

# TE Lvwg Erkenntnis 2016/12/19 LVwG-2015/14/2973-6

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 19.12.2016

## Entscheidungsdatum

19.12.2016

## Index

50/01 Gewerbeordnung

## Norm

GewO 1994 §1 Abs4

GewO 1994 §366 Abs1 Z1

1. GewO 1994 § 1 heute
2. GewO 1994 § 1 gültig ab 13.07.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 45/2018
3. GewO 1994 § 1 gültig von 19.03.1994 bis 12.07.2018

1. GewO 1994 § 366 heute
2. GewO 1994 § 366 gültig ab 28.04.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 204/2022
3. GewO 1994 § 366 gültig von 01.10.2018 bis 27.04.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 45/2018
4. GewO 1994 § 366 gültig von 01.05.2018 bis 30.09.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 94/2017
5. GewO 1994 § 366 gültig von 29.03.2016 bis 30.04.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 155/2015
6. GewO 1994 § 366 gültig von 10.07.2015 bis 28.03.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 81/2015
7. GewO 1994 § 366 gültig von 27.03.2015 bis 09.07.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 18/2015
8. GewO 1994 § 366 gültig von 14.09.2012 bis 26.03.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2012
9. GewO 1994 § 366 gültig von 19.08.2010 bis 13.09.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 66/2010
10. GewO 1994 § 366 gültig von 16.06.2010 bis 18.08.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 39/2010
11. GewO 1994 § 366 gültig von 27.02.2008 bis 15.06.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 42/2008
12. GewO 1994 § 366 gültig von 15.01.2005 bis 26.02.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 131/2004
13. GewO 1994 § 366 gültig von 01.12.2004 bis 14.01.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 131/2004
14. GewO 1994 § 366 gültig von 01.01.2002 bis 30.11.2004 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 136/2001
15. GewO 1994 § 366 gültig von 01.09.2000 bis 31.12.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 88/2000
16. GewO 1994 § 366 gültig von 11.08.2000 bis 31.08.2000 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 88/2000
17. GewO 1994 § 366 gültig von 19.03.1994 bis 10.08.2000

## Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Tirol hat durch seinen Richter Dr. Klaus Dollenz über die Beschwerde des Herrn AA, Adresse1, Z, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Y vom 20.10.2015, ZI \*\*\*, aufgrund der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 07.12.2016

zu Recht erkannt:

1. Gemäß § 50 VwGVG iVm § 38 VwGVG wird der Beschwerde Folge gegeben, das angefochtene Straferkenntnis behoben und das Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs 1 Z 1 VStG eingestellt. 1. Gemäß Paragraph 50, VwGVG in Verbindung mit Paragraph 38, VwGVG wird der Beschwerde Folge gegeben, das angefochtene Straferkenntnis behoben und das Verwaltungsstrafverfahren gemäß Paragraph 45, Absatz eins, Ziffer eins, VStG eingestellt.
2. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art 133 Abs 4 B-VG unzulässig. 2. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß Paragraph 25 a, VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Artikel 133, Absatz 4, B-VG unzulässig.

#### Rechtsmittelbelehrung

Gegen diese Entscheidung kann binnen sechs Wochen ab der Zustellung eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof, Freyung 8, 1010 Wien, oder eine außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof, Judenplatz 11, 1040 Wien, erhoben werden. Die Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist direkt bei diesem, die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist beim Landesverwaltungsgericht Tirol einzubringen.

Die genannten Rechtsmittel sind von einem bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw einer bevollmächtigten Rechtsanwältin abzufassen und einzubringen. Es ist eine Eingabegebühr von Euro 240,00 zu entrichten.

#### Entscheidungsgründe

Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Y wurde dem Beschwerdeführer spruchgemäß Folgendes vorgeworfen:

„Sie haben, wie der homepage unter [www.x-huette.at](http://www.x-huette.at) vom 23.04.2015 und der Anzeige der Abteilung Tourismus des Amtes der Tiroler Landesregierung, Innsbruck, entnommen werden kann, durch das Anbieten von Zimmern (1 x 4, 3 x 3, 1 x 2 und 2 Schlafalager a 4 Personen) - und Bereitstellung von Serviceleistungen (Geschirr, Endreinigung, Bettwäsche) unter der Adresse Adresse2, Y, Telefon usw. die Tätigkeiten des Gastgewerbes angeboten.

