im Sinne der Gewerbeordnung, sondern „im Sinne einer regelmäßigen Zurverfügungstellung von Wohnräumen für Beherbergungszwecke gegen Entgelt zu verstehen“ ist.¹³⁵ Ausdrücklich nicht als gewerblich anzusehen, sind dagegen Fälle von „Home-Sharing“. Als Beispiele werden hier die Vermietung von Wohnräumen durch Studenten während der Ferien oder durch Wohnungsinhaber während eines Urlaubs genannt.¹³⁶

Die Gewerblichkeitsgrenze der Wr BauO ist damit deutlich geringer als jene der GewO und erfordert keinerlei zusätzliche Dienstleistungen (vgl dazu Kapitel IV.A.1.) Damit ist auch klar, dass ein Bestandsvertrag als gewerblich iSd Wr BauO gelten kann, ohne zivilrechtlich als Beherbergungsvertrag eingestuft zu sein, da auch dort die Erbringung zusätzlicher Dienstleistungen ein wichtiges Abgrenzungskriterium darstellt.

Holzer befürwortet, das Abweichen von der GewO für den Gewerblichkeitsbegriff und begründet dies zum einen damit, dass ein Verweis auf die GewO lediglich statischer Natur wäre und etwaige Änderungen in der GewO selbst damit nicht aufzufangen wären, zum anderen damit, dass es auch innerhalb der Bundesgesetzgebung unterschiedliche Gewerblichkeitsbegriffe gäbe. Für die Begriffswendung „gegen Entgelt“ stellt Holzer jedoch wieder auf die GewO ab und verlangt Gewinnerzielungsabsicht, da ansonsten die von der Novelle beabsichtigte Exklusion von „Gelegenheitsvermietungen“ ad absurdum geführt werden würde.¹³⁷ Diese Argumentation übersieht mE jedoch, dass 1. die ErlRV eben explizit nur Entgeltlichkeit verlangen und 2., dass die von Holzer angesprochenen Fälle im Rahmen der „Regelmäßigkeit“ aus dem Verbot ausscheiden.¹³⁸

Für die Regelmäßigkeit geht Holzer vom bestehenden System der Wr BauO aus und versteht daher unter Verweis auf die §§ 60 Abs 2 und 106 Abs 7 „unter regelmäßig iSd § 7a Abs 3 leg cit eine dauerhafte, sohin ständige und permanente Zurverfügungstellung für Kurzzeitvermietungen.“¹³⁹

¹³⁵ ErlRV Blg 27/2018 WrLT.8.

¹³⁶ ErlRV Blg 27/2018 WrLT.8.

¹³⁷ Holzer, Das Ende der gewerblichen Wohnraumvermietung in Wien?, wobl 2020, 167 (170f); der gleichen Ansicht Cech, Die Bauordnungsnovelle 2018, immolex 2019, 350.

¹³⁸ Vgl Schleinzer 166.

¹³⁹ Holzer, wobl 2020, 167 (171).

Schleinzer stellt unter Verweis auf die einschlägigen ErlRV und Wortmeldungen von Regierungsbeteiligten klar, dass genau hier die oben angesprochenen Fälle von „Home Sharing“ aus dem Verbotskreis ausscheiden.¹⁴⁰

Im Ergebnis ändert die Ansicht Holzers also nichts daran, dass sowohl nach seiner Ansicht (durch die fehlende Gewinnerzielungsabsicht und daher mangels Entgeltlichkeit) als auch nach der Ansicht von Schleinzer und den ErlRV (mangels Regelmäßigkeit) Fälle von „Home-Sharing“ iSd ErlRV nicht vom Verbot erfasst sind.

Kurzfristigkeit

Für das Kriterium der Kurzfristigkeit (eigentlich wäre der Begriff kurzzeitig bzw „für kurze Zeit“ passender) liefern die ErlRV 21/2023¹⁴¹ zu § 119 Abs 2a einen Anhaltspunkt. Demnach ist Kurzfristigkeit zwar immer nach den Umständen des Einzelfalls zu beurteilen, soll aber regelmäßig bei Vermietungen, die zur Entrichtung einer Ortstaxe führen (vgl dazu Kapitel V.D.1.), sowie bei gewerblicher Nutzung für Beherbergungszwecke vorliegen. Des Weiteren wird hierzu auf die einschlägige OGH-Judikatur¹⁴² verwiesen, wonach ein Zeitraum von 2-30 Tagen eine kurzfristige Vermietung darstelle. Holzer lässt den Begriff der Kurzzeitigkeit weitgehend unkommentiert und folgt der Ansicht, dass auf die Rsp des OGH zurückzugreifen ist.¹⁴³ Dass aus der zitierten OGH Judikatur nicht automatisch darauf geschlossen werden kann, dass Vermietungen unter 30 Tagen als kurzfristig einzustufen sind, behandelt *Seidl* in seinem Handbuch intensiv.¹⁴⁴

Nichtsdestotrotz hält auch das LVwG Wien¹⁴⁵ an dieser Ansicht fest und sieht die Kurzfristigkeit bei Vermietungen unter 30 Tagen generell als gegeben an. *Schleinzer* folgt dieser Ansicht und dem damit verbundenen Argument, dass Wohnungen für solche kurzen Zeiträume typischerweise an Touristen vermietet werden und längere Vermietungsdauern als 30 Tage dabei die Ausnahme seien.¹⁴⁶

Meines Erachtens kann dieser Argumentation nur so weit gefolgt werden, als dass das Angebot an Touristen die Kurzfristigkeit indiziert. Es sind jedoch immer die Umstände des Einzelfalls abzuwägen und nicht stur auf die Vermietungsdauer abzu zielen.

Beherbergungsbetrieb

Als letztes Tatbestandsmerkmal ist der Begriff des Beherbergungsbetriebs näher zu konkretisieren. Auch dieser wird in der Wr BauO nicht definiert. In Anlehnung an zwei Entscheidungen des LVwG

¹⁴⁰ Vgl *Schleinzer* 166.

¹⁴¹ ErlRV Blg 21/2023 WrLT.32.

¹⁴² OGH 23.04.2014, 5 Ob 59/14h

¹⁴³ *Holzer*, wobl 2020, 167 (171).

¹⁴⁴ Vgl *Seidl*, Rz 228; ausführlicher *Seidl*, Rz 142.

¹⁴⁵ Vgl LVwG Wien 13. 10. 2020, VGW-112/093/3762/2020; LVwG Wien 24. 11.2022, VGW-112/024/11162/2022; LVwG Wien 16. 1. 2023, VGW-112/024/5898/2022.

¹⁴⁶ Vgl *Schleinzer* 168.

Wien¹⁴⁷, die sich wiederum auf Judikatur des OGH und des VwGH stützten, können die Ausstattung der Wohnung, die Bewerbung im Internet, das Vorliegen eines Pauschalpreises, sowie zusätzlich erbrachte Dienstleistungen als entscheidende Merkmale für einen Beherbergungsbetrieb hervorgehoben werden. Die Kriterien ähneln damit jenen der zivilrechtlichen Abgrenzung zwischen Raummiete und Beherbergung, die Schwelle für einen Beherbergungsbetrieb iSd BauO ist aber nach Ansicht *Seidls* bereits bei einfachsten Schlafgelegenheiten erfüllt.¹⁴⁸

Ausnahmebewilligung gem § 7a Abs 5

Die Nutzung von Wohnungen bzw Aufenthaltsräumen in Wohnzonen für kurzfristige Beherbergungen iSd eben präsentierten Definition ist also grundsätzlich unzulässig. Eine Ausnahme von diesem Verbot normiert § 7a Abs 5 Wr BauO:

„Ausnahmen von Abs. 3 sind auf Antrag durch die Behörde zuzulassen, wenn die im Gebäude verbleibende Wohnnutzfläche mindestens 80 vH der Summe aller Nutzflächen, jedoch unter Ausschluss des Erdgeschoßes und der Kellergeschoße beträgt; weiters sind Ausnahmen von Abs. 3 und 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 in einer Wohnzone und im gleichen Bezirk befindlicher Wohnraum geschaffen wird, der zum Zeitpunkt seiner Schaffung hinsichtlich der Wohnungsgröße, Ausstattung und der hierfür durchschnittlich fiktiv erzielbaren Miete gleichwertig ist.“¹⁴⁹

Diese Ausnahme enthält vier unterschiedliche Tatbestände. Der erste Tatbestand, die sog. „80%-Ausnahme“ besagt, dass auf Antrag auch Nutzungen abseits von Wohnzwecken und sonstigen erlaubten Tätigkeiten zuzulassen sind, sofern im betroffenen Gebäude, unter Ausschluss von Erdgeschoss und Kellergeschossen, mind 80% der Nutzfläche Wohnnutzfläche bleibt.

Der zweite Tatbestand beinhaltet eine Ausnahme bei geminderter Wohnqualität, etwa aufgrund äußerer Umstände, fehlender sonstiger Wohnnutzung im Haus oder schlechter Lage im Erdgeschoss. Die Aufzählung der geminderten Wohnqualität ist lediglich demonstrativ (arg „wie“ bzw „oder“). Die Beeinträchtigung muss eine gewisse Schwelle erreichen, die im Gesetz aber nicht näher definiert wird. *Trapichler* ist der Ansicht, dass sich die Praxis hier vor allem mit Verkehrslärm an stark frequentierten Straßen beschäftigen wird müssen und die Behörde dazu ein entsprechendes Sachverständigengutachten verlangen wird.¹⁵⁰

¹⁴⁷ LVwG Wien 24.9.2020, VGW-211/055/15600/2019/A; LVwG Wien 13.10.2020, VGW-112/093/3762/2020.

¹⁴⁸ Vgl *Seidl*, Rz 229.

¹⁴⁹ § 7a Abs 5 Wr BauO LGBI 1930/11 idF LGBI 2023/37.

¹⁵⁰ Vgl *Trapichler*, Die Wiener Wohnzone, bbl 2020, 173 (180).

Eine dritte und vierte Ausnahme wurde für den Fall geschaffen, dass lokale Versorgungseinrichtungen oder gleichwertiger Wohnraum innerhalb einer Wohnzone des gleichen Bezirks errichtet werden. Unter lokalen Versorgungseinrichtungen sind sowohl Einzelhandels- als auch Dienstleistungsbetriebe zu verstehen, lediglich reine Büro- oder Industriebetriebe sollen nach *Trapichler* nicht darunterfallen.¹⁵¹

Der Tatbestand der Ersatzwohnung wurde im Zuge der Baurechtsnovelle 2023 verschärft. Während es vor der Novelle ausreichend war, dass der Ersatzwohnraum in räumlicher Nähe gelegen war, wobei diese Nähe nicht weiter konkretisiert wurde, muss dieser nun aufgrund des eindeutigen Wortlauts des Abs 5 ebenfalls in einer Wohnzone und im selben Bezirk liegen. Der Ersatzwohnraum muss sowohl bezüglich Größe, Ausstattung und fiktiv erzielbarer Miete gleichwertig sein.¹⁵² Liegt zumindest einer der Ausnahmetatbestände vor, besteht ein Rechtsanspruch auf eine entsprechende Ausnahmegewilligung (arg „sind auf Antrag durch die Behörde zuzulassen“).¹⁵³

3. 90-Tage Ausnahme

Abseits der Wohnzonen legt § 119 Abs 2a, wie oben erwähnt, fest, dass die Nutzung zur gewerblichen, kurzfristigen Beherbergung nicht vom Wohnzweck umfasst ist und eine solche Nutzung bzw eine Nutzung, für die eine Verpflichtung „zur Entrichtung einer Ortstaxe nach dem Wiener Tourismusförderungsgesetz in der jeweils geltenden Fassung besteht“¹⁵⁴ für maximal 90 Tage pro Kalenderjahr zulässig ist, sofern der Wohnsitz in der entsprechenden Wohnung nicht dauerhaft aufgegeben wird.

Darüberhinausgehende Kurzzeitvermietungen würden eine zweckwidrige Verwendung iSd § 129 Abs 1a darstellen und erfordern seit 01.07.2024 eine entsprechende Ausnahmegewilligung. Die Ausnahmegewilligung kann auf maximal 5 Jahre befristet werden, wobei nach Ablauf eine Neuerteilung grds möglich ist, und ist nur dann zu erteilen, wenn:

„1.sich die Wohnung nicht in einer Wohnzone oder in der Widmungskategorie „Grünland – Erholungsgebiet – Kleingartengebiet“, „Grünland – Erholungsgebiet – Kleingartengebiet für ganzjähriges Wohnen“ oder auf vorübergehend kleingärtnerisch genutzten Flächen befindet,

2.für die Errichtung der Wohnung keine Wohnbaufördermittel in Anspruch genommen worden sind,

3.die Mehrzahl der Wohnungen im betreffenden Gebäude weiterhin zu Wohnzwecken im Sinne des § 119 Abs. 2 und 2a genutzt wird und

4.dadurch nicht mehr als 50 vH der Nutzungseinheiten (§ 119 Abs. 1) des Gebäudes der gewerblichen Nutzung für kurzfristige Beherbergungszwecke dienen.“¹⁵⁵

¹⁵¹ Vgl *Trapichler*, bbl 2020, 173 (180).

¹⁵² Vgl *Schleinzner* 169; Seidl, Rz 237 noch kritisch hinsichtlich der begrifflichen Unschärfe der alten Rechtslage.

¹⁵³ Vgl *Schleinzner* 169.

¹⁵⁴ § 119 Abs 2a lit b) Wr BauO LGBI 1930/11 idF LGBI 2023/37.

¹⁵⁵ § 129 Abs 1a Z 1-4 Wr BauO LGBI 1930/11 idF LGBI 2023/37.

Die Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen. Dem Antrag auf Ausnahmegewilligung ist die schriftliche Zustimmung aller Eigentümer des Gebäudes beizulegen. Mittlerweile liegt ein Merkblatt¹⁵⁶ der Stadt Wien zur Beantragung vor, dessen Inhalt jedoch nach Ansicht *Ortner*s zumindest im Spannungsverhältnis, wenn nicht sogar im Widerspruch zum Gesetzestext steht.¹⁵⁷

Z 1 und 2 dienen dazu die genannten Widmungen vor erwerbsmäßiger Nutzung zu schützen, da diese Kategorien eben ausschließlich für Erholungs- und Wohnzwecke vorgesehen sind. Z 2, stellt außerdem sicher, dass Förderungen, die die Schaffung von leistbarem Wohnraum zum Zweck haben, nicht für kommerzielle Ziele zweckentfremdet werden. Die Z 3 und 4 sichern die überwiegende Wohnnutzung innerhalb einzelner (Wohn)- Gebäude ab.¹⁵⁸

Schleinzer erkennt in der Novelle der §§ 119 Abs 2a iVm § 129 Abs 1a Wr BauO nicht die vom Gesetzgeber geplante Verschärfung bzw Einschränkung der Zweckentfremdung von Wohnungen. Für sie wäre vielmehr schon nach alter Rechtslage eine, über das „Home-Sharing“ hinausgehende, Kurzzeitvermietung umwidmungspflichtig und daher im Baubewilligungsverfahren ohne eine solche Umwidmung unzulässig, wenngleich sie auch anmerkt, dass die gelebte Praxis eine andere gewesen sei und Kurzzeitvermietungen außerhalb von Wohnzonen oft toleriert worden waren.¹⁵⁹

Die Privatzimmervermietung benötigt nach Ansicht *Schleinzers* keine Ausnahmegewilligung iSd § 129 Abs 1a, solange gleichzeitig auch eine Nutzung für Wohnzwecke vorliegt. Sie begründet dies, wie eingangs des Kapitels erwähnt damit, dass die Privatzimmervermietung als Tätigkeit, die üblicherweise in Wohnungen ausgeführt werde, anzusehen sei und somit als zulässige Nutzung gem § 119 Abs 2a gelte.¹⁶⁰ Dass zusätzlich ein tatsächlicher Wohnzweck gegeben sein muss, lässt sich aus dem Wortlaut des Absatz 2a eigentlich nicht entnehmen, ist in der Lit aber durchwegs anerkannt.¹⁶¹

4. Konsequenzen bei Verstoß

Als Konsequenzen für eine, aus baurechtlicher Sicht, unzulässige Nutzung bzw Nutzung ohne erforderliche Ausnahmegewilligung drohen baupolizeiliche Aufträge zur Einstellung der konsenswidrigen Nutzung bzw empfindliche Verwaltungsstrafen. Im Rahmen des neu eingeführten § 135 Abs 6a wird nun ausdrücklich festgehalten, dass bereits das Anbieten von Wohnungen über den erlaubten Nutzungszweck hinaus, als Verwaltungsübertretung strafbar ist. Die Strafe beträgt gem § 135 Abs 1 bis zu 50.000 € bzw bis zu zwei Wochen Ersatzfreiheitsstrafe. Ebenfalls neu ist, dass gem § 129 Abs 1 für die bewilligungsgemäße Benützung der Räume der Eigentümer und der Vermieter (sofern diese Personen nicht identisch sind) gemeinsam haften, wenn der Vermieter über die zulässige

¹⁵⁶ <https://www.wien.gv.at/wohnen/baupolizei/pdf/merkblatt-verwendung-wohnungen-kurzzeitvermietung.pdf>

¹⁵⁷ Vgl *Ortner*, Nächste Runde gegen die Kurzzeitvermietung in Wien, bauaktuell 2024, 51.

¹⁵⁸ Vgl *Seidl*, Rz 258.

¹⁵⁹ Vgl *Schleinzer* 170.

¹⁶⁰ Vgl *Schleinzer* 167.

¹⁶¹ Vgl *Seidl*, Rz 210; *Ortner*, bauaktuell 2024, 51; *Schleinzer* 167, die sich für eine legistische Anpassung zur Klarstellung ausspricht.

Benützungsart in Kenntnis gesetzt wurde und sich dennoch nicht daran hält. Ein Verstoß gegen § 7a Abs 3 (Wohnzonen) wird dabei grds als unzulässige Nutzung iSd § 129 Abs 1 gesehen.¹⁶²

Neben den Sanktionen, die sich direkt aus der BauO ergeben, können Verstöße gegen die BauO auch wettbewerbsrechtliche Folgen haben. *Vonkilch/Scharmer* vertreten diesbezüglich, dass ein einschlägiger Verstoß gegen die BauO einen Rechtsbruch iSd § 1 UWG¹⁶³ darstellt, der zu einem unlauteren Vorteil führt, da solche Anbieter durch den Verstoß unzulässigerweise Quartiere in besonders guter Lage anbieten können. Potentielle Mitbewerber, die einen (Unterlassungs-)Anspruch nach UWG geltend machen könnten, wären nach dieser Ansicht etwa andere (Airbnb)-Kurzzeitvermieter oder klassische Beherbergungsbetriebe.¹⁶⁴ Abgerundet wird das Sanktionspaket durch den ebenfalls neuen § 137a, der die datenschutzrechtliche Grundlage zur Verarbeitung und Übermittlung der entsprechenden Daten zwischen den involvierten Behörden sicherstellt und damit eine effektive Kontrolle der Vorschriften gewährleistet.¹⁶⁵

C. Wiener Zweitwohnsitzabgabegesetz

Eine weitere Erschwernis für die touristische Kurzzeitvermietung dürfte das derzeit im Entwurf befindliche Gesetz über die Erhebung einer Abgabe von Zweitwohnungen (Wiener Zweitwohnsitzabgabegesetz-WZWAG)¹⁶⁶ mit sich bringen. Das Gesetz sollte ursprünglich bereits mit 1. Jänner 2025 in Kraft treten, wurde jedoch aufgrund einer Novelle des B-VG, mit der den Ländern mehr Kompetenzen im Rahmen des Volkswohnungswesens zugewiesen wurden, vorerst auf Eis gelegt. Das Büro des zuständigen Finanzstadtrats, Peter Hanke, kündigte im Zuge dieser Novelle an, die neue Kompetenzlage umfassend zu prüfen und dabei auch die geplante Zweitwohnsitzabgabe mitzubersichtigen.¹⁶⁷ Nichtsdestotrotz wird der Entwurf in seiner aktuellen Fassung nachstehend dargestellt. Nach dem Gesetzesentwurf ist für jede Zweitwohnung eine Abgabe fällig, wobei als Zweitwohnung gem § 2 Z 1 jede Wohnung gilt, für die keine Meldung als Hauptwohnsitz besteht. Abgabepflichtig ist gem § 3 der jeweilige Eigentümer, im Fall von schlichtem Miteigentum haften alle Eigentümer solidarisch, bei Wohnungseigentum nur der jeweilige Wohnungseigentümer.

Wird eine Wohnung zur Gänze für mindesten 6 Monate entgeltlich überlassen, so ist gem § 3 Z 3 der jeweilige Bestandsnehmer für diese Zeit abgabepflichtig. Der Eigentümer haftet gem § 3 Z 4 solidarisch bis zum Ende des Monats, in dem er den Beginn des Bestandsverhältnisses nachweislich bekanntgegeben hat. Dies gilt sinngemäß auch für Untervermietungen.

¹⁶² Vgl *Schleinzer* 171.

¹⁶³ Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, BGBl 1984/448 idF BGBl I 2023/99.

¹⁶⁴ Vgl *Vonkilch/Scharmer*, Verbotene Kurzzeitvermietung über Plattformen wie Airbnb im Lichte des UWG, Zak 2019/707, 388(388-389).

¹⁶⁵ Vgl *Ortner*, bauaktuell 2024, 51.

¹⁶⁶ <https://www.wien.gv.at/recht/landesrecht-wien/begutachtung/pdf/2023011.pdf>

¹⁶⁷ <https://www.derstandard.at/story/3000000241953/wiener-zweitwohnungsabgabe-kommt-nun-doch-nicht>

§ 4 normiert taxativ zahlreiche Ausnahmen von der Abgabepflicht die relevantesten aus Sicht der Kurzzeitvermietung sind:

„2. Wohnungen, die trotz nachgewiesener geeigneter Bemühungen über einen Zeitraum von insgesamt sechs Monaten im Kalenderjahr zum ortsüblichen Mietzins nicht vermietet werden können;

3. Wohnungen, die bestimmungsgemäß ausschließlich Zwecken der entgeltlichen Überlassung nach dem Wiener Tourismusförderungsgesetz dienen und

a) nicht von der ansonsten abgabepflichtigen Person oder deren Angehörigen (§ 25 Bundesabgabenordnung) benützt werden, und

b) an denen keine über die übliche touristische Überlassung hinausgehende Verfügungsrechte bestehen;“¹⁶⁸

Die ErlBemerkungen¹⁶⁹ gehen bei der Z 2 davon aus, dass in einem solchen Fall aufgrund fehlender Nachfrage keine „besondere Leistungsfähigkeit indiziert“ ist und eine Abgabepflicht daher sachlich nicht gerechtfertigt wäre. Dabei übersieht die Ausnahme mE den möglichen Fall, dass ein Vermieter zunächst versucht, die Zweitwohnung zum ortsüblichen Mietzins zu vermieten, dies nicht gelingt und er anschließend auf touristische Kurzzeitvermietung umstellt. Sollte diese Umstellung erfolgreich sein und der Vermieter die Wohnung als touristischen Beherbergungsbetrieb nutzen, so wäre er nach Z 2 trotz zweifellos vorliegender Leistungsfähigkeit (der Mietzins wird bei entsprechender Auslastung deutlich über dem ortsüblichen Mietzins liegen) nicht abgabepflichtig.

Diese vermeintliche Lücke wird aber durch Z 3 weitestgehend geschlossen, indem sie Wohnungen, die ausschließlich zur entgeltlichen Überlassung nach dem Wiener Tourismusförderungsgesetz (vgl Kapitel V. D. 1.) dienen, und bei denen keine Eigennutzung der abgabepflichtigen Person bzw eines nahen Angehörigen besteht, von der Abgabe ausnehmen. Außerdem darf kein, über die übliche touristische Nutzung hinausgehendes, Verfügungsrecht bestehen. Maßgeblich ist hier zunächst, ob eine Abgabepflicht nach dem Wiener Tourismusförderungsgesetz besteht. Diese wird nach § 11 des Gesetzes bei Unterkunft gegen Entgelt fällig, wobei als Unterkunft gem. § 11 Abs 2 Z 1 Beherbergungsbetriebe und sonstige Unterkünfte gelten. Begründet wird dies in den ErlBemerkungen¹⁷⁰ zum WZAG damit, dass solche Wohnungen aufgrund der Nutzung ohnehin nicht als Hauptwohnsitz zu mobilisieren seien. Mit dem Wort bestimmungsgemäß soll zum Ausdruck gebracht werden, dass zeitliche Unterbrechungen wegen schlechter Auslastung oder aufgrund eines Betriebsurlaubs nicht schaden, solange der

¹⁶⁸ § 4 Abs 1 Z 2 und 3 Entwurf zum WZAG.

¹⁶⁹ ErlBemerkungen: <https://www.wien.gv.at/recht/landesrecht-wien/begutachtung/pdf/2023011.pdf>, 8.

¹⁷⁰ ErlBemerkungen: <https://www.wien.gv.at/recht/landesrecht-wien/begutachtung/pdf/2023011.pdf>, 9f.

bestimmungsgemäße Zweck grundsätzlich weiterverfolgt wird. Privatzimmervermietungen werden in der Ausnahme nicht genannt, weil diese schon per Definition nur als häusliche Nebenbeschäftigung im eigenen Hausstand, somit nur am eigenen Hauptwohnsitz (bzw in räumlichem Naheverhältnis, solange zum Hauptwohnsitz noch ein gemeinsamer Hausstand vorliegt¹⁷¹) ausgeübt werden kann und am Nebenwohnsitz daher gar nicht möglich ist.

Die Abgabe besteht gem § 5 aus einem Grundbetrag und Zu- bzw Abschlägen. Der Grundbetrag ist gem § 5 Abs 2 nach Nutzfläche gestaffelt und beträgt je Wohnung und Kalenderjahr:

„a) für Wohnungen bis 60 m2 Nutzfläche 300,- Euro,

b) für Wohnungen bis 130 m2 Nutzfläche 450,- Euro,

c) für Wohnungen über 130 m2 Nutzfläche 550,- Euro.“¹⁷²

Für jede weitere (zusätzlich zur 1. Zweitwohnung) Wohnung erfolgt ein Zuschlag um jeweils 50%. Neben den bestehenden Zu- und Abschlägen kann der Gemeinderat unter gewissen Voraussetzungen durch Verordnung weitere Zu- und Abschläge festsetzen.

§ 6 schreibt vor, dass die abgabepflichtige Person binnen eines Monats ab Entstehen der Abgabepflicht eine Erklärung bzgl der, für die Bemessung der Abgabe maßgeblichen, Umstände bei der Behörde einzureichen hat.

§ 7 regelt die Fristen bzgl Entstehen und Fälligkeit des Abgabeanspruchs. Demnach entsteht der Anspruch grds mit Beginn des Kalendermonats, in dem ein Abgabetatbestand verwirklicht wird und ist mit Bescheid festzusetzen. Für das Jahr 2025 wäre die Abgabe mit Ablauf eines Monats nach Bekanntgabe des Abgabebescheids fällig gewesen, in jedem weiteren Jahr ist die Abgabe bis zum 30. November zu entrichten.

Für den Fall, dass eine Wohnung nicht durchgängig entsprechend Ziffer 3 touristisch genutzt wird und daher neben der Ortstaxe auch eine Abgabe nach dem WZWAG anfällt, sieht § 8 reduzierte Beträge für die Abgabe vor.

Wer abgabenrechtliche Anzeige-, Offenlegungs- oder Wahrheitspflicht iSd Gesetzes verletzt, muss mit Geldstrafen bis zu 21.000€ bzw Ersatzfreiheitsstrafe bis zu 6 Wochen rechnen.

Die Abgabenbehörde darf zum Zweck der ordnungsgemäßen Abgabenerhebung sämtliche relevanten Daten, wie ausschließliche Nebenwohnsitzadressen im gesamten Stadtgebiet, Daten der gemeldeten Personen etc von der Meldebehörde anfordern und zum Zweck der Abgabenerhebung weiterverarbeiten.

¹⁷¹ Vgl zum Kriterium der Häuslichkeit ausführlich *Ofner*, Rechtliche Rahmenbedingungen der Kurzzeitvermietung (2023), 11ff.

¹⁷² § 5 Abs 2 lit a-c) Entwurf WZWAG.

Der Entwurf stieß auf einige Kritik. Die Arbeiterkammer Wien etwa forderte zum einen eine Ausweitung der Ausnahme auf Wochenpendler zum anderen die Streichung der Ausnahme für Wohnungen im Eigentum von gemeinnützigen Bauvereinigungen.¹⁷³ Ob und in welcher Form der Entwurf noch umgesetzt wird, bleibt abzuwarten.

D. Burgenland

Anders als in Wien, werden Raumordnungs- und Baurecht im Burgenland in verschiedenen Gesetzen geregelt. Die überörtliche und örtliche Raumplanung wird durch das burgenländische Raumplanungsgesetz 2019 (Bgld RPG 2019)¹⁷⁴ geregelt, während das Baurecht dem burgenländischen Baugesetz 1997 (Bgld BauG)¹⁷⁵ unterliegt. Die Raumordnungsgesetze der Länder sehen grds drei Widmungskategorien vor (Bauland, Grünland, Sonder-/Verkehrsflächen), die wiederum jeweils in mehrere Widmungsarten unterteilt sind und von Land zu Land stark voneinander abweichen. Die gewerbliche Beherbergung ist in bestimmten Widmungskategorien immer zulässig (=unbedingte Zulässigkeit), in anderen wiederum von bestimmten Voraussetzungen, wie etwa den zu erwartenden Emissionen, Auswirkungen auf das Ortsbild oder die Siedlungsstruktur abhängig. Die tatsächliche Zulässigkeit eines Betriebs kann daher in diesen Fällen nur aufgrund der vor Ort gegebenen Umstände beurteilt werden, im Rahmen dieser Arbeit werden lediglich die rechtlichen Grenzen, innerhalb denen eine solche Prüfung stattzufinden hat, vorgestellt.¹⁷⁶

Die Beherbergung wird im bgld RPG 2019 nicht explizit erwähnt, weshalb die Zulässigkeit anhand der allgemeinen Bestimmungen bzgl Flächenwidmungsplan zu beurteilen ist. Dieser hat gem § 31 Abs 1 Bgld RPG das Gemeindegebiet räumlich zu gliedern und die Widmungsarten festzulegen, wobei als Widmungsarten gem § 32 Abs 1 Bauland, Verkehrsflächen und Grünland in Frage kommen.

Die für Beherbergung potentiell maßgebliche Widmung Bauland wird in § 33 Abs 3 weiter konkretisiert:

„Im Bauland sind nach Erfordernis und Zweckmäßigkeit Wohngebiete, Dorfgebiete, Geschäftsgebiete, Industriegebiete, Betriebsgebiete, gemischte Baugebiete, Baugebiete für Erholungs- oder Tourismuseinrichtungen, Sondergebiete und Baugebiete für förderbaren Wohnbau gesondert auszuweisen.“¹⁷⁷

Anschließend werden in den Z 1-9 die einzelnen Kategorien weiter definiert. Wohngebiete (Ziffer 1) sind für Wohngebäude samt den dazugehörigen Nebengebäuden bestimmt. Betriebe dürfen auf solchen Gebieten nur errichtet werden, sofern sie der täglichen Versorgung bzw den kulturellen Bedürfnissen der Bewohner des Wohngebiets dienen. Sobald ein Betrieb eine gewisse Anziehungskraft auch für Bewohner aus der weiteren Umgebung entfaltet, ist ein solcher Betrieb im Rahme der Widmung

¹⁷³ <https://www.wien.gv.at/recht/landesrecht-wien/begutachtung/pdf/2023011.pdf>.

¹⁷⁴ Burgenländisches Raumplanungsgesetz 2019 LGBI 2019/49 idF LGBI 2024/107.

¹⁷⁵ Burgenländisches Baugesetz 1997 LGBI 1998/10 idF LGBI 2024/97.

¹⁷⁶ Ennöckl, Rechtsgutachten zu den Wechselwirkungen zwischen Raumordnungs- und Gewerbebereich bei touristischer Kurzzeitvermietung, September 2024, 14.

¹⁷⁷ § 33 Abs 3 Bgld RPG LGBI 2019/49 idF LGBI 2024/107.

„Wohngebiet“ unzulässig. Für die Airbnb-Vermietung bedeutet das, dass ein gewerblicher Beherbergungsbetrieb (iSd GewO; siehe dazu Kapitel IV.A.) in Wohngebieten unzulässig ist.¹⁷⁸

Die Widmung „Dorfgebiet“ (Ziffer 2) umfasst unter anderem Gebäude für gewerbliche Kleinbetriebe und Gebäude für den Tourismus, sofern sie sich dem Charakter des Dorfes anpassen. Der VwGH hat diesbezüglich bei einem Gasthaus und einer Pension mit Erdgeschoss, zwei Obergeschossen und ausgebautem Dachgeschoss ausgesprochen, dass auch solche Gebäude von der Widmung umfasst sind, da sie den „wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen der Einwohner des Dorfgebietes und dem Fremdenverkehr dienen.“¹⁷⁹ Legt man diesen Maßstab an, so werden gewerbliche Beherbergungen in dieser Größenordnung, also auch Airbnb-Vermietungen in einzelnen Wohnungen oder im Rahmen kleiner Betriebe, regelmäßig zulässig sein, größere Hotelanlagen sind jedoch nicht mehr von der Widmung erfasst.¹⁸⁰ Im Rahmen der Widmung „Dorfgebiet“ liegt also bedingte Zulässigkeit vor und es ist im Einzelfall zu prüfen, ob der Beherbergungsbetrieb eine gewisse Größe nicht überschreitet und „den wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen der Einwohner des Dorfgebietes und dem Fremdenverkehr“ dient.

Z 3 regelt die Geschäftsgebiete und versteht darunter etwa „Gebäude und Einrichtungen des Tourismus.“¹⁸¹ Dieser Begriff wird nicht weiter ausgeführt, *Ennöckl*¹⁸² sieht davon aber auch Beherbergungsbetriebe umfasst und geht daher von unbedingter Zulässigkeit von Beherbergungsbetrieben im Rahmen der Widmung als Geschäftsgebiet aus.

Z 4 regelt Industriegebiete und ist daher für Beherbergungsbetriebe nicht einschlägig. Z 5 regelt die Betriebsgebiete und definiert sie als Gebiete „(...) in denen nur gewerbliche Betriebsanlagen sowie die betriebsnotwendigen Verwaltungs- und Wohngebäude und Lagerplätze errichtet werden dürfen, die keine das örtlich zumutbare Maß übersteigende Beeinträchtigung oder Belästigung der Nachbarinnen und Nachbarn verursachen.“¹⁸³ Beherbergungsbetriebe sind grds als solche gewerblichen Betriebsanlagen zu qualifizieren und sind daher im Rahmen dieser Widmung nur zulässig, sofern keine unzumutbaren Beeinträchtigungen der Nachbarn – zu denken ist hier insb an Lärmbelästigungen- von ihnen ausgehen (=bedingte Zulässigkeit).

Gemischte Baugebiete (Z 6) umfassen zum einen Wohngebäude samt Nebenanlagen zum anderen auch „sonstige Gebäude und Betriebsanlagen, die überwiegend den wirtschaftlichen, sozialen oder kulturellen Bedürfnissen der Bevölkerung dienen und keine das örtlich zumutbare Maß übersteigende Gefährdung oder Belästigung der Nachbarinnen und Nachbarn oder eine übermäßige Belastung des

¹⁷⁸ Vgl *Ennöckl*, Rechtsgutachten, September 2024, 17.

¹⁷⁹ VwGH 15.9.1983, 2367/80.

¹⁸⁰ Vgl *Ennöckl*, Rechtsgutachten, September 2024, 18.

¹⁸¹ § 33 Abs 3 Z 3 Bgld RPG.

¹⁸² Vgl *Ennöckl*, Rechtsgutachten, September 2024, 18.

¹⁸³ § 33 Abs 3 Z 5 Bgld RPG.

Straßenverkehrs verursachen (...).“¹⁸⁴ Im Ergebnis entspricht diese Widmung jener des Dorfgebiets, es sind kleinere Pensionen, nicht aber größere Hotelanlagen zulässig (bedingte Zulässigkeit).¹⁸⁵

Z 7 regelt Baugebiete für Erholungs- und Tourismuseinrichtungen und unterscheidet in den lit a)-c) weiter zwischen ausschließlich auf Gewinnerzielung ausgerichteten Tourismus (lit a), Gebieten mit Gewinnerzielungsabsicht und Erholungs- oder Freizeitnutzung (lit b), sowie Gebieten, die zusätzlich zu a) und b) auch eine Wohnnutzung im Rahmen eines Hauptwohnsitzes in eingeschränkter Form zulassen. Die erläuternden Bemerkungen führen im Rahmen dieser Widmung die gewerbliche Beherbergung sogar explizit als Beispiel an: „Unter touristischen Nutzungsformen versteht man beispielsweise die gewerbliche Beherbergung und die Zimmervermietung. (...) In jener Kategorie, in der zusätzlich auch Freizeit- und Erholungsnutzung zulässig ist, ist grundsätzlich die Begründung von Nebenwohnsitzen erlaubt. In der dritten Kategorie ist sogar die Begründung von Hauptwohnsitzen zulässig.“¹⁸⁶ Im Rahmen dieser Widmung sind Beherbergungsbetriebe daher jedenfalls zulässig und es liegt unbedingte Zulässigkeit vor.

Zusammenfassend kann daher gesagt werden, dass die gewerbliche Beherbergung im Burgenland im Rahmen der Widmungen Geschäftsgebiet, sowie Baugebiet für Erholungs- oder Tourismuseinrichtungen jedenfalls, im Rahmen der Widmungen Dorfgebiet, Betriebsgebiet und gemischtes Baugebiet nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig ist.¹⁸⁷

Anders verhält es sich bei einer Privatzimmervermietung iSd Art III der B-VG-Novelle 1974 (zur genauen Definition siehe Kapitel IV.B.). Die Zulässigkeit ergibt sich hier aus der Haupttätigkeit, zu der die Privatzimmervermietung eine häusliche Nebenbeschäftigung darstellt. Sie ist daher, sofern der Vermieter ein Land- oder Forstwirt ist, im Rahmen der Widmungen Dorfgebiet bzw sogar im Rahmen einer landwirtschaftlich genutzten Grünfläche gem. § 40 bgl. d. RPG zulässig. Bei Nicht-Landwirten als Vermieter, ist sie im Rahmen der Widmungen Wohngebiete, Dorfgebiete, Geschäftsgebiete, gemischte Baugebiete sowie Baugebiete für Erholungs- oder Tourismuseinrichtungen zulässig.¹⁸⁸

Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass für Ferienwohnhäuser (das sind Häuser mit mehr als drei geschlossenen Wohneinheiten bzw einer Wohnnutzfläche von mehr als 300 m²), Feriensiedlungen und Ferienzentren noch Sonderregeln in den §§ 34-36 bgl. d. RPG vorgesehen sind, auf die hier nicht näher eingegangen wird.

¹⁸⁴ § 33 Abs 3 Z 6 lit b) Bgl. d. RPG.

¹⁸⁵ Vgl. *Ennöckl*, Rechtsgutachten, September 2024, 19.

¹⁸⁶ RV 1693, XXI. GP. zu § 33 Abs 3 Z 7 bgl. d. RPG.

¹⁸⁷ Vgl. *Ennöckl*, Rechtsgutachten, September 2024, 21.

¹⁸⁸ Vgl. *Ennöckl*, Rechtsgutachten, September 2024, 21.

E. Niederösterreich

Wie im Burgenland, wird auch in Niederösterreich die überörtliche und örtliche Raumplanung in einem eigenen Gesetz, dem niederösterreichischen Raumordnungsgesetz 2014 (NÖ ROG 2014)¹⁸⁹, geregelt. Auch hier hat der Flächenwidmungsplan gem § 14 Abs 1 das Gemeindegebiet zu gliedern und die Widmungen festzulegen, wobei auch hier Bauland, Verkehrsflächen und Grünland zur Auswahl stehen.

Das Bauland gliedert sich gem § 16 Abs 1 in verschiedene Kategorien, die in den Z 1-11 konkretisiert werden und nachstehend auf ihre Eignung bzgl der Errichtung bzw den Betrieb von Beherbergungsbetrieben untersucht werden.

Ziffer 1 definiert Wohngebiete als Gebiete für Wohngebäude und dem täglichen Bedarf der örtlichen Bevölkerung dienenden Betriebe, sowie für Betriebe, die sich in das Ortsbild einordnen und keine unzumutbaren Emissionen verursachen, wobei die maximale Geschoßflächenanzahl 1 beträgt. Sofern Beherbergungsbetriebe die Voraussetzungen erfüllen, sie sich also ins Ortsbild einordnen und keine unzumutbaren Emissionen verursachen, ist ein Betrieb im Wohngebiet zulässig (=bedingte Zulässigkeit).¹⁹⁰

Z 2 regelt Kerngebiete, das sind Gebiete die „für öffentliche Gebäude, Versammlungs- und Vergnügungsstätten, Wohngebäude sowie für Betriebe bestimmt sind, welche sich dem Ortsbild eines Siedlungskernes harmonisch anpassen und keine das örtlich zumutbare Ausmaß übersteigende Lärm- oder Geruchsbelästigung sowie sonstige schädliche Einwirkung auf die Umgebung verursachen.“¹⁹¹

Hier gilt im Wesentlichen das gleiche wie für Wohngebiete, der Betrieb muss sich in das Ortsbild eingliedern und es dürfen keine unzumutbaren Emissionen von ihm ausgehen (=bedingte Zulässigkeit).¹⁹²

Betriebsgebiete (Z 3) sind solche, die für Bauwerke von Betrieben bestimmt sind, die keine unzumutbaren Emissionen verursachen. Da Beherbergungsbetrieb aber zumindest potentiell Immissionsschutz beanspruchen sieht Ennöckl sie nicht von dieser Widmung umfasst¹⁹³ und stützt sich dabei auf Pallitsch/Pallisch/Kleewein¹⁹⁴.

Z 4 regelt auch in NÖ Industriegebiete und ist daher auch hier nicht einschlägig. Z 5 behandelt Agrargebiete und definiert diese wie folgt:

„Agrargebiete, die für Bauwerke land- und forstwirtschaftlicher Betriebe und der sonstigen Tierhaltung, die über die übliche Haltung von Haustieren hinausgeht, bestimmt sind; andere Betriebe, welche keine das örtlich zumutbare Ausmaß übersteigende Lärm- oder Geruchsbelästigungen sowie

¹⁸⁹ Niederösterreichisches Raumordnungsgesetz 2014 LGBl 2015/3 idF LGBl. 2024/10.

¹⁹⁰ Vgl Ennöckl, Rechtsgutachten, September 2024, 35.

¹⁹¹ § 16 Abs 1 Z 2 NÖ ROG 2014.

¹⁹² Vgl Ennöckl, Rechtsgutachten, September 2024, 35f.

¹⁹³ Vgl Ennöckl, Rechtsgutachten, September 2024, 36.

¹⁹⁴ Vgl Pallitsch/Pallisch/Kleewein, NÖ Baurecht¹² (2012) § 16 Anm 11.

*sonstige schädliche Einwirkungen auf die Umgebung verursachen und sich in ihrer Erscheinungsform in das Ortsbild und in die dörfliche bauliche Struktur einfügen, sowie Wohnnutzungen mit höchstens vier Wohneinheiten pro Grundstück sind zuzulassen.*¹⁹⁵

Da Beherbergungsbetriebe bzw Fremdenzimmer gerade keine Wohnnutzung darstellen¹⁹⁶, gilt die Limitierung der Wohneinheiten nicht für solche Betriebe. Ein Beherbergungsbetrieb ist daher unabhängig von der Anzahl der Wohneinheiten im Rahmen dieser Widmung zulässig, sofern keine unzumutbaren Lärm- oder Geruchsbelästigungen oder sonstige schädliche Einwirkungen auf die Umgebung von ihm ausgehen und er sich ins Ortsbild und in die dörflich bauliche Struktur einfügt (=bedingte Zulässigkeit).

Auch in Sondergebieten (Z 6) ist ein Beherbergungsbetrieb denkbar. Sondergebiete sind Gebiete in denen besonders günstige Voraussetzungen für bestimmte Einrichtungen vorliegen, worunter auch Fremdenverkehrseinrichtungen fallen können. Liegt ein entsprechendes Sondergebiet für Hotels vor, so ist die Zulässigkeit an keine weiteren Voraussetzungen geknüpft (unbedingte Zulässigkeit).¹⁹⁷

Für Niederösterreich kann damit im Ergebnis gesagt werden, dass eine unbedingte Zulässigkeit, abseits von Sondergebieten für Hotels überhaupt nicht vorliegt und die Errichtung bzw der Betrieb eines Beherbergungsbetriebs damit jedenfalls gewissen Beschränkungen unterliegt. Bedingt zulässig sind solche Betriebe im Rahmen der Widmungen Wohngebiet, Kerngebiet, Bauland-Agrargebiet und Sondergebiet/Standort. Die Privatzimmervermietung iSd Art III der B-VG-Novelle 1974 richtet sich hingegen wieder nach der Zulässigkeit der Haupttätigkeit und ist somit zulässig:

1. In den Widmungen Bauland-Agrargebiet, Grünland-Land- und Forstwirtschaft und Grünland-Land- und forstwirtschaftliche Hofstellen, sofern der Vermieter Land- oder Forstwirt ist.
2. In den Widmungen Wohngebiet, Agrargebiet und Kerngebiet, wenn der kein Land- oder Forstwirt ist.¹⁹⁸

F. Fazit zum Bau- und Raumordnungsrecht

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass in allen drei untersuchten Raumordnungs- und Baurechten Beschränkungen irgendeiner Art für die touristische Nutzung von Wohnungen in Form von Beherbergungsbetrieben bestehen. Grafisch stellt sich die grundsätzliche Zulässigkeit (bedingte/unbedingte Zulässigkeit/Unzulässigkeit) wie folgt dar:

¹⁹⁵ § 16 Abs 1 Z 5 NÖ ROG.

¹⁹⁶ Vgl Kienastberger/Stellner-Bichler, NÖ Baurecht³ (2022) § 16 NÖ ROG, 1414.

¹⁹⁷ Vgl Ennöckl, Rechtsgutachten, September 2024, 36f.

¹⁹⁸ Vgl Ennöckl, Rechtsgutachten, September 2024, 38.

	Burgenland	NÖ	Wien
Bauland-Wohngebiet	grundsätzliche Unzulässigkeit	bedingte Zulässigkeit	bedingte Zulässigkeit
Bauland-Dorfgebiet	bedingte Zulässigkeit	-	
Bauland-Geschäftsgebiet	unbedingte Zulässigkeit	-	bedingte Zulässigkeit
Betriebs-(bau)gebiet, Gewerbegebiet	bedingte Zulässigkeit	grundsätzliche Unzulässigkeit	grundsätzliche Unzulässigkeit
Gemischtes Baugebiet	bedingte Zulässigkeit	-	bedingte Zulässigkeit
Kurgebiet	-	-	-
Sonstiges	Baugebiete für Erholungs- oder Tourismuseinrichtung unbedingte Zulässigkeit	Kerngebiete: bedingte Zulässigkeit Sondergebiete für Hotels: unbedingte Zulässigkeit	-

199

In Niederösterreich und im Burgenland gibt es keine speziellen Regelungen hinsichtlich touristischer Nutzung von Wohnungen, weshalb zur Beurteilung auf die allgemeinen Grundsätze der Raumordnung, bzw die Ausführungen zum Flächenwidmungsplan zurückgegriffen werden muss. Dabei lässt sich in den verschiedenen Landesgesetzen keine Einheitlichkeit bzw keine Systematik erkennen. Es bestehen teilweise große Unterschiede in der Anzahl, der Bezeichnung und dem Inhalt der jeweiligen Nutzungsarten. Lediglich innerhalb der Widmungen Baugebiet für Erholungs- oder Tourismuseinrichtung und Bauland-Geschäftsgebiet (Burgenland) bzw im Sondergebiet für Hotels (Niederösterreich) bestehen keinerlei zusätzliche Beschränkungen (unbedingte Zulässigkeit). In allen anderen Fällen liegt maximal bedingte Zulässigkeit vor, wobei hier in der Regel einzelfallbezogen zu prüfen ist, ob sich der Beherbergungsbetrieb ins Ortsbild eingliedert und ob unzumutbare Emissionen bzw eine Gefahr für die Umgebung von ihm ausgehen, wobei ein kleiner Beherbergungsbetrieb einer solchen Prüfung in der Regel standhalten dürfte. Die Privatzimmervermietung unterliegt hingegen wesentlich geringeren Beschränkungen, sie ist im Prinzip immer dann zulässig, wenn auch die Wohnnutzung selbst zulässig ist.