Dadurch haben Sie den Inhalt einer den Gegenstand des reglementierten Gewerbes „Gastgewerbe gemäß § 94 Ziffer 26 Gewerbeordnung 1994“ an einen größeren Kreis von Personen angeboten, ohne über die hierfür erforderliche Gewerbeberechtigung zu verfügen. Dadurch haben Sie den Inhalt einer den Gegenstand des reglementierten Gewerbes „Gastgewerbe gemäß Paragraph 94, Ziffer 26 Gewerbeordnung 1994“ an einen größeren Kreis von Personen angeboten, ohne über die hierfür erforderliche Gewerbeberechtigung zu verfügen.

Der Beschuldigte hat dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

§ 366 Abs. 1 Ziffer 1 i.V.m. § 1 Abs. 4 2. Satz i.V.m. § 94 Ziffer 26 GewO 1994 Paragraph 366, Absatz eins, Ziffer 1 in Verbindung mit Paragraph eins, Absatz 4, 2. Satz in Verbindung mit Paragraph 94, Ziffer 26 GewO 1994

Wegen dieser Verwaltungsübertretungen wird über ihn folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe von Euro falls diese uneinbringlich ist, Gemäß

Ersatzfreiheitsstrafe von

€ 1.500,-- 154 Stunden § 366 Einleitungssatz GewO 1994 € 1.500,-- 154 Stunden Paragraph 366, Einleitungssatz GewO 1994

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes (VStG) zu zahlen. Ferner haben Sie gemäß Paragraph 64, des Verwaltungsstrafgesetzes (VStG) zu zahlen:

?

€ 150,00 als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10 % der Strafe (je ein Tag Freiheitsstrafe wird gleich € 15,00 angerechnet);

?

€ 0,00 als Ersatz der Barauslagen für

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher € 1.650,--“

Das Straferkenntnis wurde dem Beschwerdeführer nach dem 20.10.2015 zugestellt.

Innerhalb offener Frist wurde eine Beschwerde erhoben, in der ausgeführt wurde, dass der Beschwerdeführer keinerlei Tätigkeiten des Gastgewerbes angeboten habe.

Infolge der erhobenen Beschwerde wurde am 07.12.2016 die öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt, bei der einerseits der Beschwerdeführer einvernommen wurde, andererseits wurde Einsicht genommen in den Akt der Bezirkshauptmannschaft Y mit der Zahl \*\*\*. Eine Einvernahme des Zeugen Insp. B konnte nicht durchgeführt werden, da seitens der PI Y mitgeteilt wurde, dass dieser krankheitsbedingt zur Verhandlung nicht erscheinen kann.

Aufgrund des durchgeführten Beweisverfahrens steht nachstehender entscheidungs-wesentliche Sachverhalt fest:

Am 27.05.2015 wurde bei der Bezirkshauptmannschaft Y eine Anzeige erstattet, wonach der Beschwerdeführer im Zeitraum 03.01.2015 bis 10.01.2015 bzw 14.02.2015 bis 21.02.2015 sowie 30.04.2015 bis 26.05.2015 eine Gewerbeübertretung dadurch begangen habe, dass er im Standort W, Gst Nr \*\*\*/\*, Selbstversorgerhütte „X-hütte“ einerseits 11 bzw 21 Gäste beherberge, andererseits eine Unterkunft für mehr als 10 Personen anbiete und dadurch ein Gewerbe selbstständig, regelmäßig und in der Absicht ausübe, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, obwohl er nicht im Besitz einer Gewerbeberechtigung sei.

In der Anzeige ist die Rede davon, dass der Beschwerdeführer nicht angetroffen und befragt werden konnte.

In weiterer Folge erging das verfahrensgegenständliche Straferkenntnis, gegen welches der Beschwerdeführer eine Beschwerde erhob.

Unbestritten ist, dass sich in einem Schigebiet in einer Höhe von rund 1.800 Höhenmeter die sogenannte „X-hütte“ befindet, die vor rund 100 Jahren errichtet wurde. Diese Hütte steht im Eigentum des Vereins C, Sektion Y, welcher die Hütte seit 1994 an den Beschwerdeführer verpachtet hat. Es handelt sich um eine aus Holz errichtete Hütte.

Vom Beschwerdeführer wurde ein Betrag von Euro 70.000,00 investiert, um die Hütte zu erhalten und etwas zu verbessern. Die Hütte wird an Interessenten als „Selbstversorgerhütte“ vermietet, wofür in der Hauptsaison pro Woche ein Betrag von ca Euro 1.600,00 verlangt wird. In der Nebensaison ist dieser Betrag geringer.

Die Hütte verfügt über ein Vierbettzimmer, drei Dreibettzimmer, ein Zweibettzimmer und zwei Schlaflager für je drei Personen. In der Hütte sind Koch- und Essgeschirr sowie Geschirrtücher vorhanden. Es gibt Warmwasser, Doppeldusche, drei Toiletten und einen Tiefkühlschrank.

Im Sommer ist die Hütte durch eine Mautstraße gut erreichbar, im Winter weniger, da die Schneeräumung nur bis zum Sporthotel „D“ vorgenommen wird. Die „X-hütte“ liegt ca 200 m vom Sporthotel „D“ entfernt und gibt es in diesem Bereich neun weitere „Selbstversorgerhütten“.

Um die Hütte zu betreiben, hat sich um den Beschwerdeführer als Pächter eine „Gemeinschaft“ gebildet, welche aus rund 40 Personen besteht.

Mieter der Hütte sind vorzugsweise Personen, die in der Vergangenheit, als diese Hütte vom Kolpingverein geführt wurde, dort nächtigten.

Früher hatte die Hütte nur eine Sickergrube und verfügt jetzt über einen Kanalanschluss. Die Hütte ist nicht mit einer Zentralheizung ausgestattet. Ein Geschirrspüler ist nicht vorhanden. Die Schlafräume können mit einer Elektroheizung behelfsmäßig beheizt werden. Eine Waschmaschine befindet sich nicht in der Hütte. Es ist ein Kühlschrank vorhanden. Im Aufenthaltsraum gibt es einen Schwedenofen. Die Betten sind 40 Jahre alt.

Aus den in der Verhandlung vorgelegten Lichtbildern betreffend die Hütte ergibt sich, dass diese zwar „groß“ dimensioniert ist, jedoch lässt die Bauart schließen, dass die Hütte, so wie es der Beschwerdeführer geschildert hat, einfach ausgestattet ist. Sie weist nicht den Charakter eines üblichen Gewerbebetriebes auf und richtet sich das „Angebot“ an Personen, die die Natur und das einfache Leben leben. Die Hütte wird als „Gesamtpaket“ angeboten.

Nach herrschender Rechtsprechung stellt die bloße Raumvermietung kein Gewerbe im Sinne der Gewerbeordnung darstellt. Die bloße Überlassung von Wohnräumen zum Gebrauch wird nicht vom Anwendungsbereich der Gewerbeordnung umfasst. Nur die über die bloße Raumvermietung hinausgehende Tätigkeit fällt unter die

Beherbergung von Gästen im Rahmen eines Gastgewerbes. Nach der Rechtsprechung ist im Einzelfall zu prüfen, ob die typischen Merkmale des Vermietens als gewerbliche Beherbergung oder bloße Raumvermietung gegeben sind.

Vom Beschwerdeführer wird bestritten, dass die Internetseite von ihm so eingeschaltet wurde, wie sie im Akt ersichtlich ist.

Festzuhalten ist, dass die Hütte als „Selbstversorgerhütte“ und somit als Ganzes angeboten wird, was für eine Raummiete spricht. Ebenfalls ist der Strom nach Verbrauch zu bezahlen und ist es so, dass die Reinigung der Hütte vom Mieter selbst vorzunehmen ist. Es wird eine Kautions einbehalten, für den Fall, dass die Reinigung nicht ordnungsgemäß vorgenommen wird. Die Vermietung der Hütte erfolgt primär an eine Person und hängt es von dieser ab, wie viele Personen die Hütte mitbenutzen. Bei der Vermietung geht man davon aus, dass keine Bettwäsche beige stellt wird, sondern dass diese in der Regel selbst mitgebracht wird. Wie sich aus den nach der Verhandlung übermittelten Bildern entnehmen lässt, ist die Hütte einfach ausgestattet.