Anders verhält es sich in Wien. Hier gibt es eine Vielzahl von gesetzlichen Regelungen für die touristische Kurzzeitvermietung, wobei es hier auch teilweise ein, vom Bundesrecht abweichendes, Begriffsverständnis gibt.²⁰⁰

¹⁹⁹ Ennöckl, Rechtsgutachten, September 2024, 102.

²⁰⁰ Vgl Ennöckl, Rechtsgutachten, September 2024, 103ff.

Zum einen wird in § 7a Abs 3 der Wr BauO festgehalten, dass in Wohnzonen, die einen Großteil der Innenstadt ausmachen, die Nutzung von Wohnungen für gewerbliche, kurzfristige Beherbergungen unzulässig ist. Der Begriff der Gewerblichkeit wird dabei in Abweichung von der GewO bereits bei Entgeltlichkeit der Vermietung erfüllt. Kurzzeitigkeit wird von der Rsp und großen Teilen der Lit bei Vermietungsdauer unter 30 Tagen generell angenommen. Ein Beherbergungsbetrieb wurde in Anlehnung an höchstgerichtliche Rsp vom LVwG Wien im Einzelfall aufgrund der Ausstattung der Wohnung, der Bewerbung im Internet der Vereinbarung eines Pauschalpreises, sowie zusätzlich erbrachter Dienstleistungen beurteilt, wobei die Grenze für den Beherbergungsbetrieb hier wesentlicher geringer sein dürfte als jene der zivilrechtlichen Abgrenzung von Raummiete und Beherbergung. Bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 7a Abs 5 besteht ein Anspruch auf Erteilung einer Ausnahmegewilligung.

Abseits der Wohnzonen wurde die touristische Kurzzeitvermietung durch §119 Abs 2a Wr BauO verschärft, der ebenfalls besagt, dass eine solche Nutzung keine Wohnnutzung darstellt und nur noch für maximal 90 Tage pro Kalenderjahr zulässig ist. Darüber hinaus ist eine Ausnahmegewilligung gemäß § 129 Abs 1a notwendig. Die Privatzimmervermietung im Rahmen der häuslichen Nebenbeschäftigung hingegen ist in allen drei Landesrechten am Ort des eigenen Hauptwohnsitzes zulässig.

IV. Gewerbeordnung

Von der, eingangs dieser Arbeit vorgestellten, zivilrechtlichen Abgrenzung zwischen Raummiete und Beherbergung ist die gewerberechtliche Einstufung zu unterscheiden. Während die zivilrechtliche Abgrenzung darüber entscheidet, ob zivilrechtliche Sondergesetze (zB MRG) für den Mietvertrag oder allgemeine zivilrechtliche Regeln für den Beherbergungsvertrag zur Anwendung kommen, führt die gewerberechtliche Einordnung zur Anwendung bzw Nichtanwendung der Gewerbeordnung in der jeweils gültigen Fassung. Für Airbnb-Vermieter kann diese Frage entscheidend sein, weil mit der Anwendung der GewO zahlreiche Pflichten verbunden sein können.

Für die Frage nach dem Anwendungsbereich der GewO ist nach der Versteinerungstheorie des VfGH maßgeblich, was unter dem Begriff des Gewerbes gem Art 10 Abs 1 Z 8 B-VG im Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Kompetenzverteilung zum 01.10.1925 zu verstehen war. Demnach fällt die, über die bloße Raummiete hinausgehende, Fremdenbeherbergung grds in den Kompetenztatbestand des Gewerbes, sofern nicht der Ausnahmetatbestand der Privatzimmervermietung vorliegt.²⁰¹

Ob die GewO tatsächlich auf die jeweilige Vermietungstätigkeit anzuwenden ist, ist anhand der GewO selbst zu beurteilen. § 1 Abs 1 der GewO 1994²⁰² besagt, dass die GewO für alle gewerbsmäßig ausgeübten und nicht gesetzlich verbotenen Tätigkeiten gilt, sofern nicht eine Ausnahme gem §§ 2-4

²⁰¹ Vgl *Ofner*, Rechtliche Rahmenbedingungen der Kurzzeitvermietung (2023), 3.

²⁰² Gewerbeordnung 1994 BGBl 1994/194 idF BGBl I 2024/150.

vorliegt. Eine Tätigkeit ist gewerbsmäßig, wenn sie selbstständig, regelmäßig und in der Absicht betrieben wird, einen Ertrag bzw sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen.

Das Kriterium der Erlaubtheit wird nach der Haupttätigkeit einer selbständigen, wirtschaftlichen Tätigkeit beurteilt, wobei diese weder gerichtlich noch verwaltungsrechtlich unter Strafe stehen darf. Die bloße Möglichkeit, dass eine Tätigkeit missbräuchlich ausgeübt und somit verboten ist, führt nicht dazu, dass die Tätigkeit als verboten iSd §1 Abs 1 gilt. Auch eine, aus baurechtlicher bzw raumordnungsrechtlicher Sicht, widmungswidrige Verwendung von Wohnraum zur Gewerbeausübung, führt daher nicht zu einer verbotenen Tätigkeit iSd GewO.²⁰³

Das Kriterium der Selbstständigkeit wird bei Airbnb-Vermietern regelmäßig vorliegen, da sie das wirtschaftliche Risiko tragen und unternehmerische Entscheidungen treffen. Auch die Gewinnerzielungsabsicht liegt bei Vermietung im Rahmen von Airbnb auf der Hand. Hinsichtlich der Regelmäßigkeit ist § 1 Abs 4 Satz 2 1. Fall zu beachten, wonach das Anbieten an einen größeren Personenkreis (das ist bei Vermarktung über Airbnb der Fall) der Ausübung der Tätigkeit gleichzusetzen ist. Selbst einmalige Handlungen können das Kriterium der Regelmäßigkeit erfüllen, sofern daraus bereits auf die Wiederholungsabsicht geschlossen werden kann oder die Handlung längere Zeit erfordert.²⁰⁴ Zusammenfassend werden daher bereits mit dem Inserieren auf Airbnb alle Merkmale der Gewerblichkeit erfüllt sein und die GewO daher anwendbar sein, sofern eine, über die bloße Wohnraumüberlassung hinausgehende, Tätigkeit ausgeübt wird.²⁰⁵

A. Beherbergungsbetrieb

1. Definition

Aufgrund der Gewaltentrennung obliegt die Beurteilung, ob ein solcher, der GewO unterliegender, gewerberechtlicher Beherbergungsbetrieb vorliegt, den Verwaltungsgerichten und in letzter Instanz dem VwGH. Der VwGH entwickelte hierzu eine zweistufige Prüfung. In einem ersten Schritt ist zu prüfen, ob neben der (Wohn)- Raumüberlassung zusätzliche Dienstleistungen erbracht werden. In einem zweiten Schritt wird dann geprüft, ob sich aus diesen Dienstleistungen oder anderen Begleitumständen eine laufende Obsorge in Form einer Betreuung des Gastes ergibt. Neben der Erbringung von Dienstleistungen werden einige weitere Kriterien, wie etwa Vertragsdauer, Vermarktung nach außen, Umfang der Nutzungsrechte etc in einem beweglichen System beurteilt. Das wichtigste Kriterium ist aber die Erbringung von Dienstleistungen, ohne die es keinen Beherbergungsbetrieb geben kann.²⁰⁶ In einer relativ aktuellen Entscheidung hielt der VwGH nochmals fest, dass solche Dienstleistungen auch durch Dritte, also von der Person des Vermieters abweichende Personen erbracht werden können.²⁰⁷

²⁰³ Vgl *Schleinzer* 119f.

²⁰⁴ Vgl *Schleinzer* 122.

²⁰⁵ Vgl *Seidl*, Rz 264ff.

²⁰⁶ Vgl *Ofner*, Rechtliche Rahmenbedingungen der Kurzzeitvermietung (2023), 3f.

²⁰⁷ Vgl VwGH 3.3.2020, Ro 2019/04/0019; ausführlich dazu *Seidl*, Rz 275.

Nach stRsp²⁰⁸ des VwGH reichen hier aber bereits typische Dienstleistungen in geringem Ausmaß, im Einzelfall etwa ein Angebot als Ferienhaus mit Sauna und Endreinigung aus oder die Bereitstellung von Bettwäsche. Hingegen wurde in anderen Fällen eine Beherbergung verneint, wobei auch hier teilweise Bettwäsche zur Verfügung gestellt wurde und in einem Fall sogar eine vollmöblierte Wohnung zur Verfügung gestellt wurde und Betriebskosten, sowie Kosten für Internet etc pauschal verrechnet wurden. Der wesentliche Unterschied zu den vorgenannten Fällen bestand hier in der längeren Aufenthaltsdauer von einem bis sechs Monaten.

Das zeigt, dass auch die Vertragsdauer ein wesentliches Kriterium ist. Begründet wird dies vom VwGH vor allem mit dem höheren Verwaltungsaufwand für den Vermieter bei kürzerer Aufenthaltsdauer sowie erhöhtem Nachbeschaffungs- und Reparaturbedarf.

Ein weiteres Kriterium ist die Außendarstellung, wobei die Vermarktung über touristische Plattformen (zB Airbnb) ein Indiz für die Beherbergung ist. So entschied der VwGH etwa in einem Fall, in dem eine Wohnung gezielt über Online-Plattformen an Touristen angeboten wurde, dass eine gewerbliche Beherbergung vorlag. Entscheidend war dabei, neben, über die bloße Raummiete hinausgehenden Dienstleistungen, wie die Bereitstellung von Handtüchern und Bettwäsche, Fernschzugang etc, der Internetauftritt in dem explizit auf die leichte Erreichbarkeit touristischer Ziele hingewiesen wurde.²⁰⁹ Diese Ansicht bestätigte der VwGH in einer bereits og Folgeentscheidung mit ähnlich gelagertem Sachverhalt.²¹⁰

Weitere Kriterien können etwa zusätzliche Ausstattungsmerkmale, wie Gemeinschaftseinrichtungen, eine Rezeption etc sein. Die Beurteilung wird aber immer nur aufgrund der konkreten Umstände im Einzelfall möglich sein, weshalb hier keine allgemeinen Aussagen zur Abgrenzung getroffen werden können. Gesichert scheint im Rahmen der aktuellen Judikatur des VwGH nur, dass es zumindest ein Mindestmaß an Dienstleistungen zur Qualifikation als Beherbergungsbetrieb benötigt.²¹¹

Kritisiert wird dieser Standpunkt der Rsp allerdings nach wie vor von *Eder*²¹², der bemängelt, dass die Erbringung von typischen Dienstleistungen als „conditio sine qua non“ (also unabdingbare Voraussetzung) gesehen wird. Folge man dieser Ansicht, so wäre selbst die kurzfristige Vermietung einer Vielzahl von Wohnungen ohne jegliche Zusatzleistungen nicht als gewerbliche Beherbergung, sondern lediglich als bloße Raummiete zu qualifizieren, was nicht im Interesse des Gesetzgebers sein könne. *Seidl*²¹³ stimmt Eder zwar inhaltlich zu, merkt jedoch (wohl praxisnah) an, dass solche Fälle, in

²⁰⁸ VwSlg 13694 A/1992.

²⁰⁹ Vgl VwGH 27. 2. 2019, Ra 2018/04/0144.

²¹⁰ Vgl VwGH 3.3.2020, Ro 2019/04/0019.

²¹¹ Vgl *Ofner*, Rechtliche Rahmenbedingungen der Kurzzeitvermietung (2023), 4ff.; vlg auch *Schleinzer* 138 ff mwN zu den stark voneinander abweichenden Meinungen in der Literatur vor den VwGH-Erkenntnissen Ra 2018/04/0144 und Ro 2019/04/0019.

²¹² Vgl *Eder*, Airbnb im österreichischen Zivilrecht (2021), 112.

²¹³ Vgl *Seidl*, Rz 280.

denen Airbnb-Wohnungen ohne jede Dienstleistung angeboten werden kaum vorkommen werden. Zumindest die Endreinigung wird wohl regelmäßig als Dienstleistung erbracht werden (müssen).

2. Betriebsanlage

Liegt ein Beherbergungsbetrieb vor und ist die GewO daher anwendbar, so ist auch zu prüfen, ob eine Betriebsanlagengenehmigung notwendig ist. Gemäß § 74 Abs 1 GewO ist eine gewerbliche Betriebsanlage jede örtlich gebundene Einrichtung die der Entfaltung einer gewerblichen Tätigkeit nicht bloß vorübergehend zu dienen bestimmt ist. Auf den ersten Blick fallen unter diese Definition auch Beherbergungsbetriebe. Die örtliche Gebundenheit liegt bei einem Beherbergungsbetrieb, der in einem Gebäude ausgeübt wird, auf der Hand. Darüber hinaus wird eine solche Tätigkeit in der Regel auch nicht bloß vorübergehend, sondern längerfristig geplant sein.

Gemäß § 74 Abs 2 darf eine Betriebsanlage nur mit Genehmigung errichtet oder betrieben werden, sofern sie dazu geeignet ist, einen der folgenden Tatbestände zu verwirklichen:

„1. das Leben oder die Gesundheit des Gewerbetreibenden, der nicht den Bestimmungen des ArbeitnehmerInnenschutzgesetzes, BGBl. Nr. 450/1994, in der jeweils geltenden Fassung, unterliegenden mittätigen Familienangehörigen oder des nicht den Bestimmungen des ArbeitnehmerInnenschutzgesetzes, BGBl. Nr. 450/1994, in der jeweils geltenden Fassung, unterliegenden mittätigen eingetragenen Partners, der Nachbarn oder der Kunden, die die Betriebsanlage der Art des Betriebes gemäß aufsuchen, oder das Eigentum oder sonstige dingliche Rechte der Nachbarn zu gefährden; als dingliche Rechte im Sinne dieses Bundesgesetzes gelten auch die im § 2 Abs. 1 Z 4 lit. g angeführten Nutzungsrechte,

2. die Nachbarn durch Geruch, Lärm, Rauch, Staub, Erschütterung oder in anderer Weise zu belästigen,

3. die Religionsausübung in Kirchen, den Unterricht in Schulen, den Betrieb von Kranken- und Kuranstalten oder die Verwendung oder den Betrieb anderer öffentlichen Interessen dienender benachbarter Anlagen oder Einrichtungen zu beeinträchtigen,

4. die Sicherheit, Leichtigkeit und Flüssigkeit des Verkehrs an oder auf Straßen mit öffentlichem Verkehr wesentlich zu beeinträchtigen oder

5. eine nachteilige Einwirkung auf die Beschaffenheit der Gewässer herbeizuführen, sofern nicht ohnedies eine Bewilligung auf Grund wasserrechtlicher Vorschriften vorgeschrieben ist.“²¹⁴

Ins Auge fallen hier sofort die Z 1 und 2. In einem Beherbergungsbetrieb sind vor allem Brandschutz und Fluchtwege von besonderer Bedeutung und mangels solcher könnte eine Gefahr für Leben oder Gesundheit entstehen. Außerdem erscheint auch eine Lärmbelästigung iSd Z 2 im Rahmen eines solchen

²¹⁴ § 74 Abs 2 Z 1-5 GewO 1994.

Betriebs durchaus denkbar. Nach dem Wortlaut des § 74 ist somit grds von einer Betriebsanlagengenehmigungspflicht für Beherbergungsbetriebe auszugehen.

a) Genehmigungsfreistellungsverordnung

Eine entscheidende Ausnahme normiert jedoch die 2. Genehmigungsfreistellungsverordnung (2.GfV)²¹⁵, die sich auf § 74 Abs 7 GewO stützt. Diese Verordnung nimmt in § 1 Abs 1 Z 8 Beherbergungsbetriebe von der Genehmigungspflicht aus, sofern folgende Voraussetzungen kumulativ vorliegen:

„a) Es werden höchstens 30 Gästebetten zur Verfügung gestellt und

b) für die Betriebsanlage werden ausschließlich Gebäude verwendet, die entweder nur der Beherbergung oder zusätzlich zur Beherbergung keinen anderen Zwecken als den privaten Wohnzwecken des Betriebsanlageninhabers oder ausschließlich anderen gewerblichen Zwecken dienen, und

c) die Betriebsanlage umfasst keine Einrichtungen gemäß § 1 Abs. 4 Bäderhygienegesetz – BHygG, BGBl. Nr. 254/1976, und

d) es werden an Beherbergungsgäste höchstens Speisen in Form eines Frühstücks oder kleinen Imbisses verabreicht;“

Liegen die Freistellungs Voraussetzungen vor, können Nachbarn die Anlage nicht in einem Verfahren nach § 79a Abs 3 iVm § 79 Abs 1 GewO bekämpfen, sondern sind auf etwaige zivilrechtliche Ansprüche beschränkt.²¹⁶

Wie Pfeiffer²¹⁷ richtig anmerkt, dürfte es in der Praxis vor allem darauf ankommen, dass Mehrparteiengebäude ausschließlich zu erlaubten Zwecken iSd lit b) genutzt werden, was häufig nicht der Fall sein wird. Sind die Freistellungs Voraussetzungen nicht erfüllt, so ist konkret zu prüfen, ob einer der Tatbestände des § 74 Abs 2 erfüllt ist. Pfeiffer²¹⁸ geht bei der Vermietung einzelner Wohnungen aber nicht davon aus, dass dabei einer der Tatbestände insb Z 1 oder 2 erfüllt werden. Schleinzer²¹⁹ ist hier anderer Ansicht und hält vor allem die Lärmbelästigung durch Gäste zumindest für möglich. Ihrer Ansicht nach wäre daher eine Anwendung der vom OGH entwickelten Rsp im Rahmen der Widmungsänderung nach § 16 WEG auch für die GewO angebracht. Bei Zweifeln darüber, ob eine Genehmigungspflicht besteht, kann der Betreiber einen Feststellungsbescheid gem § 358 Abs 1 GewO bei der zuständigen Behörde beantragen.

²¹⁵ Verordnung des Bundesministers für Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft über genehmigungsfreie Arten von Betriebsanlagen (2. Genehmigungsfreistellungsverordnung) BGBl II 2015/80 idF BGBl II 2018/172.

²¹⁶ Vgl Schleinzer 152.

²¹⁷ Klaus Pfeiffer, Kurzfristige Vermietung von Immobilien am Beispiel Wien (Teil I), ZVB 2021, 174.

²¹⁸ Klaus Pfeiffer, ZVB 2021, 174.

²¹⁹ Vgl Schleinzer 154.

b) GenehmigungsverfahrenVO

Nach *Seidl*²²⁰ ist jedoch vor der Prüfung des § 74 GewO zu prüfen, ob die GenehmigungsverfahrenVO²²¹ anwendbar ist. § 1 Z 2 dieser Verordnung besagt nämlich, dass Betriebsanlagen zur Ausübung des Gastgewerbes gemäß § 142 Abs. 1 Z 1 GewO 1994, in denen nicht mehr als 100 Fremdenbetten bereitgestellt werden, dem vereinfachten Verfahren gem § 359b Abs 1 GewO zu unterziehen sind und somit kein ordentliches Genehmigungsverfahren nötig ist. Dies hat aus Sicht des Betreibers den Vorteil, dass Nachbarn nur beschränkte Mitwirkungsmöglichkeiten haben. Im Verfahren selbst wird geprüft, ob die potentiellen Gefahren iSd § 74 Abs 2 tatsächlich vorliegen. Die Genehmigung der Anlage darf gem § 77 Abs 1 nur erfolgen, wenn, allenfalls unter Einhaltung vorgegebener Auflagen, die von der Anlage ausgehenden Gefahren vermieden oder auf ein zumutbares Maß beschränkt werden. Denkbare Auflagen wären hier etwa feste An- und Abreisezeiten oder das Verbot an Gäste, Feiern abzuhalten.²²²

Da die allermeisten Airbnb-Anbieter wohl über weniger als 100 Fremdenbetten verfügen, ist für die Airbnb-Vermietung das vereinfachte Verfahren gem § 359b Abs 1 GewO einschlägig, sofern nicht bereits eine Befreiung durch die 2. GfV vorliegt.

B. Privatzimmervermietung

Eine wichtige Ausnahme von der GewO stellt die Privatzimmervermietung iSd § 2 Abs 1 Z 9 GewO dar. Artikel III der B-VG-Novelle 1974²²³ stellte durch eine authentische Interpretation klar, dass die Privatzimmervermietung nicht zu den Angelegenheiten des Gewerbes iSd Art 10 Abs 1 Z 8 B-VG gehört und somit vom vorgenannten Ausnahmetatbestand umfasst sein soll. Die Privatzimmervermietung wird dabei als durch die „gewöhnlichen Mitglieder des eigenen Hausstandes als häusliche Nebenbeschäftigung ausgeübte Vermietung von nicht mehr als zehn Fremdenbetten“ definiert. Privatzimmervermietung fällt in die Gesetzgebungskompetenz der Länder (vgl dazu Kapitel III.).²²⁴

Im Rechtssatz VfGH 25.7.1973, K II-2/72²²⁵, auf den die og authentische Interpretation folgte, hatte der VfGH bereits klargestellt, dass auch die Verabreichung von Speisen ohne Auswahlmöglichkeiten zu fixen Zeiten, von alkoholfreien Getränken und im Rahmen eines landwirtschaftlichen Betriebs hergestellten alkoholischen Getränken von der Privatzimmervermietung umfasst sind, sofern die übrigen Voraussetzungen vorliegen.

²²⁰ Vgl *Seidl*, Rz 293.

²²¹ Verordnung des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten, mit der Arten von Betriebsanlagen bezeichnet werden, die dem vereinfachten Genehmigungsverfahren zu unterziehen sind BGBl 1994/850.

²²² Vgl *Schleiner* 155.

²²³ Bundes-Verfassungsgesetznovelle 1974 BGBl 1974/444.

²²⁴ Vgl *Ofner*, Rechtliche Rahmenbedingungen der Kurzzeitvermietung (2023), 8.

²²⁵ VfSlg 7074/1973.

Maximal 10 Fremdenbetten

Eine dieser Voraussetzungen ist die maximale Bettenanzahl von 10 Fremdenbetten, wobei hierfür die Anzahl der bereitgestellten Betten maßgeblich ist.²²⁶

Gewöhnliche Mitglieder des eigenen Hausstandes

Die Privatzimmervermietung muss außerdem durch gewöhnliche Mitglieder des eigenen Hausstandes erfolgen. Dazu zählen jedenfalls die im Haushalt lebenden Familienmitglieder, aber auch Bedienstete, die dem Haushalt ständig angehören, wie etwa Hausgehilfen. *Schleinzer* fordert hier eine „zeitgemäße Betrachtung“ und sieht auch Haushaltshilfen, die sich nur „zur Verrichtung der ihnen übertragenen Haushaltstätigkeiten im Haushalt aufhalten“, nicht aber dort wohnen, ebenfalls als zum eigenen Hausstand gehörend, solange die Reinigung der Touristenzimmer lediglich eine Art „Mitbetreuung“ darstellt. Werden solche Haushaltshilfen allerdings ausschließlich zur Reinigung bzw. Betreuung der Touristenzimmer beschäftigt, so liegt auch nach Ansicht *Schleinzers* keine Zugehörigkeit zum Hausstand mehr vor.²²⁷ ME ist ihr hier zu folgen, da es heutzutage wohl immer seltener vorkommt, dass Hausgehilfen tatsächlich im Hausstand ihrer Dienstgeber wohnen und somit eine modernere und praxisnähere Auslegung des Begriffs ermöglicht wird. Die Vermietung durch eine Betriebsgesellschaft kann hingegen niemals Privatzimmervermietung sein.²²⁸

Untergeordnete Nebenbeschäftigung

Weiters muss die Vermietung eine untergeordnete Nebenbeschäftigung darstellen. Die Vermietung muss der Führung des Haushalts also funktionell untergeordnet sein. Vergleichsmaßstab für die Beurteilung der Nebenbeschäftigung sind ausschließlich häusliche Tätigkeiten, nicht aber andere Erwerbstätigkeiten oder die Höhe der einzelnen Einkünfte. Maßgeblich sind die in einem Haushalt bei Durchschnittsbetrachtung anfallenden Tätigkeiten, nicht die im konkreten Fall tatsächlich zu erledigenden Tätigkeiten.²²⁹

Anderer Ansicht ist diesbezüglich *Hanusch*. Er bezeichnet die „von der Judikatur geforderte „abstrakte Unterordnung“ unter andere „durchschnittliche häusliche Tätigkeiten“ als „völlig falsch.“ Seiner Ansicht nach kommt es immer darauf an, ob die konkrete Tätigkeit im Einzelfall von den Mitgliedern des jeweiligen Haushalts im Einzelfall bewältigt werden kann, womit die Nebenbeschäftigung immer nur aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls beurteilt werden kann.²³⁰ ME würde diese Interpretation sachlich richtigere Entscheidungen ermöglichen. Die Beurteilung einer Unterordnung kann schwerlich generell abstrakt erfolgen und sollte idealerweise immer anhand der Umstände des

²²⁶ Vgl. *Ofner*, Rechtliche Rahmenbedingungen der Kurzzeitvermietung (2023), 9; *Müller/Riesch/Schramek/Wallnöfer* in *Ennöckl/Raschauer/Wessely*, GewO § 2 (Stand 1.1.2015, rdb.at) Rz 40 mwN.

²²⁷ *Schleinzer* 127.

²²⁸ Vgl. *Ofner*, Rechtliche Rahmenbedingungen der Kurzzeitvermietung (2023), 9.

²²⁹ Vgl. *Ofner*, Rechtliche Rahmenbedingungen der Kurzzeitvermietung (2023), 10.

²³⁰ *Hanusch*, Kommentar zur Gewerbeordnung (30. Lfg 2021) § 2 GewO Rz 33.

Einzelfalls beurteilt werden. Nichtsdestotrotz halten die Rsp und auch weite Teile der Lehre an der „abstrakten Unterordnung“ fest.

*Ofner*²³¹ merkt zum Kriterium der Nebenbeschäftigung an, dass diese in einem gewissen Spannungsverhältnis zur weiteren Definition der Privatzimmervermietung als Vermietung von maximal 10(!) Fremdenbetten steht. Die Vermietung von 10 Gästebetten könne kaum eine, im Vergleich zum übrigen Haushalt, untergeordnete Tätigkeit sein. Er schließt daraus, dass eine höhere Anzahl von Betten durch geringere weitere Serviceleistungen ausgeglichen werden müssen, damit weiter eine Nebenbeschäftigung vorliegt, der Grundsatz lautet also je mehr Gästebetten umso weniger Serviceleistungen dürfen angeboten werden. Wie bereits eingangs des Kapitels erwähnt ist grds auch die Verabreichung von Speisen und Getränken möglich, sofern damit nicht die Schwelle der Unterordnung überschritten wird.

Beherbergung im eigenen Hausstand

Das letzte Tatbestandsmerkmal der Definition der Privatzimmervermietung besagt, dass diese im eigenen Hausstand (des Vermieters bzw Betreibers) erfolgen muss. Nach stRsp des VwGH ist der eigene Hausstand dabei nicht eng auszulegen.²³² Eigener Hausstand liegt zweifellos dann vor, wenn die Tätigkeit im eigenen Haus, in Räumen, die dem Wohnbedürfnis des Vermieters oder eines Angehörigen des Hausstandes dienen bzw gedient haben, ausgeübt wird.²³³

Einigkeit besteht darüber, dass die Nebenbeschäftigung zwar nicht ausschließlich im eigenen Haushalt erbracht werden muss, ein gewisser Zusammenhang der Tätigkeit zum jeweiligen Haushalt muss jedoch immer gewahrt bleiben. Ein solcher Zusammenhang liegt jedenfalls dann nicht mehr vor, wenn die Tätigkeit „betriebsähnlichen Umfang erreicht, etwa wenn der Absatz ausschließlich ohne Bezug zum Haushalt (etwa über einen regelmäßig betriebenen Marktstand) erfolgt.“²³⁴

Der VwGH verneinte etwa den eigenen Hausstand in einem Fall, in dem die Vermieterin zwei Wohnungen eines Zinshauses vermietete und in einer weiteren Wohnung im selben Zinshaus selbst wohnte. Aus Sicht des VwGH zählten die gesonderten Wohnungen nicht zum eigenen Hausstand der Vermieterin, weshalb keine häusliche Nebenbeschäftigung vorliegen konnte.²³⁵

In einem weiteren Fall wurde der eigene Hausstand bei Vermietung einer Ferienwohnung in 120 km Entfernung vom Hauptwohnsitz des Anbieters verneint. Wie oben bereits erwähnt, muss die Tätigkeit zwar nicht ausschließlich im eigenen Haushalt erbracht werden, es braucht aber zumindest ein gewisses Naheverhältnis das in diesem Fall nicht mehr gegeben war.²³⁶

²³¹ Vgl *Ofner*, Rechtliche Rahmenbedingungen der Kurzzeitvermietung (2023), 11.

²³² Vgl VwSlg 5364 A/1960; relativ aktuell dazu E VwGH 24.05.2022, Ro 2021/05/0012.

²³³ Vgl *Ofner*, Rechtliche Rahmenbedingungen der Kurzzeitvermietung (2023), 11.

²³⁴ Vgl *Müller/Ries/Schramek/Wallnöfer*, GewO § 2 (Stand 1.1.2015, rdb.at) Rz 39.

²³⁵ Vgl VwGH 25.4.1995, 93/04/0125.

²³⁶ Vgl VwGH 24.05.2022, Ro 2021/05/0012.

Nach Ofner kann der gemeinsame Hausstand im Einzelfall auch baulich getrennte Gebäude innerhalb einer EZ umfassen, sofern räumliche Nähe und eine gemeinsame Infrastruktur gegeben sind. Zusammenfassend kann gesagt werden, dass zum gemeinsamen Hausstand die Vermietung im Gebäude des Hauptwohnsitzes des Vermieters nicht zwingend nötig ist, es braucht aber ein funktionelles und räumliches Naheverhältnis zwischen Gebäude, in dem die Vermietung stattfindet und dem Hauptwohnsitz, der den Hausstand begründet, dem die Vermietung als Nebenbeschäftigung untergeordnet ist. Eine Hauptwohnsitzmeldung, die nur zu Umgehungszwecken erfolgt, erfüllt die Voraussetzungen für einen eigenen Hausstand hingegen nicht.²³⁷

Vorübergehende Beherbergung

Weite Teile der Lehre sehen als weiteres Tatbestandsmerkmal, dass die Beherbergung von vornherein zeitlich beschränkt ist.²³⁸ Auch hier vertritt *Hanusch*²³⁹ eine Sondermeinung und begründet dies damit, dass auch Hotels Dauergäste hätten, und spricht sich für eine Gleichbehandlung von Privatzimmervermietungen aus. ME sind solche Dauergäste aber die Aufnahmen und beinhaltet die Aufnahme von Gästen (im Sinne von Touristen) bereits ein gewisses Befristungselement.

Zusätzliche Leistungen

Wie bereits mehrfach erwähnt, dürfen im Rahmen der Privatzimmervermietung jedenfalls Speisen (ohne Auswahl und zu fixen Zeiten) und Getränke angeboten werden. Sofern der Anbieter der Privatzimmervermietung auch Land- und Forstwirtschaft betreibt, dürfen außerdem unverarbeitete Produkte iSd § 2 Abs 2 Z 1 GewO und verarbeitete land- und forstwirtschaftliche Urprodukte, sofern die Beschränkung des § 2 Abs 4 Z 1 GewO eingehalten wird, verkauft werden. Services wie Internet, TV, Bereitstellen von Bettwäsche oder Handtüchern, sowie das Anbieten über Online-Plattformen sind nach Ofner im Rahmen der Privatzimmervermietung ebenfalls zulässig. Bzgl weiterer Services und Dienstleistungen spricht er sich dafür aus, diese als zulässig zu betrachten, sofern typische Leistungen im Rahmen einer häuslichen Nebenbeschäftigung, wie etwa Besorgung von Ski-Karten (dann wohl auch Tourismuskarten) und Transportmöglichkeiten erbracht werden. Immer zu beachten ist jedoch, dass die häusliche Nebenbeschäftigung inklusive aller Services und Dienstleistungen weiterhin von untergeordneter Rolle bleiben müssen.²⁴⁰

C. Einstufungen innerhalb der GewO

Liegt ein gewerberechtlicher Beherbergungsbetrieb (siehe zur Definition Kapitel IV.A.1.), so sind gem § 111 Abs 1 Z 1 für die Beherbergung von Gästen eine Gewerbeberechtigung für das Gastgewerbe, sowie eine einschlägige fachliche Qualifikation bzw ein Befähigungsnachweis²⁴¹, nötig. Das

²³⁷ Vgl *Ofner*, Rechtliche Rahmenbedingungen der Kurzzeitvermietung (2023), 13.

²³⁸ Vgl *Ofner*, Rechtliche Rahmenbedingungen der Kurzzeitvermietung (2023), 13.

²³⁹ Vgl *Hanusch*, GewO 30. Lfg 2021, § 2 Rz 35.

²⁴⁰ Vgl *Ofner*, Rechtliche Rahmenbedingungen der Kurzzeitvermietung (2023), 15.

²⁴¹ Vgl *Ofner*, Rechtliche Rahmenbedingungen der Kurzzeitvermietung (2023), 18.

Gastgewerbe ist gemäß § 94 Z 26 GewO ein reglementiertes Gewerbe und erfordert grds einen Befähigungsnachweis. § 111 Abs 2 nennt einige Formen des Gastgewerbes, für die es keines Befähigungsnachweises bedarf. Einen wichtigen Tatbestand im Zusammenhang mit Airbnb bilden dabei die sogenannten Frühstückspensionen gemäß § 111 Abs 2 Z 4. Diese werden definiert als *„Beherbergung von Gästen, wenn nicht mehr als zehn Fremdenbetten bereitgestellt werden, und die Verabreichung des Frühstücks und von kleinen Imbissen und der Ausschank von nichtalkoholischen Getränken und von Bier in handelsüblichen verschlossenen Gefäßen sowie von gebrannten geistigen Getränken als Beigabe zu diesen Getränken an die Gäste“*²⁴² und ähneln damit sehr der zuvor behandelten Privatzimmervermietung. Im Gegensatz zur Privatzimmervermietung, die ja zur Gänze von der GewO ausgenommen ist, sind Frühstückspensionen aber vom Anwendungsbereich der GewO erfasst und bedürfen einer Gewerbeberechtigung, allerdings eben keines Befähigungsnachweises. Frühstückspensionen fallen daher in die Kategorie der freien Gewerbe. Der wesentliche Unterschied zur Privatzimmervermietung liegt darin, dass die Tätigkeit einer Frühstückspension ein Ausmaß erreicht, das keine untergeordnete Nebenbeschäftigung iSd Privatzimmervermietungsdefinition mehr darstellt bzw diese nicht durch Angehörige des eigenen Hausstandes, sondern gewöhnliche Angestellte, ausgeübt wird. Mit diesem Tatbestand wurde im Zuge der Gewerberechtsnovelle 1992 ein Kompromiss zwischen Gastgewerbe samt notwendigem Befähigungsnachweis und der Privatzimmervermietung geschaffen.²⁴³

D. Konsequenzen bei Verstoß gegen die GewO

Liegt ein Beherbergungsbetrieb iSd GewO vor und wird dieser ohne die erforderliche Gewerbeberechtigung betrieben, so drohen gemäß § 366 Abs 1 Z 1 Geldstrafen bis zu 3.600€. Im Fall von freien Gewerben (zB Frühstückspension) ist bei wiederholter Ausübung ohne die erforderliche Berechtigung § 366 Abs 1 Z 10, bei einmaliger Ausübung § 367 Z 8 GewO einschlägig. § 367 Z 8 sieht niedrigere Strafen als § 366 vor und kommt auch dann zur Anwendung, wenn ein Inhaber eines freien Gewerbes Tätigkeiten nachgeht die von seiner Gewerbebelizenz nicht mehr erfasst sind. Sofern eine Verwaltungsübertretung gem § 367 Z 8 vorliegt, hat die Behörde den Gewerbetreibenden aufzufordern binnen drei Wochen die erforderliche Erweiterung seiner Gewerbebelizenz anzuzeigen. Erst wenn diese Anzeige wiederholt nicht erfolgt, kommt § 366 Abs 1 Z 10 GewO zur Anwendung.²⁴⁴ Bei offenkundigem Verstoß gegen § 366 Abs 1 ist gem § 366 Abs 3 sogar die sofortige Betriebsschließung möglich.

Wie auch schon im Rahmen der Wiener BauO, können sich aus einem Verstoß gegen die GewO auch wettbewerbsrechtliche Konsequenzen ergeben. Gewerberechtliche Vorschriften, wie insbesondere das Erfordernis einer Gewerbeberechtigung, dienen auch dem Schutz des lautereren Wettbewerbs, weshalb ein Verstoß dagegen einen Rechtsbruch iSd §1 UWG darstellt. Dasselbe gilt für Tätigkeiten über den, von der Gewerbeberechtigung erfassten, Befugnisumfang hinaus, bzw eine Ausübung ohne die

²⁴² § 111 Abs 2 Z 4 GewO 1994.

²⁴³ Vgl Ofner, Rechtliche Rahmenbedingungen der Kurzzeitvermietung (2023), 17.

²⁴⁴ Vgl Seidl, Rz 295.

erforderliche Betriebsanlagengenehmigung.²⁴⁵ Denkbar wären somit auch hier Unterlassungsklagen durch etwaige Mitbewerber.

E. Fazit zur Gewerbeordnung

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass für die Einstufung als gewerberechtlicher Beherbergungsbetrieb die Erbringung zusätzlicher Services oder Dienstleistungen ein entscheidendes (wenn auch nicht das einzige) Kriterium darstellt, das zumindest in geringem Ausmaß vorliegen muss. Neben den Dienstleistungen werden auch die Vertragsdauer, der öffentliche Auftritt, die Vermarktung und Außenwirkungen und weitere Kriterien in einem beweglichen System beurteilt. Entscheidend ist, dass in einer Gesamtbetrachtung eine gewisse Obsorge in Form einer Betreuung des Gastes erkennbar ist.

Der gewerberechtliche Beherbergungsbetrieb unterscheidet sich somit im Detail entscheidend vom zivilrechtlichen Beherbergungsvertrag. Während die zivilrechtliche Beurteilung vor allem vom Ausmaß der erbrachten Nebenleistungen abhängt, sind diese im gewerberechtlichen Kontext lediglich *condicio sine qua non* und werden eine Vielzahl weiterer Kriterien im Rahmen eines beweglichen Systems zur Beurteilung herangezogen. Der gewerberechtliche Beherbergungsbetrieb dürfte daher einen weiteren Anwendungsbereich haben als der zivilrechtliche Beherbergungsvertrag, in anderen Worten: Es kann ein gewerberechtlicher Beherbergungsvertrag vorliegen, ohne dass zivilrechtlich ein Beherbergungsvertrag abgeschlossen wurde.²⁴⁶

Liegt ein solcher Beherbergungsbetrieb vor, ist die GewO grds anwendbar und es braucht eine Gewerbeberechtigung, sowie einen Befähigungsnachweis zum Betrieb des Unternehmens. Hinsichtlich Betriebsanlagengenehmigung sind das vereinfachte Verfahren gem. § 359b Abs 1 GewO bzw. § 1 Abs 1 Z 8 2. GfV einschlägig.

Einen wichtigen Ausnahmetatbestand von der GewO stellt die Privatzimmervermietung dar. Diese liegt bei Vermietung von maximal 10 Fremdenbetten vor, sofern es sich um eine im Vergleich zu den übrigen (objektiven Durchschnitts-) Tätigkeiten eines (Durchschnitts-) Haushalts untergeordnete Nebenbeschäftigung handelt und von Angehörigen des eigenen Hausstandes im eigenen Hausstand ausgeübt wird. Zu den Angehörigen zählen dabei jedenfalls im Haushalt lebende Familienangehörige aber auch sonstige Personen, die dem Haushalt ständig zugeordnet sind, wie etwa Bedienstete oder Hausgehilfen. Die Tätigkeit muss nicht unmittelbar in jenem Gebäude ausgeübt werden, in dem der Betreiber selbst wohnt, es braucht aber zumindest ein räumliches und funktionales (etwa durch gemeinsame Infrastruktur) Naheverhältnis dazu. Im Rahmen der Privatzimmervermietung dürfen, unter gewissen Beschränkungen, auch Speisen und Getränke, sowie typische Services einer häuslichen Nebenbeschäftigung angeboten werden.

²⁴⁵ Vgl *Frauenberger in Wiebe/Kodek*, UWG² § 1 (Stand 10.7.2024, rdb.at) Rz 947.

²⁴⁶ Vgl *Schleitzer* 141.

Liegt keine Privatzimmervermietung vor, weil etwa die Tätigkeit keine untergeordnete Rolle mehr spielt oder von Personen außerhalb des eigenen Hausstandes ausgeübt wird, so besteht immer noch die Möglichkeit die Airbnb-Vermietung in Form einer Frühstückspension iSd § 111 Abs 2 Z 4 GewO zu betreiben, die als „*Beherbergung von Gästen, wenn nicht mehr als zehn Fremdenbetten²⁴⁷ bereitgestellt werden*“, definiert wird. Das würde den Vorteil bringen, dass kein Befähigungsnachweis benötigt wird. Auch im Rahmen solcher Pensionen sind gewisse Services wie „*die Verabreichung des Frühstücks und von kleinen Imbissen und der Ausschank von nichtalkoholischen Getränken und von Bier in handelsüblichen verschlossenen Gefäßen sowie von gebrannten geistigen Getränken als Beigabe zu diesen Getränken an die Gäste*“²⁴⁸ möglich.

Im Falle eines Verstoßes gegen die Vorschriften der GewO drohen, je nachdem ob ein reglementiertes oder freies Gewerbe vorliegt, Geldstrafen in unterschiedlicher Höhe, Betriebsschließungen sowie wettbewerbsrechtliche Unterlassungsklagen nach dem UWG.

V. Melderecht und Tourismusrecht

Im Rahmen von Airbnb-Vermietungen spielen auch Melde, Anzeige- und Registrierungspflichten, die sich aus diversen Bundes- und Landesgesetzen sowie Verordnungen, aufgrund unterschiedlicher verfassungsrechtlicher Kompetenzbestimmungen ergeben, eine bedeutende Rolle. Aufgrund der Vielzahl und Komplexität der einzelnen Vorschriften kann hier schnell etwas übersehen werden und in weiterer Folge eine Verwaltungsstrafe drohen.

A. Meldegesetz

Bundesgesetzlich ist das Meldegesetz 1991²⁴⁹, „zur staatliche(n) Erfassung des (aktuellen) Aufenthaltsortes von Personen im allgemein-polizeilichen Interesse (...) unabhängig von der Nationalität der Person“²⁵⁰, für diverse Melde- und Anzeigepflichten einschlägig. Dieses normiert für Wohnungen und Beherbergungsbetriebe unterschiedliche Meldepflichten, weshalb auch im Rahmen des Melderechts eine entsprechende Abgrenzung dieser Begriffe nötig ist. § 1 Abs 3 MeldeG definiert Beherbergungsbetriebe als „*Unterkunftsstätten, die unter der Leitung oder Aufsicht des Unterkunftsgebers oder eines von diesem Beauftragten stehen und zur entgeltlichen oder unentgeltlichen Unterbringung von Gästen zu vorübergehendem Aufenthalt bestimmt sind.*“

Der VwGH verlangt hinsichtlich der Leitung „keine besondere Intensität“ und schon gar keine „rund um die Uhr“-Aufsicht.²⁵¹ Des Weiteren müssen Gäste (die erläuternden Bemerkungen²⁵² der inhaltlich iW gleichlautenden Bestimmung des Meldegesetzes 1972²⁵³ nennen hierfür Urlauber, Geschäftsreisende

²⁴⁷ Vgl *Schleinzer* 142f. mwN wonach die Betten in mehreren Wohnungen zusammenzurechnen sind, sofern es sich um denselben Betreiber handelt.

²⁴⁸ § 111 Abs 2 Z 4 GewO 1994.

²⁴⁹ Meldegesetz 1991 BGBl 1992/9 idF BGBl I 2023/160.

²⁵⁰ *Schleinzer* 218 mwN.

²⁵¹ VwGH 30.9.2019, Ra 2019/01/0312.

²⁵² ErlRV Blg 418 NR 13. GP. 10.

²⁵³ Meldegesetz 1972 BGBl 1973/30.

und Kurgäste als Beispiele) untergebracht werden, was auch eine gewisse Befristungskomponente des Aufenthalts beinhaltet. Die Entgeltlichkeit spielt nach den Erläuterungen hingegen keine Rolle, selbst kostenlose Aufenthalte will der Gesetzgeber unter dem Beherbergungsbegriff verstanden wissen und nennt als konkrete Beispiele für solche Betriebe neben Hotels, Pensionen und Gasthöfen auch die Privatzimmervermietung und Apartments.²⁵⁴

Der melderechtliche Beherbergungsbetrieb ist somit noch weiter zu verstehen als der gewerberechtliche Beherbergungsbetrieb iSd § 111 Abs 1 Z 1 GewO und für Airbnb-Vermietung genutzter Wohnraum wird wohl regelmäßig als ein solcher Betrieb einzustufen sein.²⁵⁵

Für die Meldepflichten im Rahmen eines Beherbergungsbetriebs ist § 5 Abs 1 MeldeG einschlägig. Jeder Gast, der in einem solchen Betrieb Unterkunft nimmt, hat sich unverzüglich, spätestens binnen 24 Stunden nach Eintreffen im Betrieb anzumelden. Die Meldepflicht trifft somit grds den Gast, nicht den Gastgeber.

Zur Erfüllung der Meldepflicht müssen gem § 5 Abs 1 2. Satz „*Vor- und Familiennamen, Geburtsdatum, Geschlecht, Staatsangehörigkeit, Herkunftsland und Adresse samt Postleitzahl sowie – bei ausländischen Gästen – die Art, die Nummer, das Ausstellungsdatum und die ausstellende Behörde des Reisedokumentes bekannt gegeben*“ und die Richtigkeit der Angaben durch Unterschrift des Meldepflichtigen bestätigt werden.

Langzeitgäste, das sind Gäste mit einem länger als zwei Monate dauernden Aufenthalt müssen sich gem § 5 Abs 2 spätestens drei Tage nach Ablauf dieser zwei Monate auch nach den Vorschriften der §§ 3 ff (Vorschriften für Meldungen bei Unterkunft in Wohnungen) melden.

Die wohl wesentlichste Verpflichtung für den Gastgeber bzw für dessen Beauftragten im Rahmen des MeldeG ist die Führung eines Gästeverzeichnisses iSd § 10 MeldeG. Im Rahmen dieses Verzeichnisses sind alle Daten gem § 5 Abs 1 und 3 (§ 5 Abs 3 sieht Erleichterungen für Familienverbände und Reisegruppen bei der Meldung vor) für sieben Jahre ab Eintragung (gem § 10 Abs 2) aufzubewahren. Weitere Details werden durch die Meldegesetz-Verordnung²⁵⁶ festgelegt.

Der Gastgeber ist gem § 7 Abs 6 dafür verantwortlich, dass die entsprechenden Daten ins Gästeverzeichnis eingetragen werden, und hat den Gast auf die Meldeverpflichtung aufmerksam zu machen. Weigert sich der meldepflichtige Gast seine Meldepflicht zu erfüllen, hat der Gastgeber unverzüglich die Meldebehörde oder ein Organ des öffentlichen Sicherheitsdienstes zu informieren.

²⁵⁴ ErlRV Blg 418 NR 13. GP. 10.

²⁵⁵ Vgl *Seidl*, Rz 319.

²⁵⁶ Verordnung des Bundesministers für Inneres über die Durchführung des Meldegesetzes (Meldegesetz-Durchführungsverordnung – MeldeV) BGBl II 2002/66 idF BGBl II 2023/26.

B. Tourismus-Statistik-Verordnung

Neben den Vorschriften aus dem MeldeG ist aus bundesrechtlicher Sicht auch noch die Tourismus-Statistik-Verordnung²⁵⁷ zu beachten. Diese schreibt der Bundesanstalt Statistik Österreich die Erstellung verschiedener Statistiken vor, bei denen eine Mitwirkungspflicht von Erhebungsgemeinden und Beherbergungsbetrieben, die in solchen Gemeinden gelegen sind, besteht.

Beherbergungsbetriebe sind gem § 2 Abs 1 Z 3 der Verordnung *„Einrichtungen, die Übernachtungsmöglichkeiten für Gäste in Zimmern oder anderen Beherbergungseinheiten mit Erwerbszweck anbieten und unter Leitung oder Aufsicht des Unterkunftsgebers oder seines Beauftragten stehen.“*²⁵⁸ Im Wesentlichen entspricht diese Definition dem Beherbergungsbetrieb iSd Meldegesetzes, Airbnb-Unterkünfte fallen daher regelmäßig darunter.²⁵⁹

Erhebungsgemeinden sind gemäß § 2 Abs 1 Z 7 Städte und Gemeinden mit mehr als 1 000 Gästenächtigungen im Kalenderjahr. Unter diese Definition fällt damit jedenfalls die Bundeshauptstadt Wien als großer Tourismusmagnet, wohl aber auch ein Großteil der Gemeinden im Burgenland und Niederösterreich, jedenfalls wohl Gemeinden in den bekannten Tourismusgebieten (zB rund um den Neusiedler See oder in der Wachau).