Das Landesverwaltungsgericht Tirol ist der Auffassung, dass im Gegenstandsfall nicht von einem Erscheinungsbild eines einschlägigen Gewerbebetriebes ausgegangen werden kann, da die Vermietung nur fallweise erfolgt ist und offenbar den Zweck hat, die Ausgaben für das gepachtete Objekt – Zahlung der Pacht und notwendige Investitionen zur Erhaltung der Substanz – gering zu halten und nicht die Absicht besteht, mit dieser Tätigkeit einen im Zusammenhang stehenden Aufwand übersteigenden Ertrag zu erzielen, sondern vielmehr den Zweck verfolgt, das 100 Jahre alte Mietobjekt in einem gebrauchsfähigen Zustand zu erhalten, man verhindern will, dass die Bausubstanz verfällt und man bestrebt ist ein Kulturgut zu erhalten. Dass dieser Zweck verfolgt wird, ergibt sich auch aus der Tatsache, dass sich eine Gemeinschaft zur Erhaltung der „X-hütte“ gebildet hat, die nach Angaben des Beschwerdeführers aus ca 40 Personen besteht.

In diesem Zusammenhang ist die Aussage des Herrn EE, welche sich im Akt befindet, interessant, der angab, dass der Familie E (vier Personen, sechs Freunde und acht Kinder) die Hütte seit dem Jahr 1975 bekannt ist und die Abrechnung mit dem Vermieter – offenbar der Beschwerdeführer – über die Familie F in V erfolgt. In diesem Zusammenhang ist die Aussage des Herrn EE, welche sich im Akt befindet, interessant, der angab, dass der Familie E (vier Personen, sechs Freunde und acht Kinder) die Hütte seit dem Jahr 1975 bekannt ist und die Abrechnung mit dem Vermieter – offenbar der Beschwerdeführer – über die Familie F in römisch fünf erfolgt.

Aus der Anzeige der PI Y ergibt sich, dass der „Verdächtige“ im Überwachungsrayon nicht angetroffen und zum Sachverhalt befragt werden konnte. Es ist die Rede davon, dass trotz intensiver Nachforschungen der Beschwerdeführer nicht persönlich angetroffen werden konnte. In der Anzeige wird davon gesprochen, dass die „Hütte“ im Verlauf der Ermittlung mehrmals angefahren wurde, wobei vor Ort niemand angetroffen werden konnte. Daraus ergibt sich, dass die Vermietung nur fallweise erfolgt, was im Widerspruch zum Erscheinungsbild eines einschlägigen Gewerbebetriebes steht, bei dem man an laufenden Einnahmen interessiert ist.

Vom Beschwerdeführer wird bestritten, dass er die im Akt erliegende Homepage [www.X-huette.at](http://www.X-huette.at) vom 23.04.2015 geschaltet hat und ergibt sich aus dem Akt kein Hinweis, dass diese Einschaltung von ihm selbst oder in seinem Auftrag veranlasst wurde. Es ist davon auszugehen, dass die verfahrensgegenständliche Einschaltung ihm nicht zur Last gelegt werden kann, wobei noch § 1 Abs 4 GewO zu beachten ist. Vom Beschwerdeführer wird bestritten, dass er die im Akt erliegende Homepage [www.X-huette.at](http://www.X-huette.at) vom 23.04.2015 geschaltet hat und ergibt sich aus dem Akt kein Hinweis, dass diese Einschaltung von ihm selbst oder in seinem Auftrag veranlasst wurde. Es ist davon auszugehen, dass die verfahrensgegenständliche Einschaltung ihm nicht zur Last gelegt werden kann, wobei noch Paragraph eins, Absatz 4, GewO zu beachten ist.

Nach dieser Gesetzesstelle gilt eine einmalige Handlung als regelmäßige Tätigkeit, wenn nach den Umständen des Falles auf die Absicht der Wiederholung geschlossen werden kann oder wenn sie längere Zeit erfordert. Das Anbieten einer den Gegenstand eines Gewerbes bildenden Tätigkeit an einen größeren Kreis von Personen oder bei Ausschreibungen wird der Ausübung des Gewerbes gleichgehalten.

In der verfahrensgegenständlichen Einschaltung wird die Vermietung einer „Selbstversorgerhütte“, welche für 15 bis 20 Personen Platz hat, an eine Person angeboten. Nur in der Hauptsaison wird die Hütte laut Internet wochenweise von Samstag bis Samstag vermietet. Aus der Einschaltung ergibt sich, dass der Strom nach Verbrauch abgerechnet wird und dass eine Kautions für die Endreinigung fällig ist. Bei ordnungsgemäßer Übergabe spricht Durchführung einer ordnungsgemäßen Reinigung wird die Kautions zurückerstattet. Die Kanal- bzw Müllgebühr beträgt Euro 20,00 pro

Woche. Nur wenn ein Bedarf vorhanden ist, wird Bettwäsche für Euro 10,00 bereitgestellt. Man geht davon aus, dass Bettwäsche mitgebracht wird.