Die Statistik Austria hat nach Anhörung der jeweiligen Landesregierung festzustellen, welche Gemeinden bzw Städte die Voraussetzungen gem § 2 Abs 1 Z 7 erfüllen bzw bei welchen Gemeinden die Voraussetzungen weggefallen sind. Die Anzahl der Nächtigungen in einer Gemeinde kann auf der Website der Statistik Austria²⁶⁰ durch Suche nach einer konkreten Gemeinde im Reiter „Tourismus und Verkehr“/“Tourismus“ eingesehen werden.

§ 4 Abs 1 schreibt den Erhebungsgemeinden vor, monatlich die Ankünfte, Übernachtungen und Herkunftsländer der Gäste zu erheben. Außerdem sind bei Beherbergungsbetrieben die Art des Betriebs und die verfügbare Anzahl der Gästebetten für die Sommer bzw Wintersaison anzugeben. Zu diesem Zweck haben Beherbergungsbetriebe gemäß § 6 Abs 1 folgende Informationen zu übermitteln:

1. *„unverzüglich, spätestens jedoch innerhalb von 48 Stunden nach der Ankunft und nach der Abreise des jeweiligen Gastes die Meldedaten (§ 10 Meldegesetz 1991) „Ankunft“ und „Abreise“ jeweils verknüpft mit „Herkunftsland“ oder*
2. *bis zum 5. eines jeden Kalendermonats den an Hand der in Z 1 angeführten Meldedaten „Ankunft“, „Abreise“ und „Herkunftsland“ des jeweiligen Gastes vollständig ausgefüllten und unterfertigten Betriebsbogen gemäß Abs. 3 über das vorangegangene Kalendermonat.“*²⁶¹

²⁵⁷ Tourismus-Statistik-Verordnung 2002 BGBl II 2002/498 idF BGBl II 2012/24.

²⁵⁸ § 2 Abs 1 Z 3 Tourismus-Statistik-Verordnung 2002 idgF.

²⁵⁹ Vgl Seidl, Rz 328.

²⁶⁰ <https://www.statistik.at/atlas/blick/>

²⁶¹ § 6 Abs 1 Z 1 und 2 Tourismus-Statistik-Verordnung 2002 idgF

Außerdem ist zur Erhebung der Kapazitäten von den Beherbergungsbetrieben ein Bestandsbogen, der von der Statistik Austria zur Verfügung gestellt wird, auszufüllen. Der Bogen muss spätestens bis zum 31.5. ausgefüllt und bis zum 5.6. an die Erhebungsgemeinde übermittelt werden. Die Stadt Wien bietet hierfür sogar eine eigene Web-Applikation²⁶² an, für die ein Ortstaxen-Konto und eine Registrierung nötig ist.²⁶³

C. Strafbestimmungen

Für Gäste, die ihren Meldepflichten nach dem MeldeG nicht nachkommen, drohen Verwaltungsstrafen gemäß § 22 Abs 1 MeldeG in Höhe von bis zu 726€, im Wiederholungsfall bis zu 2.180€. Für Gastgeber bzw deren Beauftragte sieht § 22 Abs 1 Z 5 MeldeG dieselben Strafdrohungen vor, sofern das Gästeverzeichnis unvollständig befüllt oder sonst gegen die Verpflichtungen gemäß § 10 MeldeG verstoßen wird. Die Statistik-Verordnung selbst sieht keine Strafen bei Zuwiderhandeln gegen die Mitwirkungspflichten vor, jedoch könnte sich daraus ein Verstoß gemäß § 66 Abs 1 BundesstatistikG²⁶⁴ ergeben der mit Geldstrafe bis zu 2.180 € bedroht ist.

D. Tourismusabgaben

Neben den bundesrechtlichen Melde- und Aufzeichnungspflichten besteht eine Vielzahl entsprechender landesrechtlicher Pflichten im Zusammenhang mit Fremdenverkehrsabgaben, die sich zumeist aus den jeweiligen Tourismusgesetzen ergeben²⁶⁵, weshalb nachfolgend auf die einzelnen Tourismusgesetze samt der sich daraus ergebenden Melde- und Anzeigepflichten eingegangen wird.

1. Wiener Tourismusförderungsgesetz

In Wien ist dafür das Wiener Tourismusförderungsgesetz²⁶⁶ (WTFG) einschlägig. Dieses normiert in § 11 Abs 1 eine Abgabe in Form einer Ortstaxe für alle „*Gäste, das sind Urlauber und Urlauberinnen, Geschäftsreisende und sonstige Personen, die im Gebiet der Stadt Wien in einer Unterkunft gegen Entgelt Aufenthalt nehmen*“, unabhängig davon, ob das Entgelt vom Gast oder durch Dritte bezahlt wird. Auf die Erbringung irgendwelcher Dienstleistungen kommt es somit nicht an. Bei den Unterkünften wird weiter zwischen Beherbergungsbetrieben und sonstigen Unterkünften unterschieden.

a) Begriffsdefinition

Die Begriffe werden in Abs 2 legaldefiniert, wobei die Unterscheidung letztlich im Ergebnis unerheblich ist, da die Rechtsfolgen für beide Kategorien identisch sind:

²⁶² <https://anwendungen.wien.gv.at/vietour>

²⁶³ Vgl *Seidl*, Rz 329f.

²⁶⁴ Bundesstatistikgesetz 2000 BGBl I 1999/163 idF BGBl I 2022/185.

²⁶⁵ Vgl *Schleinzer* 218f.

²⁶⁶ Wiener Tourismusförderungsgesetz LGBl 1955/13 idF LGBl 2021/25.

§ 11 Abs 2

Ziffer 2: „Beherbergungsbetriebe: Einrichtungen, die Gästen in Zimmern oder anderen Beherbergungseinheiten Unterkunft anbieten und unter Leitung oder Aufsicht des Unterkunftgebers bzw. der Unterkunftgeberin oder seines bzw. ihres Beauftragten stehen.“

Ziffer 3: „Sonstige Unterkünfte: insbesondere Räume, die zum Wohnen, Schlafen bzw. sonstigen Aufenthalt benützt werden können (...)“

Eine Airbnb-Unterkunft wird zumindest als sonstige Unterkunft iSd § 11 Abs 2 Z 3 zu qualifizieren sein, insbesondere weil der Begriff möglichst weit und autonom von anderen (etwa zivilrechtlichen oder gewerberechtlichen) Definitionen zu verstehen ist.²⁶⁷ Im Ergebnis ist daher für den Aufenthalt von Gästen in Airbnb-Unterkünften eine Ortstaxe zu erheben.

b) Ortstaxe

Nach dieser Definition wäre aber jede Vermietungstätigkeit schlechthin der Ortstaxe unterworfen. Den entscheidenden Ausnahmetatbestand normiert § 11 Abs 3 letzter Fall, für Personen die länger als 3 Monate ununterbrochen Aufenthalt nehmen.

Bemessungsgrundlage für die Ortstaxe ist gem § 12 Abs 1 und 2 das Entgelt für den Aufenthalt (§ 11) abzüglich Umsatzsteuer, Entgelt für Frühstück im ortsüblichen Ausmaß und eines Pauschalabzuges von 11% als Äquivalent für allfällige Internationalisierungsmaßnahmen. Die Ortstaxe beträgt 3,2% dieser Bemessungsgrundlage (§ 14). Die Stadt Wien stellt zur Berechnung der Ortstaxe ein Berechnungstool²⁶⁸ zur Verfügung.²⁶⁹

Die Verpflichtung zur Einhebung der Ortstaxe trifft den Inhaber der Unterkunft, der auch für die Begleichung der Ortstaxe durch seine Gäste haftet (§ 13 Abs 1). Er hat die Ortstaxe jeweils bis zum 15. des, dem entgeltlichen Aufenthalt folgenden, Monats beim Magistrat zu entrichten und darüber hinaus bis zum 15. Februar jeden Jahres für das vorangegangene Jahr eine Abgabenerklärung beim Magistrat einzureichen. Die Einreichung der Abgabenerklärung hat dabei jeweils grds elektronisch zu erfolgen. Für die Entrichtung der Ortstaxe ist ein eigenes Abgabenkonto nötig, die Eröffnung kann online²⁷⁰, per Post oder E-Mail beantragt werden.

Der Magistrat ist nach § 13 Abs 3 ermächtigt mit Unterkunftsinhabern Vereinbarungen über die zu entrichtende Ortstaxe (zB bzgl Berechnung, Fälligkeit, Einhebung oder Pauschalierung) zu treffen, wenn dies die Besteuerung vereinfacht und das steuerliche Ergebnis dadurch nicht wesentlich verändert wird. Ein Rechtsanspruch auf eine solche Vereinbarung kann daraus für den einzelnen Unterkunftsinhaber jedoch nicht abgeleitet werden (arg „ist ermächtigt“).

²⁶⁷ Vgl Seidl, Rz 334.

²⁶⁸ <https://www.wien.gv.at/finanzen/abgaben/ortstaxenrechner.html>

²⁶⁹ Vgl Seidl, Rz 337.

²⁷⁰ <https://www.wien.gv.at/amtshelfer/finanzielles/rechnungswesen/abgaben/ortstaxe.html>

Neben der Verpflichtung zur Einhebung der Ortstaxe treffen Inhaber von Unterkünften nach dem WTFG weitere Pflichten. Gem § 13 Abs 2 hat der Unterkunftsinhaber für jeden entgeltlichen Aufenthalt entweder eine Rechnung mit fortlaufender Nummerierung anzulegen und aufzubewahren oder in ein vom Magistrat zu beglaubigendes Journalbuch einzutragen. Aus diesen Aufzeichnungen müssen alle Aufenthalte und das Entgelt jedes einzelnen Aufenthalts zuverlässig hervorgehen (§ 16).

Weiters haben Unterkunftsinhaber gem § 15 Abs 1 die Führung von Unterkünften iSd §11 unter Bekanntgabe der Adresse binnen zwei Wochen ab Entstehen der Abgabepflicht, somit spätestens zwei Wochen nach dem erstmaligen entgeltlichen Aufenthalt von Gästen, dem Magistrat elektronisch anzuzeigen.

Ähnlich den Vorschriften der Statistik-Verordnung, besteht auch im Rahmen des WTFG eine Mitwirkungspflicht der Unterkunftsinhaber zu Tourismusförderungs- und Statistikzwecken. Auf Verlangen sind dem Wiener Tourismusverband entsprechende Auskünfte zu erteilen.

Das WTFG war durch die Schaffung des § 15 Abs 2²⁷¹ ein Vorreiter in Bezug darauf, auch Plattformbetreiber in die Anzeige -und Meldepflichten miteinzubeziehen. § 15 Abs 2 verpflichtet Diensteanbieter iSd § 3 Z 2 E-Commerce Gesetz²⁷²für (unter anderem) Zwecke der ordnungsgemäßen und vollständigen Abgabenerhebung, die bei ihnen vorhandenen Identifikations- und Kontaktdaten der registrierten Unterkunftgeber, sowie sämtliche Adressen von registrierten Unterkünften dem Magistrat bis zum 15. des auf die jeweilige Registrierung folgenden Monats anzuzeigen. Diensteanbieter iSd § 3 Z 2 E-Commerce-Gesetzes ist *„jede natürliche oder juristische Person oder sonstige rechtsfähige Einrichtung, die einen Dienst der Informationsgesellschaft bereitstellt“* somit auch Airbnb.

Alternativ zu dieser Verpflichtung, besteht nach § 15 Abs 3 auch die Möglichkeit, dass der Magistrat Vereinbarungen mit den entsprechenden Diensteanbietern bzgl der Einhebung der Ortstaxe vornimmt. Wird eine solche Vereinbarung getroffen, so haften die Diensteanbieter neben den Unterkunftsinhabern für die Entrichtung der Ortstaxe.

§17 ermächtigt den Magistrat eine Anfrage nach § 48b Abs 2a Bundesabgabenordnung (BAO) ²⁷³ an die zuständige Abgabenbehörde zu richten, sofern dies für die ordnungsgemäße und vollständige Erhebung der Ortstaxe notwendig ist.

c) Strafen

Verstöße gegen das WTFG durch die die Abgabe verkürzt werden, werden gem § 20 Abs 1 mit Geldstrafe bis zu 21.000€ bzw. Ersatzfreiheitsstrafe bis zu 6 Wochen geahndet. Bei Verstoß gegen sonstige Melde- oder Anzeigepflichten drohen gem § 21 Abs 2 Geldstrafen bis zu 2.100€ bzw Ersatzfreiheitsstrafe bis zu zwei Wochen. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang das

²⁷¹ § 15 Abs 2 WTFG idF LGBl 2017/7.

²⁷² E-Commerce-Gesetz BGBl I 2001/152 idF BGBl I 2015/34.

²⁷³ Bundesabgabenordnung BGBl 1961/194 idF BGBl. I 2024/113.

Kumulationsprinzip im Verwaltungsstrafverfahren, durch das die Strafen schnell exorbitante Höhen erreichen können.²⁷⁴

Schleinzer merkt hingegen allgemein zu den Strafen bei Verletzung melde- bzw. abgabenrechtlicher Vorschriften an, dass diese, trotz durchaus beachtlicher Höhe, keinerlei generalpräventive Wirkung entfalten können, weil Übertretungen kaum aufgedeckt würden. Die Mitwirkungspflicht von Plattformbetreiber sei zwar vielversprechend, in der Praxis jedoch aufgrund mangelnder Einhaltung wirkungslos geblieben. Sie sieht in der generellen Verpflichtung der Plattformbetreiber zur Abgabenerhebung und Abfuhr eine potentielle Reformmöglichkeit, die den Vorschriften mehr zum Durchbruch verhelfen könnte als hohe Strafen. Eine solche Mitwirkungspflicht der Plattformbetreiber sieht sie auch im Lichte der Rsp des VfGH unproblematisch und aufgrund der Notwendigkeit für die ordnungsgemäße Abgabenerhebung als sachlich gerechtfertigt an.²⁷⁵

2. Burgenland

Im Burgenland ist im Hinblick auf Abgaben und Meldepflichten im Zusammenhang mit Fremdenverkehr das burgenländische Tourismusgesetz 2021²⁷⁶ (Bgl. TG 2021) zu beachten. § 2 Abs 1 Z 4 definiert Beherbergungsbetriebe als *„Unterkünfte, die unter der Leitung oder Aufsicht des Unterkunftgebers oder eines von diesem Beauftragten stehen und der ausschließlichen oder nur vorübergehenden entgeltlichen oder unentgeltlichen Aufenthalt von wechselnden Gästen dienen.“*

a) Begriffsdefinitionen

Unterkunftgeber ist gem § 2 Abs 1 Z 3 der *„Inhaber einer Gewerbeberechtigung, der in dem von ihm geführten Gewerbebetrieb, oder wer sonst in seinen Räumen (zB Privatzimmervermieter) oder wer als Verfügungsberechtigter über ein zum Campieren verwendetes Grundstück oder wer über einen Diensteanbieter gemäß § 3 Z 2 E-Commerce-Gesetz - ECG die Beherbergung von Gästen anbietet(...)“*

Jedenfalls als Beherbergungsbetriebe anzusehen sind:

a) Unterkünfte, die der Beherbergung von Personen im Rahmen einer Gewerbeausübung dienen;

b) Unterkünfte im Rahmen der Privatzimmervermietung im Sinne des Artikel III der Bundes-Verfassungsgesetznovelle 1974, BGBl. Nr. 444/1974, in der Fassung des Bundesverfassungsgesetzes BGBl. I Nr. 2/2008;

c) Glamping-, Autocamp- oder Campingplätze sowie Wasserfahrzeug- oder Schwimmkörperliegeplätze.;

d) Privatunterkünfte, die - wenn auch nur gelegentlich - über Internetportale oder Online-Diensteanbieter angeboten werden.

²⁷⁴ Vgl. *Seidl*, Rz 348.

²⁷⁵ Vgl. *Schleinzer* 229ff; 242.

²⁷⁶ Burgenländisches Tourismusgesetz 2021 LGBL 2021/6 idF LGBL 2022/62.

Sofern eine, im Rahmen von Airbnb genutzte, Wohnung nicht bereits durch lit a) oder b) erfasst ist, wird sie unter lit d) zu subsumieren sein, sodass bei (wenn auch nur gelegentlicher) Airbnb-Nutzung jedenfalls ein Beherbergungsbetrieb iSd Gesetzes vorliegt und der Anbieter dieser Wohnung als Unterkunftgeber einzustufen ist.

b) Ortstaxe

Diese Einteilung ist wichtig, da § 20 Abs 1 eine Ortstaxe für Gäste in Beherbergungsbetrieben vorsieht, sofern eine Beherbergung gegen Entgelt (§20 Abs 3 Z 1) vorliegt. § 20 Abs 4 sieht diverse Ausnahmen zB für Personen bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres (die erläuternden Bemerkungen²⁷⁷ sprechen noch von einer Ausnahme bis zum vollendeten 19. Lebensjahr), Behinderte bzw deren Begleitpersonen oder Personen, die sich zum Zweck der Schul- bzw Berufsausbildung im Bundesland aufhalten, vor. Einen Ausnahmetatbestand, der lediglich auf die Dauer des Aufenthalts abzielt, kennt das bgld TG im Gegensatz zum WTFG hingegen nicht.

Die Verpflichtung zur Einhebung und die Haftung für die Abfuhr der Ortstaxe trifft auch im Burgenland den Unterkunftgeber, sie wird am letzten Aufenthaltstag, spätestens jedoch nach einem ununterbrochenen Aufenthalt von zwei Monaten fällig. Auch das Burgenland sieht die Möglichkeit einer Vereinbarung mit den Plattformanbietern vor. Diese Möglichkeit kommt aber den einzelnen Unterkunftsgebern zu (§ 20 Abs 11). Liegt eine solche Vereinbarung vor, haften auch hier die Plattformbetreiber neben den Unterkunftgebern für die Entrichtung der Ortstaxe (§ 20 Abs 6) und die Ortstaxe ist vom Plattformbetreiber bis zum 10. des auf die Einhebung folgenden Monats an die Gemeinde abzuführen (§ 20 Abs 11). Neben der Möglichkeit der Vereinbarung besteht auch hier gem § 20 Abs 10 die Verpflichtung der Plattformbetreiber ihnen bekannte Informationen an die Gemeinden weiterzugeben.

§20 Abs 7 schreibt neben der Entrichtung der Ortstaxe weitere Anzeige- und Aufzeichnungsverpflichtungen vor. Der Unterkunftgeber hat demnach:

„1. für die Abgabeermittlung geeignete Aufzeichnungen über alle Aufenthalte zu führen und diese im Wege der automationsunterstützten Datenverarbeitung an die Gemeinde sowie an die Burgenland Tourismus GmbH zu übermitteln;

2. den Gast am Tag der Anreise im Gästeverzeichnis zu erfassen;

3. über Verlangen der Gemeinde jede Ankunft und Abreise, die mit einem Aufenthalt verbunden ist, innerhalb von 72 Stunden nach der Ankunft oder Abreise zu melden. Diese Meldung gilt mit der Übermittlung der Daten nach den melderechtlichen Bestimmungen als erfüllt. Die Gemeinden haben sicherzustellen, dass die Übermittlung im Wege der automationsunterstützten Datenverarbeitung erfolgt;

²⁷⁷ XXII.GP.IA 418 zu §20 bgld TG 2021.

4. die Ortstaxe von den Gästen einzuheben;

5. für die Ortstaxe bei der Gemeinde für jeden Kalendermonat bis zum 10. des nächstfolgenden Monats eine Abgabenerklärung mit folgendem Inhalt einzureichen:

a) die Zahl der beherbergten Personen,

b) die Zahl der Aufenthalte abgabenpflichtiger Personen,

c) die Zahl der Aufenthalte abgabenbefreiter Personen,

d) die sich aus lit. a bis c ergebenden Abgabebeträge und

6. die eingehobenen Beträge bis zum Zeitpunkt nach Z 5 an die Gemeinde abzuführen. “

Die Gemeinde hat die Einhebung der Ortstaxe zu überwachen und dafür ebenfalls entsprechende Aufzeichnungen zu führen. Die Landesregierung kann sowohl die Dokumentation des Unterkunftgebers als auch jene der Gemeinde überprüfen und sich für diese Prüfung der Burgenland Tourismus GmbH bedienen. Unterkunftgeber und Gemeinden haben der Landesregierung entsprechend auf Verlangen die notwendigen Nachweise vorzulegen.

Die Höhe der Ortstaxe richtet sich im Burgenland nicht nach der Höhe des Aufenthaltsentgelts, sondern beträgt gem § 21 Abs 1 grds 2,50€ pro Person und Tag. Der Betrag ist gem § 21 Abs 3 wertgesichert und die Landesregierung kann die Ortstaxe durch Verordnung bis zu einem Höchstbetrag von 3,50 € neu festsetzen.

c) Tourismusbeitrag

Für nicht gewerblich genutzte Ferienwohnungen ist gem § 22 Abs 1 Z 1 ein Tourismusbeitrag vom Eigentümer der Liegenschaft (§ 22 Abs 2) zu entrichten. Die Ferienwohnung wird gem § 2 Abs 1 Z 7 als „*Wohnung oder eine Unterkunft in Gebäuden oder baulichen Anlagen, die nicht der Deckung eines ganzjährig gegebenen Wohnungsbedarfes dient und nicht für berufliche Zwecke benutzt wird, sondern außerhalb eines Beherbergungsbetriebes überwiegend zu Aufhalten während des Wochenendes, der Ferien, des Urlaubs oder sonst nur zeitweilig benutzt wird und in einer als Baugebiet für Erholungs- oder Tourismuseinrichtungen gemäß § 33 Abs. 3 Z 7 Burgenländisches Raumplanungsgesetz 2019 - Bgld. RPG 2019, LGBl. Nr. 49/2019, gewidmeten Fläche liegt*“ definiert.

Da bereits § 2 Abs 1 Z 4 zur Konkretisierung des Beherbergungsbetriebs auf eine Gewerbeberechtigung abzielen, ist davon auszugehen, dass auch die Gewerblichkeit bei der Ferienwohnung iSd GewO zu verstehen ist, wenngleich die erläuternden Bemerkungen hierzu keine Auskunft geben. Airbnb-Unterkünfte werden daher wohl regelmäßig aufgrund zumindest geringfügiger Dienstleistungen und dem Gesamtbild, das eine Betreuung des Gastes erkennen lässt (vgl dazu Kapitel IV.A.) gewerblich genutzt werden und daher nicht in den Anwendungsbereich des Tourismusbeitrags fallen. Denkbar wäre mE nur eine Wohnung, die lediglich ganz sporadisch iS von „Home-Sharing“ über Airbnb angeboten

wird. Damit würde die Wohnung wohl nicht gewerblich iSd GewO genutzt werden. Da aber bereits durch sporadisches Anbieten über Internetportale die Kriterien eines Beherbergungsbetriebs iSd bglD TG vorliegen, kann die Wohnung dann aber nicht mehr als Ferienwohnung iSd § 2 Abs 1 Z 7 eingestuft werden, da diese ja explizit außerhalb eines Beherbergungsbetriebs vorliegt. Im Ergebnis dürfte für Airbnb-Unterkünfte daher kein Tourismusbeitrag fällig werden.

d) Tourismusförderungsbetrag

Eine weitere Abgabe, die das bglD TG vorsieht, ist der Tourismusförderungsbetrag. Beitragspflichtig sind hier gem § 23 Abs 2 Unternehmer, die eine Betriebsstätte iSd §§27, 29 und 30 BAO²⁷⁸ oder im Sinne des bglD TG unterhalten.

Unternehmer iSd § 2 Abs 1 Z 2 bglD TG sind „*natürlichen Personen, Personengesellschaften nach dem Unternehmensgesetzbuch, juristische Personen und Erwerbsgesellschaften bürgerlichen Rechts, die im Gemeindegebiet eine oder mehrere der in Anlage 1 (Beitragsgruppen A bis D) dieses Gesetzes angeführten Tätigkeiten ausüben und unmittelbar oder mittelbar einen Nutzen aus dem Tourismus und der Freizeitwirtschaft im Burgenland erzielen (...)*“.

In der Anlage A des bglD TG werden unter anderem Beherbergungsbetriebe und Privatzimmervermietungen genannt, weshalb wiederum davon auszugehen ist, dass Airbnb-Unterkünfte erfasst sind und die Betreiber als Unternehmer anzusehen sind.

Bemessungsgrundlage ist gem § 24 Abs 1 der beitragspflichtige Jahresumsatz, das ist, sofern die weiteren Vorschriften nichts anderes bestimmen, die Summe der im zweitvorangegangenen Veranlagungsjahr erzielten steuerbaren Umsätze im Sinne des § 1 Abs 1 Z 1 des Umsatzsteuergesetzes 1994. Aus Sicht von Airbnb-Vermietern werden keine relevanten Ausnahmen normiert, sodass sie einen Tourismusförderungsbetrag zu entrichten haben.

Die Höhe des Beitrags richtet sich danach, in welche Beitragsgruppe der Anlage 1 die Tätigkeit eingestuft wird. Nachdem der Beherbergungsbetrieb, in der Beitragsgruppe A angesiedelt ist, beträgt der Tourismusförderungsbetrag 1,5% der Bemessungsgrundlage. Weitere Abstufungen werden anhand der Einstufung der jeweiligen Gemeinde in eine Ortsklasse nach § 19 vorgenommen.

Für Privatzimmervermietungen, die eigentlich ebenfalls in Beitragsgruppe A zu finden sind, normiert § 25 Abs 3, dass der Beitrag in Form eines jährlichen Pauschalbetrags, der wiederum nach Ortsklassen abgestuft ist, zu entrichten ist.

Jeder Beitragspflichtige hat bis zum 15. April eine Beitragserklärung über den maßgeblichen Umsatz zur Ermittlung der Bemessungsgrundlage iSd § 24 Abs 1, unter Verwendung des von der Landesregierung zur Verfügung gestellten Formulars, an die Landesregierung zu übermitteln. Grundlage für diese Erklärung sind entweder Daten aus dem Umsatzsteuerbescheid des betroffenen

²⁷⁸ Bundesabgabenordnung BGBl 1961/194 idF BGBl. I 2024/113.

Jahres oder Aufzeichnungen des Beitragspflichtigen, die den Nachweis für die Richtigkeit der Angaben ergeben müssen. Die Übermittlung der Erklärung hat elektronisch über das Unternehmensserviceportal zu erfolgen (§ 26 Abs 1-3). Der Beitrag ist gem § 26 Abs 3 jeweils am 15. Juni fällig.

Der Landesregierung obliegt gem § 27 Abs 1 die Überprüfung der Beitragserklärungen, sowie der Einhebung des Beitrags selbst. Auf Verlangen hat der Beitragspflichtige die maßgeblichen Unterlagen vorzulegen. Bei umsatzsteuerpflichtigen Unternehmern, hat die zuständige Abgabenbehörde des Bundes der Landesregierung die jeweiligen Umsatzsteuerbescheide bekanntzugeben. Außerdem haben die zuständigen Gewerbebehörden Auskunft über die bekannten Gewerbeberechtigungs- und Betriebsverhältnisse zu geben. Beitragspflichtige haben auch die Einstellung, der die Unternehmereigenschaft begründenden Tätigkeit, binnen eines Monats der Landesregierung mitzuteilen.

e) Strafbestimmungen

Bei Verstoß gegen Vorschriften des bgld TG drohen hohe Strafen zwischen 2.000 und 5.000 €, bei manchen Verstößen wird die Strafe anteilig vom Jahresumsatz, bzw der Bemessungsgrundlage berechnet werden. Im Wiederholungsfall drohen oft nochmals deutlich höhere Strafen.

3. Niederösterreich

In Niederösterreich schreibt das niederösterreichische Tourismusgesetz 2023²⁷⁹ (NÖ TourG 2023) gem § 10 eine Nächtigungstaxe vor. Für die Einhebung der Abgabe sind die Gemeinden im eigenen Wirkungsberiech zuständig. Abgabepflichtig sind gem § 13 Abs 1 alle Personen, die in einer nö Gemeinde in einer Gästeunterkunft nächtigen, sofern sie in dieser Gemeinde nicht auch ihren Hauptwohnsitz iSd § 1 Abs 7 MeldeG 1991 haben.

a) Begriffsdefinitionen

Gästeunterkünfte werden in § 13 Abs 2 definiert als „*Unterkünfte, die unter der Leitung oder Aufsicht des Unterkunftsgebers oder eines von diesem Beauftragten stehen und der Unterbringung von Gästen zum vorübergehenden Aufenthalt dienen (...)*“. Die deklarative („insbesondere“) Aufzählung der Z 1-8 nennen explizit gewerbliche Beherbergungen, Privatzimmervermietungen iSd Artikel III der Bundes-Verfassungsgesetzesnovelle 1974, sowie die entgeltliche Überlassung sonstiger Privatunterkünfte. Die Definition entspricht damit iW dem Beherbergungsbetrieb gem MeldeG und bgld TG, sodass auch hier als Airbnb-Unterkunft genutzte Wohnungen als Gästeunterkünfte anzusehen sind.

b) Ausnahmen

§14 legt wiederum einige Befreiungen von der Abgabe fest. Die im Zusammenhang mit Airbnb-Vermietung wohl wichtigste ist die Befreiung von Personen bis zum vollendeten 15. Lebensjahr. Darüber hinaus gibt es eine weitere altersbedingte Befreiung für Personen bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres, allerdings nur dann, wenn diese Personen in Jugendherbergen, Ferienlager o.ä. nächtigen.

²⁷⁹ Niederösterreichisches Tourismusgesetz 2023 LGBl 2023/40.

Ein weiterer, an die Aufenthaltsdauer geknüpfter, Befreiungsgrund liegt bei ununterbrochenem Aufenthalt ab dem dritten Monat vor. Laut Gesetzesantrag vom 15.05.2023²⁸⁰ sollte sowohl für die Definition der Gästeunterkunft als auch beim, auf die Aufenthaltsdauer bezogenen, Ausnahmegrund eine Korrelation zum MeldeG bzw. der Tourismus-Statistik-Verordnung erreicht werden.

c) Nächtigungstaxe

Die Abgabe beträgt gem § 15 Abs 1 grds 2,50€ pro Person und Nächtigung. In Kurortgemeinden iSd § 3 beträgt die Abgabe 2,90€ pro Person und Nächtigung, wobei die Beträge ab 2026 wertgesichert sind. Außerdem kann die Landesregierung unter gewissen Voraussetzungen auf Antrag einer Gemeinde durch Verordnung die Abgabe in der betroffenen Gemeinde bis auf das Zweifache des Betrags gem § 15 erhöhen.

Die Höhe der Abgabe wird gem § 16 Abs 1 durch Selbstberechnung iSd BAO festgesetzt. Die Abgabenschuld entsteht mit der ersten Nächtigung, spätestens nach 60 unmittelbar aufeinanderfolgenden Nächtigungen und wird mit der letzten Nächtigung fällig. Spätestens zu diesem Zeitpunkt hat der Gast die Abgabe zu entrichten, der Unterkunftgeber hat die Nächtigungstaxe gesondert in Rechnung zu stellen und haftet für die Entrichtung und Abfuhr der Abgabe. Sobald der Gast die Nächtigungstaxe an den Unterkunftgeber entrichtet, wird dieser zum Abgabenschuldner und hat die Abgabe bis zum 15. des Folgemonats ohne weitere Aufforderung an die Gemeinde abzuführen.

Neben der Verpflichtung zur Einhebung und Abfuhr der Taxe, treffen auch niederösterreichische Unterkunftgeber weitere Aufzeichnungspflichten. Durch die Aufzeichnungen muss gem § 20 die effiziente und vollständige Einhebung der Nächtigungstaxe sichergestellt werden. Zeitgleich mit der Abfuhr der Nächtigungstaxe sind daher vom Unterkunftgeber die Zahl der beherbergten Personen, die Zahl der abgabepflichtigen und der nicht abgabepflichtigen Nächtigungen, sowie die sich daraus ergebenden Abgabebeträge an die Gemeinde zu melden, wobei für diese Meldung die, jeweils von der Gemeinde zur Verfügung gestellten, Unterlagen zu verwenden sind.

Die Gemeinde hat die ordnungsgemäße Einhebung und Abfuhr der Taxe zu überwachen und zu diesem Zweck ebenfalls entsprechende Aufzeichnungen zu führen. Auf Verlangen haben Unterkunftgeber zur Erfüllung dieser Aufgaben entsprechende Nachweise vorzulegen und Auskünfte zu erteilen. Sowohl Unterkunftgeber als auch Gemeinden können wiederum von der NÖ Landesregierung bzgl der Erfüllung ihrer jeweiligen Verpflichtungen kontrolliert werden. Auch in diesem Fall haben Unterkunftgeber entsprechende Nachweise vorzulegen und Auskünfte zu erteilen.

d) Meldepflichten § 23 NÖ TourG 2023

§ 23 Abs 1 NÖ TourG 2023 normiert eine besondere Meldepflicht für jene Unterkunftgeber die beabsichtigen, *„Personen im Rahmen der entgeltlichen Überlassung sonstiger Privatunterkünfte bzw. Zimmer zu beherbergen und sich dafür bei einem Online-Dienstanbieter im Sinne des § 3 Z 2 des E-*

²⁸⁰Gesetzesantrag LtG.-53/A-1/7-2023 zu § 13.

Commerce-Gesetzes“ registrieren. Die Unterkunftgeber haben dies der Gemeinde spätestens 3 Tage nach erfolgter Registrierung schriftlich zu melden. Wie bereits im Rahmen des WTFG erwähnt, ist auch Airbnb als ein solcher Online-Diensteanbieter anzusehen, weshalb Airbnb-Vermieter von dieser Verpflichtung grds erfasst sind.

Außerdem haben Unterkunftgeber, die Personen im Rahmen einer entgeltlichen Überlassung sonstiger Privatunterkünfte bzw Zimmer beherbergen, unabhängig davon, ob sie sich eines Online-Diensteanbieters bedienen, gem § 23 Abs 2 dies der Gemeinde spätestens 3 Tage nach dem ersten Tag der tatsächlichen Beherbergung ebenfalls schriftlich zu melden.

Schleinzer geht auf die Meldepflicht bei Inanspruchnahme eines Online-Diensteanbieters näher ein und erläutert, warum diese Verpflichtung, die eigentlich die Überwachung der ordnungsgemäßen Einhebung der Nächtigungstaxe erleichtern soll, weitestgehend ins Leere geht. Demnach beschränkt § 23 die Verpflichtung auf Privatunterkünfte und Zimmer. Nicht erfasst seien demnach gewerbliche Beherbergungen, die Privatzimmervermietung und Ferienwohnungen, da diese gem § 13 Abs 2 Ziffer 7 nicht von der Definition der Privatunterkünfte bzw Zimmer erfasst seien. Da aber im Rahmen der Airbnb-Tätigkeit bereits bei Erbringung geringster Dienstleistungen im Gesamtbild eine gewerbliche Beherbergung gesehen wird, bleibt für den § 23 damit nur ein sehr enger Anwendungsbereich, der sich auf jene Fälle beschränkt, in denen Airbnb-Vermietung ausnahmsweise in Form bloßer Raummiete (zB bei fehlender Wiederholungsabsicht im Rahmen von gelegentlichem „Home-Sharing“) betrieben wird.²⁸¹

e) Strafbestimmungen

Von den, im Rahmen dieses Beitrags aufgezeigten, Verpflichtungen, wird lediglich ein Verstoß gegen die Meldepflicht nach § 23 Abs 2 als Verwaltungsübertretung nach § 26 Abs 1 eingestuft und gem § 26 Abs 2 Z 2 mit Geldstrafe bis zu 360 €, im Wiederholungsfall mit einer Geldstrafe bis zu 1.090 € bedroht. Darüber hinaus normiert das NÖ TourG 2023 keine weiteren relevanten Strafen für Verstöße bei der Einhebung bzw. Abfuhr der Nächtigungstaxe. Allerdings wird die Meldung gem § 20 an die Gemeinde als Abgabenerklärung eingestuft. Wird diese Meldung schuldhaft unterlassen oder ist die Meldung fehlerhaft, könnten sich daraus Konsequenzen aus anderen Rechtsbereichen, etwa dem Finanzstrafrecht ergeben.

E. Fazit zu Melderecht und Tourismusrecht

Airbnb-Wohnung werden melderechtlich als Beherbergungsbetrieb eingestuft und unterliegen daher den diesbezüglichen melderechtlichen Verpflichtungen, insbesondere dem Führen eines Gästeverzeichnisses. Darüber hinaus ergeben sich auch aus der Tourismus-Statistik-Verordnung und dem jeweiligen Landestourismusrecht weitere Abgabe-, Aufzeichnungs- und Mitwirkungspflichten. Auch in den relevanten Landesgesetzen werden Airbnb-Unterkünfte als Beherbergungsbetriebe, bzw zumindest als Unterkünfte, für die bei Nächtigungen eine Ortstaxe fällig wird, eingestuft, weshalb die

²⁸¹ Vgl *Schleinzer* 227.

Gastgeber auch in diesen Bereich entsprechende Verpflichtungen haben. Eine Ortstaxe, bzw Nächtigungstaxe ist in allen drei Landesrechten vorgesehen, wobei sich diese lediglich in Wien am Entgelt bemisst, im Burgenland und in Niederösterreich werden die Beträge grds fest vorgegeben.

Die Befreiungstatbestände zu den Ortstaxen variieren, wobei es zumeist einen, an das Alter des Gastes geknüpften Ausnahmetatbestand gibt. Darüber hinaus werden auch Langezeitaufenthalte und Aufenthalte zu bestimmten, privilegierten Zwecken (zB Aufenthalt zu Ausbildungszwecken) von der jeweiligen Orts-bzw Nächtigungstaxe ausgenommen.

Im Burgenland besteht neben der Verpflichtung zur Einhebung der Ortstaxe für Airbnb-Gastgeber auch noch die Verpflichtung zur Zahlung eines Tourismusförderungsbetrags, wobei dieser bei Privatzimmervermietungen in Form eines Pauschalbetrags zu zahlen ist. Vom Tourismusbeitrag dürften burgenländische Airbnb-Gastgeber hingegen nicht betroffen sein

In Niederösterreich bestehen besondere Meldepflichten nach § 23 NÖ TourG, wobei der ursprüngliche Zweck der Regelung, Erleichterung bei der Überwachung der Einhebung der Nächtigungstaxe, nicht erzielt werden und die Regelung aufgrund ihrer konkreten Ausgestaltung weitestgehend ins Leere gehen dürfte.

Werden Abgaben nicht korrekt eingehoben und abgeführt, bzw. damit zusammenhängende Dokumentationspflichten verletzt, drohen regelmäßig hohe Verwaltungsstrafen, die aufgrund des verwaltungsstrafrechtlichen Kumulationsprinzips nochmal exorbitant schnell in die Höhe schießen können.

VI. Steuerrechtliche Aspekte

A. Allgemeines

Einer der wohl wichtigsten Rechtsbereiche im Zusammenhang mit Airbnb-Vermietung ist die steuerliche Behandlung. Zum einen ist die steuerliche Einordnung komplex und im Detail vorab oft gar nicht mit Sicherheit zu klären, zum anderen ergeben sich aus der steuerlichen Einordnung eine Vielzahl von Konsequenzen, die mitentscheidend für den wirtschaftlichen Erfolg einer solchen Tätigkeit sein können. Da eine vollständige steuerliche Behandlung genug Stoff für eine eigene Arbeit bieten würde, fokussiert sich dieses Kapitel auf die wichtigsten einkommens- und umsatzsteuerlichen Grundlagen, wobei dafür jeweils von einer in Österreich ansässigen Person ausgegangen wird, die ein in Österreich gelegenes Objekt über Airbnb anbietet bzw vermietet.

B. Einkommenssteuer

Diese Annahme ist eingangs für die Steuerpflicht in Österreich entscheidend. In Österreich unbeschränkt steuerpflichtig sind gem § 1 Abs 2 Einkommenssteuergesetz 1988 (EstG 1988)²⁸² nur natürliche Personen die im Inland einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben.

²⁸² Einkommenssteuergesetz1988 BGBl 1988/400 idF BGBl I 2024/144.

Der steuerrechtliche Wohnsitz ist an dem Ort anzunehmen, an dem jemand eine Wohnung unter Umständen innehat, die darauf schließen lassen, dass er die Wohnung beibehalten und benützen wird. Der gewöhnliche Aufenthalt befindet sich dort, wo sich eine Person unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass sie an diesem Ort oder in diesem Land nicht nur vorübergehend verweilt.²⁸³ Für die oben angenommene Situation einer in Österreich ansässigen Person, die einer Airbnb-Vermietung einer in Österreich gelegenen Immobilie nachgeht, kann somit zweifellos von unbeschränkter Steuerpflicht ausgegangen werden, die sich gem § 1 Abs 2 EstG auf alle in- und ausländischen Einkünfte erstreckt.

Einkommen gem § 2 Abs 2 EstG ist der Gesamtbetrag aus den einzelnen Einkunftsarten nach Ausgleich mit Verlusten aus den einzelnen Einkunftsarten und nach Abzug der Sonderausgaben (§ 18) und außergewöhnlichen Belastungen (§§ 34 und 35) sowie des Freibetrags nach § 105. Unabhängig von der konkreten Zuordnung zu einer der Einkunftsarten gem § 2 Abs 3 ist die Tätigkeit nur dann als Einkommen anzusehen, wenn sie keine Liebhaberei darstellt.

Bei der Liebhaberei wird davon ausgegangen, dass der Steuerpflichtige der Tätigkeit aus persönlichen Motiven, wie etwa als Hobby oder aufgrund von Repräsentationszwecken nachgeht und daher Verluste dauerhaft in Kauf nimmt.²⁸⁴ Welche Tätigkeit konkret als Liebhaberei anzusehen ist, wird durch die Liebhabereiverordnung (LiebhabereiV)²⁸⁵ festgelegt. Zur Auslegung der LiebhabereiV ist wiederum die vom Bundesministerium für Finanzen erlassene Liebhabereirichtlinie 2012 (LRL 2012)²⁸⁶ beachtlich. Sofern nur einzelne Wohnungen angeboten werden, wird von der „kleinen Vermietung“ gesprochen bei der gem § 1 Abs 2 Z 3 LiebhabereiV Liebhaberei grds anzunehmen ist. Unter die „kleine Vermietung“ fallen ua Ein- und Zweifamilienhäuser, Eigentums- und Mietwohnungen, sowie Ferienhäuser und im Wohnverband befindliche Fremdenzimmer.²⁸⁷ Die Annahme einer Liebhabereitätigkeit kann durch eine Prognoserechnung iSd § 2 Abs 4 entkräftet werden. In dieser Prognoserechnung ist aufzuzeigen, dass die Tätigkeit in einem absehbaren Zeitraum einen Gesamtgewinn bzw Gesamtüberschuss der Einnahmen über die Werbungskosten (§ 3) erwarten lässt, wobei als absehbarer Zeitraum 25 Jahre ab Beginn der entgeltlichen Überlassung bzw höchstens 28 Jahre ab dem erstmaligen Anfallen von Aufwendungen anzusehen ist.²⁸⁸

Auch wenn mehrere einzelne Wohnungen gleichzeitig vermietet werden, ist die Prognoserechnung grds für jedes einzelne Objekt gesondert anzustellen. Eine einheitliche Betrachtung ist nur möglich, wenn die Wohnungen auch einheitlich bewirtschaftet werden. Für die einheitliche Bewirtschaftung spricht, wenn

²⁸³ Vgl Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn, Kommentar zum EStG (9. Lfg 2005) § 1 EStG Rz 9ff wo die einzelnen Tatbestände detailliert behandelt werden.

²⁸⁴ Vgl Urnik/Büger in Eberhartinger/Hirschler/Kanduth-Kristen/Niemann/Tumpel/Urnik, Handbuch der österreichischen Steuerlehre (2024) Der Steuergegenstand 100.

²⁸⁵ Liebhabereiverordnung BGBl 1993/33 idF BGBl. II 2024/89.

²⁸⁶ Richtlinie des BMF vom 01.01.2012, BMF-010203/0599-VI/6/2011.

²⁸⁷ Vgl Urnik/Büger, (2024), 106.

²⁸⁸ Die LRL 2012 spricht noch von 20 bzw. 23 Jahren. Die entsprechende Änderung der LiebhabereiV erfolgte durch BGBl II 2024/89.

die Wohnungen im selben Gebäude liegen. Bei Wohnungen in gesonderten Gebäuden kommt es hingegen auf einen engen räumlichen Zusammenhang, die Lage und Ausstattung sowie einen weitgehend gleichen Marktwert an.²⁸⁹

Sofern die Tätigkeit also nicht nach der LiebhabereiV als Liebhaberei anzusehen ist, liegt eine Einkunftsquelle vor. Wenn der Steuerpflichtige auch lohnsteuerpflichtige Einkünfte hat, sind andere Einkünfte, wie etwa jene aus der Airbnb-Vermietung (unabhängig von deren konkreter Zuordnung) gem § 41 Abs 1 Z 1 EStG bis zu 730€ steuerfrei. Für die konkrete Zuordnung zu einer Einkunftsquelle gem § 2 Abs 3 EStG kommen zum einen Einkünfte aus Gewerbebetrieb (§ 23) und zum anderen Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung (§ 28) in Frage.

Die Unterscheidung ist im Detail schwierig hat aber teilweise erhebliche Auswirkungen, weshalb zunächst die Einkunftsarten vorgestellt, anschließend die wichtigsten Abgrenzungskriterien behandelt und zuletzt die Auswirkungen der jeweiligen Einstufung dargestellt werden.

§ 23 EStG definiert die Einkünfte aus Gewerbebetrieb in der für diesen Beitrag relevanten Z 1 wie folgt:

„Einkünfte aus Gewerbebetrieb sind:

1. Einkünfte aus einer selbständigen, nachhaltigen Betätigung, die mit Gewinnabsicht unternommen wird und sich als Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr darstellt, wenn die Betätigung weder als Ausübung der Land- und Forstwirtschaft noch als selbständige Arbeit anzusehen ist.“

§ 28 EStG definiert die relevanten Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung in Abs 1 Z 1:

„§ 28.

(1) Folgende Einkünfte sind, soweit sie nicht zu den Einkünften im Sinne des § 2 Abs. 3 Z 1 bis 5 gehören, Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung:

1. Einkünfte aus der Vermietung und Verpachtung von unbeweglichem Vermögen und von Rechten, die den Vorschriften des bürgerlichen Rechts über Grundstücke unterliegen.“

Unabhängig von der zivilrechtlichen Einstufung des zugrundeliegenden Bestandvertrags (Mietvertrag, Beherbergungsvertrag etc) würden Einkünfte aus einer Airbnb-Vermietungstätigkeit grds unter die Einkünfte aus VuV fallen.²⁹⁰ Wie aus § 28 Abs 1 hervorgeht, ist die Einkunftsart VuV allerdings subsidiär und damit nur anwendbar, sofern die Einkünfte nicht einer anderen Einkunftsart zugeordnet werden können.

Damit stellt sich die Frage, wann entsprechende Einkünfte als Einkünfte aus Gewerbebetrieb anzusehen sind. Wie soeben dargestellt ist hier vor allem § 23 Z 1 EStG relevant. Da der Gesetzestext selbst keine

²⁸⁹ Vgl Fuchs/Renner in Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn, Kommentar zum EStG (22. Lfg 2021) § 2 EStG (LVO) Rz 342f.

²⁹⁰ Vgl Schleizer 259.