In der Einschaltung ist die Rede von „geh' ma auf a X-hütt'n". Es wird ausgeführt, dass sich die Hütte auf 1.830 m Höhe befindet und über einen Lift erreichbar ist.

Nach Ansicht des Landesverwaltungsgerichtes Tirol weist die Einschaltung - in der die „X-hütte“ bildlich dargestellt ist und in der deutlich erkennbar ist, dass es sich um ein ca 100 Jahre altes Haus handelt - im Zusammenhang, dass diese als „Selbstversorgerhütte“ vermietet wird, nicht zweifelsfrei das Angebot einer gewerblichen Tätigkeit auf.

Das Landesverwaltungsgericht Tirol ist daher der Auffassung, dass der im Straferkenntnis erhobene Schuldvorwurf nicht gerechtfertigt ist und war der Beschwerde stattzugeben und das Verfahren einzustellen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 28.05.1991, ZI 90/04/0153, ausgeführt, dass die Beurteilung, ob der im Einzelfall festgestellte Sachverhalt dem Kriterium „der Absicht, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen“ zu unterstellen ist oder nicht, eine Rechtsfrage bildet, die nicht der Gewährung von Parteigehör unterliegt. Der Verwaltungsgerichtshof hat ferner in der Entscheidung vom 23.10.1995, ZI 93/04/0110, ausgesprochen, dass bei der Tätigkeit eines „Vereines“ entscheidend ist, ob jene Vereinstätigkeit, in deren Rahmen Einkünfte erzielt werden, in der Absicht betrieben wird, einen mit dieser Tätigkeit im Zusammenhang stehenden Aufwand übersteigenden Ertrag zu erzielen. Das durchgeführte Beweisverfahren hat ergeben, dass sich hinsichtlich des Betreibens der Hütte eine Gemeinschaft zur Erhaltung der „X-hütte“ gebildet hat, bei welcher es sich offenbar um einen nicht im Register eingetragenen Verein handelt, der jedoch ideelle Ziele verfolgt, wobei die fallweise Vermietung der Hütte darauf abstellt, die Ausgaben für diese Hütte zu verringern und nicht darauf abgestellt wird, aus dieser Tätigkeit einen den Aufwand übersteigenden Ertrag zu erzielen. Vom Beschwerdeführer wurde eine Studie über die rechtlichen Rahmenbedingungen von privater Beherbergung und Vermietung in Österreich vorgelegt, welche Entscheidungen des VwGH zu der gegenständlichen Frage enthält. So wurde vom Verwaltungsgerichtshof in der Entscheidung 2000/15/0105 ausgeführt, dass die Gebäudevermietung und Vermögensverwaltung keine gewerbliche Tätigkeit darstellt. Eine Gebäudevermietung wird nur dann zur gewerblichen Tätigkeit, wenn die laufende Verwaltungsarbeit deutlich jenes Maß überschreitet, das üblicherweise mit der Verwaltung eigener Liegenschaftsvermögen verbunden ist. Es müssen bei der bloßen Vermietung insbesondere mit der Vermietung nicht im Regelfall verbundene Umstände hinzutreten, durch die eine weitere Tätigkeit des Vermieters, die über die bloße Nutzungsüberlassung hinausgeht bedingt wird.

Das Landesverwaltungsgericht Tirol geht im vorliegenden Fall von „Liebhaberei“ aus.

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da im Gegenstandsfall keine Rechtsfrage iSd Art 133 Abs 4 B-VG zu beurteilen ist, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Die gegenständliche Entscheidung weicht weder von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer solchen. Die ordentliche Revision ist unzulässig, da im Gegenstandsfall keine Rechtsfrage iSd Artikel 133, Absatz 4, B-VG zu beurteilen ist, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Die gegenständliche Entscheidung weicht weder von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer solchen.

Landesverwaltungsgericht Tirol

Dr. Klaus Dollenz

(Richter)

### **Schlagworte**

Vermietung; Selbstversorgerhütte; kein Gewerbebetrieb;

### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:LVWGTI:2016:LVwG.2015.14.2973.6

### **Zuletzt aktualisiert am**

18.01.2017

**Quelle:** Landesverwaltungsgericht Tirol LVwg Tirol, <https://www.lvwg-tirol.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)