Anhaltspunkte zur Abgrenzung zur VuV bietet, ist die Abgrenzung in erster Linie anhand der Rsp des VwGH vorzunehmen. Der VwGH vertritt zur Abgrenzungsfrage in stRsp die Ansicht, dass die Vermietung von Gebäuden grds Vermögensverwaltung darstellt und erst dann zur gewerblichen Tätigkeit wird, „wenn die laufende Verwaltungsarbeit ein solches Ausmaß erreicht, dass sie nach außen als gewerbliche Tätigkeit erscheint. Dies wieder ist erst der Fall, wenn die Verwaltungsarbeit im konkreten Fall in erheblichem Umfang (deutlich) jenes Maß überschreitet, das üblicherweise mit der Verwaltung eigenen Vermögens - hier eigenen Liegenschaftsvermögens - verbunden ist.“²⁹¹ Die Vermietungstätigkeit muss somit über die bloße Nutzungsüberlassung hinausgehen, was sich insbesondere durch das Anbieten eines Frühstücks oder in der täglichen Wartung der Zimmer manifestieren kann.²⁹² Diese Argumentation erinnert an die Kriterien zur Einstufung des gewerberechtlichen Beherbergungsbetriebs (vgl Kapitel IV.A.), wenngleich die Beurteilung der steuerlichen Einordnung ausschließlich nach steuerlichen Gesichtspunkten vorzunehmen ist und der gewerberechtlichen Einstufung daher nicht einmal Indizwirkung zukommt.²⁹³ Es gibt jedoch auch einen entscheidenden Unterschied zwischen der gewerberechtlichen und der steuerlichen Abgrenzung. Während die Erbringung von Dienstleistungen im Rahmen der gewerberechtlichen Einstufung als *condicio sine qua non* für einen Beherbergungsbetrieb anzusehen ist, ohne die ein gewerberechtlicher Beherbergungsbetrieb nicht vorliegen kann, ist sie im Rahmen der steuerlichen Einordnung nicht zwingend notwendig. Vielmehr ist der konkret anfallende Verwaltungsaufwand entscheidend, der sich wiederum vor allem aus der Anzahl der bereitgestellten Zimmer bzw Objekte ergibt. Demnach führt auch das Anbieten von Frühstück und die Wartung der Zimmer bei der Vermietung nur einiger weniger Zimmer nach Ansicht der Rsp nicht zu Einkünften aus Gewerbebetrieb.²⁹⁴

Die Finanzverwaltung zieht die Grenze für einen, den Einkünften aus Gewerbebetrieb zuzuordnenden Aufwand, generell bei fünf Apartments bzw zehn Betten.²⁹⁵ *Seidl* kritisiert diese starre Betrachtungsweise mE zurecht, indem er darauf hinausweist, dass eben auch aus der bloßen Anzahl der Apartments bzw Betten kein übermäßiger Verwaltungsaufwand abgeleitet werden kann. Es ist stets auch im Rahmen eines beweglichen Systems die Dauer der einzelnen Vermietungen und das Ausmaß der erbrachten Dienstleistungen zu berücksichtigen.²⁹⁶

Unter Anwendung dieser Rechtsprechungsgrundsätze kam der VwGH im Fall einer Frühstückspension mit fünf Zimmern und neun Betten, mit Nebenleistungen wie Verabreichung von Frühstück, Reinigung, Bereitstellung von TV-Geräten etc zur Ansicht, dass dennoch keine Einkünfte aus Gewerbebetrieb, sondern aus Vermietung und Verpachtung vorliegen.²⁹⁷

²⁹¹ VwGH 20.11.1989, 88/14/0230.

²⁹² Vgl VwGH 13.10.2021, Ra 2021/13/0127.

²⁹³ Vgl *Schleinzer* 259.

²⁹⁴ Vgl VwGH 13.10.2021, Ra 2021/13/0127.

²⁹⁵ Vgl EStR 2000, Richtlinie des BMF vom 22.03.2005, 06 0104/9-IV/6/00 idF 2023-0.871.819, Rz 5435.

²⁹⁶ Vgl *Seidl*, Rz 311.

²⁹⁷ Vgl VwGH 7.10.2003, 2000/15/0024.

E contrario kann sich der erhöhte Verwaltungsaufwand auch aus der schlichten Anzahl der vermieteten Objekte ergeben, ohne dass dafür weitere Dienstleistungen nötig wären.²⁹⁸ Begründet wird dies von der Rsp vor allem damit, dass mit der Anzahl der Objekt auch der Aufwand für die Nachschaffungen, Reparaturen und die Suche nach neuen Mietern erheblich steigt.²⁹⁹

Als besonders relevant ist eine Entscheidung des BFG³⁰⁰ anzusehen in dem die Vermietung einer einzigen Wohnung tageweise über Airbnb, ohne besondere Dienstleistungen als Einkünfte aus VuV bewertet wurde. Aus der Vermietung eines einzigen Objekts könne sich kein Aufwand, der über das übliche Maß im Rahmen einer Vermögensverwaltung hinausgeht, ergeben. Der VwGH äußerte daraufhin keine Bedenken in Bezug auf dieses Urteil.³⁰¹ Für die Vermieter einzelner Airbnb-Unterkünfte bedeutet diese Rsp, dass durch die Einnahmen aus der Airbnb-Tätigkeit in aller Regel Einkünfte aus VuV vorliegen werden, selbst wenn gewerberechtlich bereits ein Beherbergungsbetrieb bzw zivilrechtlich ein Beherbergungsvertrag vorliegen mag.

Für größere Airbnb-Vermieter ist die Einordnung ihrer Einkünfte als Einkünfte aus Gewerbebetrieb hingegen denkbar, jedoch abhängig vom jeweiligen Einzelfall und dem, mit der Tätigkeit verbundenen, Verwaltungsaufwand. Sofern die Tätigkeit eine, zu einem land- und forstwirtschaftlichen Hauptbetrieb untergeordnete, Nebentätigkeit darstellt, ist sie insgesamt als Einkommen aus Land- und Forstwirtschaft anzusehen. Das ist gemäß Land- und Forstwirtschaft-PauschalierungsV³⁰² insbesondere bei der, im Rahmen eines land- und forstwirtschaftlichen Betriebs ausgeübten, Zimmervermietung mit Frühstück im Ausmaß von höchstens zehn Betten, darüber hinaus aber auch bei Vermarktung als „Urlaub am Bauernhof“ der Fall.³⁰³

Die Konsequenzen, die sich an die Abgrenzung von Einkünften aus Gewerbebetrieb und VuV knüpfen sind enorm. Die wesentlichsten einkommensteuerrechtlichen Unterschiede ergeben sich daraus, dass Einkünfte aus Gewerbebetrieb zu den betrieblichen Einkunftsarten zählen, während Einkünfte aus VuV außerbetriebliche Einkünfte darstellen. Das führt zu Unterschieden in der Ermittlung der Einkünfte, in weiterer Folge der Berücksichtigung von Kosten, der Möglichkeit zum Verlustvortrag, die bei Einkünften aus VuV nicht gegeben ist und zu unterschiedlichen Abschreibungsbeträgen.³⁰⁴

²⁹⁸ Vgl *Schleinzer* 258.

²⁹⁹ Vgl VwGH 26. 6. 2002, 2000/13/0202; VwGH 20. 5. 2010, 2007/15/0098.

³⁰⁰ Vgl BFG 14. 5. 2021, RV/7100013/2016.

³⁰¹ Vgl VwGH 13. 10. 2021, Ra 2021/13/0127.

³⁰² Verordnung der Bundesministerin für Finanzen über die Aufstellung von Durchschnittssätzen für die Ermittlung des Gewinnes aus Land- und Forstwirtschaft (Land- und Forstwirtschaft-Pauschalierungsverordnung 2015 – LuF-PauschVO 2015) BGBl II 2013/125 idgF.

³⁰³ Vgl *Schleinzer* 257 mwN.

³⁰⁴ Vgl *Seidl*, Rz 302 mwN; vgl auch *Schleinzer* S. 257 mwN.

Außerdem stellen Einkünfte aus Gewerbe einen Anknüpfungspunkt für die Pflichtversicherung gem § 2 Abs 1 Z 4 GSVG³⁰⁵ dar, sofern die Einkünfte die Versicherungsgrenze³⁰⁶ übersteigen, was zu erheblichen Mehrkosten im Vergleich zu Einkünften aus VuV führen kann.

Denkbar wäre zudem auch eine Registrierkassenpflicht bei Einkünften aus Gewerbebetrieb gem § 131b BAO³⁰⁷. Die Registrierkassenpflicht greift gem § 131b Abs 1 Z 2 BAO ab einem Jahresumsatz von 15.000 €, sofern die Barumsätze 7.500€ übersteigen, wobei auch Bankomat- oder Kreditkartenzahlungen als Barumsätze gelten. Das Erreichen dieser Grenzen erscheint selbst bei Vermietung einzelner Wohnungen zumindest möglich, bei größeren Airbnb-Vermietern wird sie wohl regelmäßig überschritten werden.

C. Umsatzsteuer

Neben der einkommenssteuerlichen Komponente spielt auch die umsatzsteuerliche Behandlung der Tätigkeit eine wesentliche Rolle. Der Umsatzsteuer unterliegen gem § 1 Abs 1 UStG³⁰⁸ „*Lieferungen und sonstigen Leistungen, die ein Unternehmer im Inland gegen Entgelt im Rahmen seines Unternehmens ausführt.*“ Unternehmer gem § 2 Abs 1 ist „*wer eine gewerbliche oder berufliche Tätigkeit selbständig ausübt. Das Unternehmen umfaßt die gesamte gewerbliche oder berufliche Tätigkeit des Unternehmers. Gewerblich oder beruflich ist jede nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen, auch wenn die Absicht, Gewinn zu erzielen, fehlt (...).*“

Die Vermietungstätigkeit über Airbnb ist als sonstige Leistung im Zusammenhang mit einem Grundstück iSd § 3a Abs 1 Z 9 UStG anzusehen. Der Ort der Leistung liegt dort, wo das Grundstück gelegene ist, somit im Rahmen der eingangs getätigten Annahme jedenfalls in Österreich. Fraglich ist, wiederum, ab wann die Tätigkeit die Unternehmereigenschaft iSd § 2 Abs 1 begründet. Selbstständig wird die Tätigkeit gem § 2 Abs 2 ausgeübt, wenn der Unterkunftgeber weisungsfrei ist und das unternehmerische Risiko trägt. Während die Gewerblichkeit gem Definition bereits mit Einnahmenerzielungsabsicht vorliegt, ist das Kriterium der Nachhaltigkeit noch zu konkretisieren. Als nachhaltig iSd § 2 Abs 1 ist eine Tätigkeit anzusehen, die zumindest zu einem gewissen Maß auf Dauer angelegt ist. Dadurch sollen einmalige oder gelegentliche Tätigkeiten ohne Wiederholungsabsicht nicht erfasst werden.³⁰⁹

Für die Airbnb-Kurzzeitvermietung bedeutet das, dass regelmäßig eine nachhaltige Tätigkeit vorliegen wird, sofern sich die Vermietungstätigkeit nicht auf Fälle des bereits öfter genannten „Home-Sharing“ beschränkt. Bereits das regelmäßige Anbieten auf der Plattform dürfte die Nachhaltigkeit der Tätigkeit indizieren. Auch die Tätigkeit im Rahmen eines Saisonbetriebs (zB Vermietung nur im Winter) reicht

³⁰⁵ Gewerbliches Sozialversicherungsgesetz BGBl 1978/560 idF BGBl. I 2024/145.

³⁰⁶ Vgl <https://www.svs.at/cdscontent/?contentid=10007.816855>

Für 2025 beträgt die Grenze EUR 6.613,20.

³⁰⁷ Bundesabgabenordnung BGBl 1961/194 idF BGBl. I 2024/113.

³⁰⁸ Umsatzsteuergesetz 1994 BGBl 1994/663 idF BGBl I 2024/144.

³⁰⁹ Vgl Schleinzer 249 mwN.

bereits aus.³¹⁰ Sofern die Tätigkeit nicht als Liebhaberei einzustufen ist, unterliegt die Airbnb-Vermietung somit grds der Umsatzsteuer.

Der VwGH hat klargestellt, dass die Überlassung einer Wohnung für nur wenige Wochen als Beherbergung iSd § 10 Abs 2 Z 3 lit c) anzusehen ist. Da der Steuersatz für Beherbergungsbetriebe durch die UStG -Novelle 2018³¹¹ an jenen der Vermietung zu Wohnzwecken angeglichen wurde und nun ebenfalls 10% beträgt, spielt diese Unterscheidung aber keine Rolle mehr.

Der umsatzsteuerpflichtige Unterkunftgeber hat die Möglichkeit zum Vorsteuerabzug gem § 12 Abs 1 UStG und kann damit Kosten im Rahmen von Renovierungen oder der Beschaffung der Einrichtung der zu vermietenden, Wohnung geltend machen. Wird die Wohnung extra für die Vermietungstätigkeit erworben, kann auch die im Kaufpreis enthaltene USt von 20% rückerstattet werden.³¹²

In weiterer Folge sind etwaige Umsatzsteuerbefreiungen zu prüfen. Der wohl wichtigste Tatbestand ist die Befreiung für Kleinunternehmer gem § 6 Abs 1 Z 27 UStG wonach Kleinunternehmer von der Umsatzsteuer befreit sind, sofern die Umsätze 55.000 €³¹³ im vorangegangenen und im laufenden Kalenderjahr nicht überschreiten, wobei grds die Umsätze aus allen unternehmerischen Tätigkeiten zusammenzuzählen sind. Hilfsgeschäfte und unecht befreite Umsätze gem § 6 Abs 1 Z 8 lit d und j, Z 9 lit b und d, Z 10 bis 15, Z 17 bis 26 und Z 28 sind zur Berechnung dieser Grenze nicht zu berücksichtigen. Neben der Erhöhung der Umsatzgrenze von 35.000 auf 55.000€ hat die Umsetzung der Richtlinie über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem³¹⁴ durch das Abgabenänderungsgesetz (AbgÄG) 2024³¹⁵ auch andere Neuerungen in Bezug auf die Kleinunternehmerregelung mit sich gebracht. Seit dem 1.1.2025 ist bei der Berechnung der Grenze die fiktive Umsatzsteuer nicht mehr herauszurechnen, sodass die 55.000 € einen Bruttobetrag darstellen.

Wird die Umsatzgrenze überschritten, ist die Steuerbefreiung ab diesem Zeitpunkt nicht mehr anwendbar. Sofern die Grenze nur um maximal 10% überschritten wird, kann die Befreiung jedoch noch bis zum Ablauf des Kalenderjahres in Anspruch genommen werden.

Kleine Airbnb-Unterkunftgeber werden diese Umsatzgrenze wohl kaum überschreiten und fallen damit idR unter die Kleinunternehmerregelung, sofern sie nicht zusätzlichen unternehmerischen Tätigkeiten nachgehen und daraus ebenfalls Umsätze erzielen.

³¹⁰ Vgl Schleinzer 250.

³¹¹ UStG-Novelle 2018 BGBl I 2018/12.

³¹² Vgl Schleinzer 251.

³¹³ Zu beachten ist, dass die Grenze erst mit 1.1.2025 erhöht wurde und bis zum 31.12.2024 35.000€ (netto) betrug.

³¹⁴ Richtlinie (EU) 2020/285 des Rates vom 18. Februar 2020 zur Änderung der Richtlinie 2006/112/EG über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem in Bezug auf die Sonderregelung für Kleinunternehmen und der Verordnung (EU) Nr. 904/2010 in Bezug auf die Zusammenarbeit der Verwaltungsbehörden und den Informationsaustausch zur Überwachung der ordnungsgemäßen Anwendung der Sonderregelung für Kleinunternehmen, ABl L 2020/62, 13.

³¹⁵ Abgabenänderungsgesetz 2024 BGBl I 2024/113.

Durch die Kleinunternehmerregelung würde für den Unterkunftgeber auch die Möglichkeit zum Vorsteuerabzug wegfallen. Das wäre für den Gastgeber vor allem im Falle größerer Renovierungsarbeiten bzw Investitionen in die Wohnung von Nachteil. Außerdem ist der Gastgeber im Rahmen des sog „Reverse-Charge“-Systems auch Schuldner der Umsatzsteuer, die durch die Vermittlungsleistung von Airbnb entsteht. Der Gastgeber würde auf dieser Steuer in Höhe von 20% der Gastgebergebühr sitzen bleiben, da er sie nicht im Rahmen des Vorsteuerabzugs zurückholen könnte.³¹⁶ Aus diesem Grund können Kleinunternehmer gem § 6 Abs 3 auf die Befreiung verzichten und zur Umsatzsteuerpflicht optieren. Diese Optierung ist dann aber für mindestens 5 Jahre bindend und kann nur mit Wirkung zu Beginn eines Kalenderjahres ausgeübt werden.

Strafen

Bei verspäteter oder unrichtiger Entrichtung der Abgaben (sowohl Umsatzsteuer als auch Einkommenssteuer) drohen empfindliche Geldstrafen nach den §§ 33 ff bzw. 49 ff Finanzstrafgesetz (FinanzStrG³¹⁷) wobei in besonders schweren Fällen sogar Freiheitsstrafen möglich sind. Straffreiheit kann durch Selbstanzeige gem §§ 29 ff FinanzStrG erlangt werden, wobei diese dafür rechtzeitig beim Finanzamt erfolgen muss und die geschuldeten Beträge binnen eines Monats zu entrichten sind.³¹⁸

D. Fazit zu steuerlichen Aspekten

Grundvoraussetzungen für die Steuerbarkeit, sowohl nach EstG als auch nach UStG ist, dass die Tätigkeit keine Liebhaberei darstellt. Die steuerrechtliche Einordnung hat ausschließlich nach steuerlichen Gesichtspunkten zu erfolgen, die Einordnung aus anderen Rechtsbereichen (zB gewerberechtliche Qualifikation) spielt dabei keinerlei Rolle, wenngleich die Abgrenzungskriterien doch ähnlich sind. Die Abgrenzung von Einkünften aus Gewerbebetrieb und Einkünften aus VuV hängt davon ab, ob mit der Tätigkeit ein, im Vergleich zum sonst üblichen Aufwand im Rahmen einer Vermögensverwaltung, überdurchschnittlicher Aufwand verbunden ist. Dieser Aufwand manifestiert sich vor allem in der Anzahl der Zimmer und Betten, wobei in einem beweglichen System auch das Ausmaß der erbrachten Dienstleistungen und die jeweilige Vertragsdauer zu berücksichtigen sind. Die Finanzverwaltung zieht die Grenze hingegen starr bei fünf Apartments bzw. zehn Betten. Einkommenssteuerrechtlich hat die Abgrenzung vor allem Auswirkungen auf die Einkünfteermittlung und die Möglichkeit Kosten abzusetzen, bzw Verluste vorzutragen. Außerdem könnte mit der Einstufung der Airbnb-Vermietungseinkünfte als Einkünfte aus Gewerbebetrieb eine Pflichtversicherung nach GSVG einhergehen.

Umsatzsteuerrechtlich ist zu beurteilen, ob die Vermietungstätigkeit unternehmerisch ausgeübt wird. Für die Unternehmereigenschaft des Airbnb-Vermieters spricht, dass er das wirtschaftliche Risiko trägt, selbstständig Entscheidungen trifft und die Tätigkeit zumeist auch nachhaltig iSv regelmäßig ausüben

³¹⁶ Vgl *Seidl*, Rz 315.

³¹⁷ Finanzstrafgesetz BGBl 1958/129 idF BGBl I 2024/157.

³¹⁸ Vgl *Seidl*, Rz 316.

wird. Das Anbieten auf Online-Plattformen wie Airbnb indiziert die Nachhaltigkeit. Im Ergebnis ist die Airbnb-Vermietung daher idR umsatzsteuerpflichtig und unterliegt einem Steuersatz von 10%. Aufgrund der Umsatzgrenze von 55.000 € (brutto; zuvor 35.000€ netto) werden kleinere Anbieter regelmäßig unter die Kleinunternehmerregelung fallen und sind daher unecht steuerbefreit, was aber auch dazu führt, dass die Unternehmer keinen Vorsteuerabzug tätigen können. Um dennoch in den Genuss des Vorsteuerabzugs zu kommen, besteht die Möglichkeit trotz Vorliegen der Voraussetzungen für die Kleinunternehmerbefreiung, für mindestens 5 Jahre verbindlich zur Steuerpflicht zu optieren.

Für den Fall, dass Abgaben verkürzt werden, drohen empfindliche Geldstrafen, teilweise sogar Freiheitsstrafen.

Abstract

Hinsichtlich der Gefahr, sich durch die Airbnb-Vermietung einer Kündigung des eigenen Mietverhältnisses auszusetzen, spielt die zivilrechtliche Einordnung des Bestandvertrags (Mietvertrag oder Beherbergungsvertrag) im Verhältnis Gastgeber-Gast kaum eine Rolle. Die Kündigungsgründe zielen vielmehr auf das Verhalten des Hauptmieters und seiner Gäste ab, die er sich zumeist dann anrechnen lassen muss, wenn er vom rechtswidrigen Verhalten der Gäste (zB Lärmbelästigungen, Vermüllung oder Beschädigung des Hauses) Kenntnis haben müsste und nichts unternimmt. Als gelinderes Mittel zur Kündigung besteht für Vermieter auch die Möglichkeit sich auf vertragliche Untermietverbote zu berufen. Diese Möglichkeit wird im Rahmen des MRG auf wichtige Gründe beschränkt, wobei durch die Airbnb-Tätigkeit regelmäßig wichtige Gründe vorliegen werden. Dieses Untermietverbot kann auch durch Vertragsstrafen abgesichert werden.

Für von der Airbnb-Vermietung betroffene Parteien bietet das ABGB zahlreiche Abwehrmöglichkeiten, wobei in erster Linie immer der Gast als unmittelbarer Störer belangt werden kann und der Untervermieter nur dann, wenn er die, ihm möglichen, Abhilfemaßnahmen unterlässt. Ganz geringfügige Störungen sind mit diesen Maßnahmen idR nicht bekämpfbar.

Wohnungseigentümer sollten unbedingt darauf achten, dass die Airbnb-Vermietung von der wohnungseigentumsrechtlichen Widmung umfasst ist, da die Tätigkeit ansonsten widmungswidrig ist und einer Widmungsänderung bedarf, für die die Zustimmung aller anderen Wohnungseigentümer bzw die Ersatzzustimmung durch das Gericht nötig ist, die beide nur sehr schwer zu erlangen sein werden. Aus der vom OGH erarbeiteten Judikaturlinie geht hervor, dass Beherbergungen nicht mehr von der wohnungseigentumsrechtlichen Wohnwidmung umfasst sind, weshalb in diesem Zusammenhang die zivilrechtliche Einstufung des Vertragsverhältnisses Gastgeber-Gast von großer Bedeutung ist. Selbst die Widmung zu Wohnzwecken mit der Erweiterung auf Berufe, die üblicherweise in Wohnungen ausgeübt werden, umfasst die Airbnb-Vermietung nach Ansicht der Judikatur nicht. Ob eine unspezifische Geschäftsraumwidmung die Airbnb-Vermietung beinhaltet, ist aufgrund der Rsp mit erheblichen Unsicherheiten behaftet. Aus Sicht desjenigen Wohnungseigentümers, der beabsichtigt Airbnb-Vermietung in seinem WE-Objekt zu betreiben, empfiehlt sich daher eine möglichst genaue Beschreibung der Widmung bereits im Wohnungseigentumsvertrag. Hält sich der Wohnungseigentümer nicht an die Widmung drohen Eigentumsfreiheitsklagen und sogar Ausschlussklagen nach § 36 WEG.

Aus bau- bzw raumordnungsrechtlicher Sicht ergeben sich konkrete Beschränkungen für Airbnb-Vermietungen nur aus der Wr BauO. Diese setzt für den Großteil der Wiener Innenstadt sog Wohnzonen fest, in denen die gewerbliche kurzfristige Beherbergung unzulässig ist. Die einzelnen Tatbestandsmerkmale sind autonom auszulegen. Demnach liegt Gewerblichkeit, entgegen den Bestimmungen der GewO, bereits bei Entgeltlichkeit vor. Die Einstufung als Beherbergungsbetrieb richtet sich in einem beweglichen System nach der Ausstattung der Wohnung, der Bewerbung im Internet, dem Vorliegen eines Pauschalpreises, sowie zusätzlich erbrachten Dienstleistungen, wobei die

Grenze zum Beherbergungsbetrieb schneller erfüllt sein dürfte als jene für die zivilrechtliche Einstufung des Vertrags als Beherbergungsvertrag. Lediglich Fälle von gelegentlichem „Home-Sharing“ sollen nicht hierunterfallen.

Es bestehen Ausnahmen, nach denen eine Wohnung in Wohnzonen auch anders als zu Wohnzwecken und damit auch für Airbnb-Vermietung genutzt werden darf. Demnach ist eine anderweitige Nutzung zulässig, wenn die im Gebäude verbleibende Wohnnutzfläche mind 80% der Nutzfläche ausmacht, wenn die Wohnqualität in der betroffenen Wohnung ohnehin aufgrund äußerer Umstände beeinträchtigt wird, wenn lokale Versorgungseinrichtungen geschaffen werden oder wenn im gleichen Bezirk Ersatzwohnraum geschaffen wird, der diesem hinsichtlich Wohnungsgröße, Ausstattung und der hierfür durchschnittlich fiktiv erzielbaren Miete gleichwertig ist. Bei Vorliegen der Ausnahmenvoraussetzungen besteht Anspruch auf eine Ausnahmegewilligung.

Mit einer Novelle 2024 wurde die Airbnb-Vermietung auch außerhalb von Wohnzonen stark eingeschränkt. Demnach darf eine Wohnung maximal 90 Tage pro Kalenderjahr für kurzfristige Beherbergungszwecke bzw für Zwecke, die der Ortstaxe nach dem WTFG unterliegen, verwendet werden. Darüber hinaus wird eine, für maximal 5 Jahre gültige Ausnahmegewilligung des Magistrats benötigt.

Das niederösterreichische und das burgenländische Raumordnungsrecht legen jeweils nur ganz allgemein Grundsätze fest, unter welchen Voraussetzungen ein Beherbergungsbetrieb in einer konkreten Widmung zulässig ist. In der Regel hängt das von der Größe des Betriebs sowie davon ab, ob sich der Betrieb ins Ortsbild eingliedert und ob unzumutbare Emissionen bzw eine Gefahr für die Umgebung von ihm ausgehen. Die Privatzimmervermietung unterliegt hingegen wesentlich geringeren Beschränkungen, sie ist im Prinzip immer dann zulässig, wenn auch die Wohnnutzung selbst zulässig ist

Die gewerberechtliche Einstufung der Airbnb-Vermietungstätigkeit als Beherbergungsbetrieb richtet sich in einem beweglichen System danach, ob das Gesamtbild eine Betreuung des Gastes erkennen lässt. Wichtigstes Kriterium ist dabei die Erbringung typischer Dienstleistungen (zB Reinigung, Bereitstellung von Bettwäsche etc.), die zumindest in geringem Ausmaß vorhanden sein müssen. Neben den Dienstleistungen werden außerdem andere Faktoren, wie die Vertragsdauer, der Verwaltungsaufwand oder die Außenvermarktung betrachtet. Das Gesamtbild wird bei Airbnb-Vermietung damit in der Regel zur Einstufung als Beherbergungsbetrieb führen. Dies hat zum einen zur Folge, dass eine Gewerbeberechtigung sowie ein Befähigungsnachweis notwendig sind. Ein Befähigungsnachweis muss nicht erbracht werden, sofern die Beherbergung in Form einer Frühstückspension, das ist die Beherbergung von Gästen, wenn nicht mehr als zehn Fremdenbetten bereitgestellt werden, betrieben wird. Im Rahmen der Frühstückspension ist Verpflegung in kleinerem Ausmaß zulässig.

Die zweite Konsequenz, die sich aus der Einstufung als Beherbergungsbetrieb ergibt, ist die Betriebsanlagengenehmigungspflicht. Für Beherbergungsbetriebe gibt es hier aber gewisse Erleichterungen zum ordentlichen Genehmigungsverfahren. Sofern der Betrieb höchsten 30 Gästebetten umfasst und die übrigen Voraussetzungen des § 1 Abs 1 Z 8 der 2. Genehmigungsfreistellungsverordnung erfüllt werden, ist gar keine Genehmigung notwendig. Falls diese Voraussetzungen nicht eingehalten werden, schreibt die GenehmigungsverfahrenVO vor, dass für Betriebe mit nicht mehr als 100 Betten, das vereinfachte Verfahren anzuwenden ist, was zur Folge hat, dass Nachbarn nur eingeschränkte Mitwirkungsmöglichkeiten haben.

Von der GewO ausgenommen sind hingegen Tätigkeiten im Rahmen der Privatzimmervermietung iSd B-VG-Novelle 1974. Die Privatzimmervermietung zeichnet sich dadurch aus, dass sie durch gewöhnliche Mitglieder des eigenen Hausstandes als häusliche Nebenbeschäftigung ausgeübt wird und maximal zehn Fremdenbetten umfasst. Die Nebenbeschäftigung wird dabei abstrakt, durch Vergleich mit einem durchschnittlichen Haushalt und nicht nach den konkret anfallenden Tätigkeiten im Einzelfall beurteilt.

Eine Airbnb-Unterkunft wird zumeist als melderechtlicher Beherbergungsbetrieb angesehen und unterliegt daher den dafür einschlägigen Verpflichtungen. Melderechtlich besteht für Gastgeber vor allem die Verpflichtung die Daten ihrer Gäste laufend und ordnungsgemäß zu dokumentieren und die anfallenden Ortstaxen einzuheben und abzuführen. Es bestehen Mitwirkungspflichten für diverse statistische Erhebungen. Die jeweiligen Landesrechte sehen allesamt Ortstaxen, bzw Nächtigungstaxen mit zwar ähnlicher, im Detail aber doch unterschiedlicher, Ausgestaltung vor. Im Burgenland ist darüber hinaus auch noch ein Tourismusförderungsbetrag zu entrichten.

Für die steuerliche Einstufung der Tätigkeit gibt es im EStG und im UStG unterschiedliche Kriterien. Grundvoraussetzung ist aber immer, dass die Tätigkeit keine Liebhaberei darstellt. Für die einkommensteuerliche Beurteilung, in der es im Wesentlichen um die Unterscheidung der Einkünfte als Einkünfte aus Gewerbebetrieb oder Einkünfte aus VuV geht, kommt es vor allem auf den Aufwand an, der mit der Vermietungstätigkeit verbunden ist. Wenngleich die Beurteilung im Rahmen eines beweglichen Systems stattfindet, gründet sich der Aufwand, der Einkünfte aus Gewerbebetrieb begründet, gemäß der Rsp des VwGH vor allem auf die Anzahl der vermieteten Betten bzw Zimmer. Die Finanzverwaltung übernimmt diesen Ansatz und zieht die Grenze bei fünf Apartments bzw zehn Betten. Die wesentlichsten Auswirkungen hat die einkommensrechtliche Einstufung auf die Art der Einkünfteermittlung, der Möglichkeit der Abschreibung und des Verlustvortrags sowie eine etwaige Pflichtversicherung nach GSVG.

Umsatzsteuerrechtlich geht es darum, ob die Tätigkeit selbstständig und gewerblich ausgeübt wird. Das wird bei der Airbnb-Vermietung in aller Regel der Fall sein, weil der Vermieter das wirtschaftliche Risiko trägt, selbstständig Entscheidungen trifft und die Tätigkeit meist auch dauerhaft ausüben wird. Das Anbieten der Wohnung auf einer Plattform wie Airbnb indiziert darüber hinaus bereits die

Regelmäßigkeit der Tätigkeit. Auch hier sind lediglich Fälle von gelegentlichem „Home-Sharing“ ausgenommen.

Die Umsatzsteuerpflicht führt gleichzeitig zur Möglichkeit des Vorsteuerzugs, was für Vermieter insbesondere bei Investitionen in die Wohnung von Vorteil ist. Die meisten Airbnb-Vermieter werden aber wohl unter die Kleinunternehmerregelung fallen, weil ihre Umsätze 55.000 € (brutto) im Jahr nicht übersteigen. Um dennoch in den Genuss des Vorsteuerabzugs zu kommen besteht, die Möglichkeit für mind 5 Jahre verpflichtend zur Steuerpflicht zu optieren.

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass der gegenständliche Beitrag wohl aufzeigt, wie komplex und kompliziert die Vorschriften rund um die Airbnb-Vermietung im Detail sind. Vielen der Betroffenen (sowohl Gastgeber als auch Gäste, andere Wohnungseigentümer und Mieter) dürften sich dessen wohl nicht bewusst sein und daher möglicherweise sogar ungewollt die ein oder andere Vorschrift im Zusammenhang mit der Vermietung verletzen bzw unnötigerweise unzulässige Vermietungen dulden. In diesem Sinne hilft dieser Beitrag hoffentlich dabei, etwas Licht in das komplizierte Wirrwarr der Airbnb-Vermietung zu bringen und allen Beteiligten einen möglichst reibungslosen Ablauf von Airbnb-Vermietungen unter Einhaltung aller gesetzlicher Vorgaben zu ermöglichen.

Literaturverzeichnis

Cech Die Bauordnungsnovelle 2018, immolex 2019, 350.

Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn, Kommentar zum EStG (9. Lfg 2005) § 1 EStG.

Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn, Kommentar zum EStG (22. Lfg 2021) § 2 EStG (LVO).

Eberhartinger/Hirschler/Kanduth-Kristen/Niemann/Tumpel/Urnik, Handbuch der österreichischen Steuerlehre (2024)

Eder, Airbnb im österreichischen Zivilrecht (2021).

Ennöckl, Rechtsgutachten zu den Wechselwirkungen zwischen Raumordnungs- und Gewerberecht bei touristischer Kurzzeitvermietung (2024).

Ennöckl/Raschauer/Wessely, GewO § 2 (Stand 1.1.2015, rdb.at).

GeKo Wohnrecht I § 11 MRG (Stand 1.10.2017, rdb.at).

GeKo Wohnrecht I § 30 MRG (Stand 1.10.2017, rdb.at).

Illedits, Wohnrecht⁴ (2022) § 30 MRG

Illedits/Illedits-Lohr, Wohnungseigentum⁷ (2022).

Hanusch, Kommentar zur Gewerbeordnung (30. Lfg 2021) § 2 GewO.

Hausmann/Vonkilch, MRG⁴ (2021) § 1 MRG.

Hausmann/Vonkilch, MRG⁴ (2021) § 26 MRG

Hausmann/Vonkilch, MRG⁴ (2021) § 30 MRG.

Holzer, Das Ende der gewerblichen Wohnraumvermietung in Wien?, wobl 2020, 167 (170).

Kienastberger/Stellner-Bichler, NÖ Baurecht³ (2022) § 16 NÖ ROG.

Klaus Pfeiffer, Kurzfristige Vermietung von Immobilien am Beispiel Wien (Teil I), ZVB 2021, 174.

Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 835 (Stand 15.10.2024, rdb.at).

Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 339 (Stand 15.4.2024, rdb.at)

Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.06} § 372 (Stand 1.1.2023, rdb.at).

Kusolitsch, Fallbesprechung zu 5 Ob 59/14h (2023).

Müller/Riesz/Schramek/Wallnöfer, GewO § 2 (Stand 1.1.2015, rdb.at)

Ofner, Rechtliche Rahmenbedingungen der Kurzzeitvermietung (2023).

Ortner, Nächste Runde gegen die Kurzzeitvermietung in Wien, bauaktuell 2024, 51.

Pallitsch/Pallisch/Kleewein, NÖ Baurecht¹² (2012).

Prader, MRG^{6.12} § 30.

Prader, MRG^{6.13} § 1.

Prader, MRG^{6.13} § 29 (Stand 1.10.2024, Manz Wohnrecht in rdb.at)

Prader, WEG^{6.08} § 16.

Prader/ Walzel von Wiesentreu, Die wohnungseigentumsrechtliche Widmung im Spannungsfeld öffentlich-rechtlicher Vorgaben und des WEG/BTVG, immolex 2021/6.

Rummel, ABGB³ § 2 MRG.

Rummel, ABGB³ § 25 MRG.

Rummel, ABGB³ § 26 MRG.

*Rummel/Lukas*⁴ § 1090.

Rummel/Lukas/Geroldinger, ABGB⁴ § 523 (Stand 30.4.2024, rdb.at)

Schleinzer, Kurzzeitvermietung von Wohnraum über Online-Plattformen. Rechtliche Anforderungen und Schranken (2024).

Schwimann/Neumayr, ABGB Taschenkommentar⁶ (2023) § 364 ABGB.

Schwimann/Neumayr, ABGB Taschenkommentar⁶ (2023) § 1098 ABGB.

Schwimann/Neumayr, ABGB Taschenkommentar⁶ (2023) § 1118 ABGB.

Seidl, Handbuch Kurzzeitvermietung (Stand 15.7.2023, rdb.at).

Thiele, Länderreport Österreich, KuR 2023, 490.

Trapichler, Die Wiener Wohnzone, bbl 2020, 173.

Vonkilch/Scharmer, Verbotene Kurzzeitvermietung über Plattformen wie Airbnb im Lichte des UWG, Zak 2019/707, 388.

Wiebe/Kodek, UWG² § 1 (Stand 10.7.2024, rdb.at).

Wilhelm, Kündigung eines Untervermieters wegen Untervermietung - § 30 Abs 2 Z 4 Fall 2 MRG - Erstattung der Bereicherung aus der Untervermietung - § 1041 ABGB, ecolex 2019, 389.

Wilhelm Garzon, Beschränkung der Wohnungsvergabe nach der WGG-Novelle 2019, immolex 2019, 274 (276).

Wimmer-Nistelberger, Notwendigkeit einer Gewerbeberechtigung für Vermietung über AirBnB?, NetV 2020, 140.

Würth/Zingher/Kovanyi/Etzersdorfer, Miet- und Wohnrecht II²⁴ § 36 WEG (Stand 30.6.2024, rdb.at).

Entscheidungsverzeichnis

1. Deutsches Bundesverwaltungsgericht

DBVerwG 4 CN 6.17 NVwZ 2018, 828.

2. Landesverwaltungsgericht

LVwG Wien 13. 10. 2020, VGW-112/093/3762/2020.

LVwG Wien 24. 11. 2022, VGW-112/024/11162/2022.

LVwG Wien 16. 1. 2023, VGW-112/024/5898/2022.

LVwG Wien 24.9.2020, VGW-211/055/15600/2019/A.

3. Bundesfinanzgericht

BFG 14. 5. 2021, RV/7100013/2016.

4. Verwaltungsgerichtshof

VwSlg 5364 A/1960.

VwGH 15.9.1983, 2367/80.

VwGH 20.11.1989, 88/14/0230.

VwSlg 13694 A/1992.

VwGH 25.4.1995, 93/04/0125.

VwGH 26. 6. 2002, 2000/13/0202.

VwGH 7.10.2003, 2000/15/0024.

VwGH 20. 5. 2010, 2007/15/0098.

VwGH 27. 2. 2019, Ra 2018/04/0144.

VwGH 30.9.2019, Ra 2019/01/0312.

VwGH 3. 3. 2020, Ro 2019/04/0019.

VwGH 13.10.2021, Ra 2021/13/0127.

VwGH 24.05.2022, Ro 2021/05/0012.

5. Oberster Gerichtshof

OGH 9 Ob 72/08s MietSlg 60.018.

OGH 3 Ob 158/11y immolex-LS 2012/1 = immolex-LS 2012/5 = ecolex 2012/52 S 130 - ecolex 2012,130 = AnwBl 2012,188 = Zak 2012/107 S 55 - Zak 2012,55 = immolex 2012/37 S 115 (Neugebauer-Herl) - immolex 2012,115 (Neugebauer-Herl) = wobl 2012,153/57 - wobl 2012/57 = RZ 2012,178 EÜ114 - RZ 2012 EÜ114 = MietSlg 63.097 = MietSlg 63.252 = MietSlg 63.462 = MietSlg 63.512 = Der Mieter 2012,12/Heft 3 = Prader/Markl, Zak 2014/620 S 323 - Prader/Markl, Zak 2014,323 = Zak 2022/304 S 167 (Kolmasch, Judikaturübersicht) - Zak 2022,167 (Kolmasch, Judikaturübersicht).

OGH 3 Ob 135/13v MietSlg 65.787 = MietSlg 65.792.

OGH 5 Ob 59/14h wobl 2014,209/78 (Etzersdorfer) - wobl 2014/78 (Etzersdorfer) = VbR 2014/104 S 169 - VbR 2014,169 = Der Mieter 2014,27 = Zak 2014/403 S 217 - Zak 2014,217 = Prader/Markl, Zak 2014/620 S 323 - Prader/Markl, Zak 2014,323 = MietSlg 66.480 = Seeber Grimm/Seeber, ZRB 2018,47 = Zak 2022/304 S 167 (Kolmasch, Judikaturübersicht) - Zak 2022,167 (Kolmasch, Judikaturübersicht).

OGH 5 Ob 149/14v Zak 2014/790 S 417 - Zak 2014,417 = wobl 2015,106/43 (kritisch Vonkilch) - wobl 2015/43 (Vonkilch) = ecolex 2015/179 S 465 - ecolex 2015,465 = AnwBl 2015,456 = MietSlg 66.067 = Zak 2022/304 S 167 (Kolmasch, Judikaturübersicht) - Zak 2022,167 (Kolmasch, Judikaturübersicht).

OGH 7 Ob 3/11h Zak 2011/206 S 116 - Zak 2011,116 = immolex-LS 2011/28 = EvBl-LS 2011/83 = JBl 2011,517 = ecolex 2011/200 S 516 - ecolex 2011,516 = RdW 2011/335 S 337 - RdW 2011,337 = immolex 2011,303/97 (Klein) - immolex 2011/97 (Klein) = wobl 2012,9/1 - wobl 2012/1 = MietSlg 63.248.

OGH 3 Ob 173/21v EvBl 2022, 170 (Brenn) = VbR 2022, 32 (Leupold/Gelbmann) = immolex 2022, 66 (zust Räth) = RdU 2022, 41 (zust Ecker).

OGH 27.03.2021, 5 Ob 77/01m.

OGH 3 Ob 173/21v EvBl 2022, 170 (Brenn) = VbR 2022, 32 (Leupold/Gelbmann) = immolex 2022, 66 (zust Räth) = RdU 2022, 41 (zust Ecker).

6. Rechtsätze

RIS-Justiz RS0005944.

RIS-Justiz RS0010644.

RIS-Justiz RS0012110.

RIS-Justiz RS0012137.

RIS-Justiz RS0013584.

RIS-Justiz RS0013604.

RIS-Justiz RS0014420.

RIS-Justiz RS0020629.

RIS-Justiz RS0029352.

RIS-Justiz RS0032094.

RIS-Justiz RS0042537.

RIS-Justiz RS0069610.

RIS-Justiz RS0069618.

RIS-Justiz RS0069823.

RIS-Justiz RS0070371.

RIS-Justiz RS0083156.

RIS-Justiz RS0083174.

RIS-Justiz RS0109021.

RIS-Justiz RS0110431.

RIS-Justiz RS0114928.

RIS-Justiz RS0115001.

RIS-Justiz RS0115002.

RIS-Justiz RS0120725.

Quellenverzeichnis

AB 653 BlgNR 26. GP 4.

Abgabenänderungsgesetz 2024 BGBl I 2024/113.

Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch JGS 1811/946 idF BGBl I 2024/33.

Bundesabgabenordnung BGBl 1961/194 idF BGBl. I 2024/113.

Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, BGBl. Nr. 448/1984 idF BGBl. I Nr. 99/2023.

Bundesstatistikgesetz 2000 BGBl I 1999/163 idF BGBl I 2022/185.

Bundes-Verfassungsgesetznovelle 1974 BGBl 1974/444.

Burgenländisches Baugesetz 1997 LGBI 1998/10 idF LGBI 2024/97.

Burgenländisches Raumplanungsgesetz 2019 LGBI 2019/49 idF LGBI 2024/107.

Burgenländisches Tourismusgesetz 2021 LGBI 2021/6 idF LGBI 2022/62.

E-Commerce-Gesetz BGBl I 2001/152 idF BGBl I 2015/34.

Einkommenssteuergesetz 1988 BGBl 1988/400 idF BGBl. I 2024/144.

ErlRV Blg 8/1987 WrLT .3

ErlRV Blg 21/2023 WrLT.32.

ErlRV Blg 27/2018 WrLT.8.

ErlRV Blg 418 NR 13. GP 10.

EStR 2000, Richtlinie des BMF vom 22.03.2005, 06 0104/9-IV/6/00 idF 2023-0.871.819.

Finanzstrafgesetz BGBl 1958/129 idF BGBl I 2024/157.

Gesetzesantrag Ltg.-53/A-1/7-2023 zu § 13.

Gewerbeordnung 1994 BGBl 1994/194 idF BGBl I 2024/150.

Gewerbliches Sozialversicherungsgesetz BGBl 1978/560 idF BGBl. I 2024/145.

<https://anwendungen.wien.gv.at/vietour>

https://assets.airbnb.com/help/Terms_of_Service_for_European_Users_-_German_June_2024.pdf?disposition=inline#_gl=1*156g4gn*FPAU*NzI2OTAwNTY4LjE3MzM1NjE0MDY

<https://www.airbnb.at/help/article/2908>

<https://www.derstandard.at/story/3000000241953/wiener-zweitwohnungsabgabe-kommt-nun-doch-nicht>

<https://www.statistik.at/atlas/blick/>

<https://www.svs.at/cdscontent/?contentid=10007.816855>

<https://www.wien.gv.at/amtshelfer/finanzielles/rechnungswesen/abgaben/ortstaxe.html>

<https://www.wien.gv.at/finanzen/abgaben/ortstaxenrechner.html>

<https://www.wien.gv.at/flaechenwidmung/public/start.aspx?lang=de-AT&bookmark=7S0sxxk1D8UL2lFJHecnBRm3-cOJZKRqRIut6H4L4EuXJ3xyY3xJ60Jw-b-b>

<https://www.wien.gv.at/recht/landesrecht-wien/begutachtung/pdf/2023011.pdf>

<https://www.wien.gv.at/wohnen/baupolizei/pdf/merkblatt-verwendung-wohnungen-kurzzeitvermietung.pdf>

https://www.wifo.ac.at/wp-content/uploads/upload-7477/rb_2023_005_.pdf

Liebhabeirichtlinie, Richtlinie des BMF vom 01.01.2012, BMF-010203/0599-VI/6/2011.

Liebhabeirverordnung BGBl 1993/33 idF BGBl. II 2024/89.

Meldegesetz 1991 BGBl 1992/9 idF BGBl I 2023/160.

ME 140/ME 26. GP 3.

Meldegesetz 1972 BGBl 1973/30.

Mietrechtsgesetz 1981 BGBl 1981/520 idF BGBl I 2003/176.

Niederösterreichisches Raumordnungsgesetz 2014 LGBl 2015/3 idF LGBl. 2024/10.

Niederösterreichisches Tourismusgesetz 2023 LGBl 2023/40.

Richtlinie (EU) 2020/285 des Rates vom 18. Februar 2020 zur Änderung der Richtlinie 2006/112/EG über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem in Bezug auf die Sonderregelung für Kleinunternehmen und der Verordnung (EU) Nr. 904/2010 in Bezug auf die Zusammenarbeit der Verwaltungsbehörden und den Informationsaustausch zur Überwachung der ordnungsgemäßen Anwendung der Sonderregelung für Kleinunternehmen, ABl L 2020/62, 13.

RV 1693, XXI. GP. zu § 33 Abs 3 Z 7 bgld RPG.

Tourismus-Statistik-Verordnung 2002 BGBl II 2002/498 idF BGBl II 2012/24.

Umsatzsteuergesetz 1994 BGBl 1994/663 idF BGBl I 2024/144.

UStG-Novelle 2018 BGBl I 2018/12.

Verordnung des Bundesministers für Inneres über die Durchführung des Meldegesetzes (Meldegesetz-Durchführungsverordnung – MeldeV) BGBl II 2002/66 idF BGBl II 2023/26.

Verordnung der Bundesministerin für Finanzen über die Aufstellung von Durchschnittssätzen für die Ermittlung des Gewinnes aus Land- und Forstwirtschaft (Land- und Forstwirtschaft-Pauschalierungsverordnung 2015 – LuF-PauschVO 2015) BGBl II 2013/125.

Verordnung des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten, mit der Arten von Betriebsanlagen bezeichnet werden, die dem vereinfachten Genehmigungsverfahren zu unterziehen sind BGBl 1994/850.

Verordnung des Bundesministers für Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft über genehmigungsfreie Arten von Betriebsanlagen (2. Genehmigungsfreistellungsverordnung) BGBl II 2015/80 idF BGBl II 2018/172.

Wr BauO idF LGBI 1991/37.

Wiener BauO idF LGBI 2023/37.

Wiener Tourismusförderungsgesetz LGBI 1955/13 idF LGBI 2021/25.

XXII.GP.IA 418.

§ 364 Abs 2 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch JGS 1811/946 zuletzt geändert durch BGBl I 2003/91.

§ 1 Abs 1 und 2 WGG idF BGBl I 2023/176.

§ 8 WGG, idF BGBl I 2019/85.

§7a Wr BauO LGBI 1930/11 idF LGBI 2023/37.

§ 60 Abs 1 lit a Wr. BauO LGBI 1930/11 idF LGBI 2023/37.

§87 Abs 3 Wr BauO LGBI 1930/11 idF LGBI 2023/37.

§ 119 Abs 2 Wr BauO LGBI 1930/11 idF LGBI 2023/37.

§ 119 Abs 2a lit a Wr BauO LGBI 1930/11 idF LGBI 2023/37.

§ 15 Abs 2 WTFG idF LGBI 2017/7.