

# TE Lvwg Erkenntnis 2018/4/13 VGW-021/020/427/2018

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 13.04.2018

## Entscheidungsdatum

13.04.2018

## Index

50/01 Gewerbeordnung

## Norm

GewO 1994 §1 Abs4

GewO 1994 §111 Abs1

GewO 1994 §366 Abs1 Z1

## Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seinen Richter Dr. Schopf über die Beschwerde des Herrn Dipl.-Ing. S. G., vertreten durch Mag. W., , gegen das Straferkenntnis des Magistrats der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den ... Bezirk, vom 30.11.2017, Zl. MBA ... - S 44307/17, wegen Verwaltungsübertretung gemäß § 366 Abs. 1 Z. 1 der Gewerbeordnung 1994, BGBl. Nr. 194/1994 in der geltenden Fassung,

zu Recht e r k a n n t:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen und das angefochtene Straferkenntnis bestätigt.

II. Gemäß § 52 Abs. 1 und 2 VwGVG hat der Beschwerdeführer einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von EUR 102,00 (das sind 20% der verhängten Geldstrafe) zu leisten.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.

## Entscheidungsgründe

Mit angefochtenem Straferkenntnis wurde dem Beschwerdeführer im wesentlichen zur Last gelegt, er habe am 30.8.2017 in Wien, ... mit der Absicht einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, durch Anbot von Dienstleistungen eines Beherbergungsbetriebes, nämlich Vermietung eines Ferienappartements in Wien, ... für Euro 85 pro Nacht, wobei auch Bettwäsche, Handtücher und W-LAN Zugang bereitgehalten worden seien, durch Anbot unter anderem auf den Websites [www.b...](#), [www.be...](#) und [www.v...](#), das Gewerbe „Gastgewerbe in der Betriebsart Beherbergung von Gästen, wenn nicht mehr als 10 Fremdenbetten bereitgestellt werden, und Verabreichung des

Frühstücks und von kleinen Imbissen und der Ausschank von nicht alkoholischen Getränken und von Bier in handelsüblichen verschlossenen Gefäßen sowie von gebrannten geistigen Getränken als Beigabe zu diesen Getränken an die Gäste“ ausgeübt, ohne die hierfür erforderliche Gewerbeberechtigung erlangt zu haben.

Wegen Übertretung der im Spruch genannten Norm wurde eine Geldstrafe, für den Fall deren Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe verhängt und wurde ein behördlicher Verfahrenskostenbeitrag in der Höhe von 10 % der verhängten Geldstrafe zur Zahlung vorgeschrieben. Nach der Begründung des Straferkenntnisses gelangte die Verwaltungsübertretung der erkennenden Behörde durch eine Anzeige der Magistratsabteilung 59 zur Kenntnis. Laut b... sei entgegen den Einwendungen ein Frühstücksservice inbegriffen und werde auch eine Endreinigung pro Aufenthalt angeboten. Im Appartementpreis sei neben der Mehrwertsteuer auch eine Tourismusabgabe von Euro 35 inbegriffen. Das Angebot werde von Touristen offensichtlich rege genutzt, da das Ferienappartement in diesem Jahr 17 positive Bewertungen aufweise. Die angebotenen Dienstleistungen seien eindeutig dem Gastgewerbe zuzuordnen und würden vom Beschwerdeführer offensichtlich erfolgreich entsprechende Werbemaßnahmen in diese Richtung gesetzt. Die Dienstleistungen, die auf b... angeboten würden, seien unter der Rubrik Hotels und Ferienappartements gelistet und würden sich dadurch gezielt an Interessenten die dem touristischen Segment zuzuordnen seien richten. Der Betriebe erfülle offensichtlich alle international gängigen Standards für Beherbergungsbetriebe.

Innerhalb offener Frist erhob der Beschwerdeführer verfahrensgegenständliche Beschwerde, mit welcher er zum einen rügte, der festgestellte Sachverhalt sei ungenügend erhoben worden und bestehe letztendlich im Wesentlichen aus Mutmaßungen. Die belangte Behörde habe tatsächlich nicht erhoben, ob der von ihr behauptete Sachverhalt, nämlich die Beherbergung und insbesondere die Zurverfügungstellung von Frühstück erfolgt sei bzw. Dienstleistungen tatsächlich angeboten worden sein. Als Rechtswidrigkeit infolge unrichtiger rechtliche Beurteilung wendet der Beschwerdeführer ein, die belangte Behörde gehe unrichtigerweise davon aus, dass eine Betätigung im Sinne des freien Gast- und Beherbergungsgewerbe vorläge. Tatsächlich sei der Beschwerdeführer Eigentümer gegenständlicher Wohnung und bietet diese über die Homepage b... an, sodass Personen diese Wohnung mieten könnten. Dabei handle es sich weder um einen Hotelbetrieb noch würden Dienstleistungen tatsächlich angeboten oder gar erbracht. Hinsichtlich weiterer angebotener Dienstleistungen sei keine rechtliche Beurteilung möglich, da die Behörde von keinem festgestellten Sachverhalt ausgehe, sondern lediglich eine unbewiesene und unrichtige Behauptung aufstellen. Die Auflistung des Angebots des Beschwerdeführers unter Hotel oder Ferienappartements sei völlig irrelevant, da es sich tatsächlich um eine Wohnung handle. Schon faktisch liege somit ein Hotel nicht vor. Auch sei die Bezeichnung Ferienappartement letztlich nicht richtig, da die Vermietung nicht in irgendeiner Form an Ferienzeiten gebunden sei. Auch sei eine unrichtige Bezeichnung irrelevant, da es auf die tatsächliche Nutzung ankommen.

Zusammenfassend sei fest zu halten, dass die belangte Behörde den tatsächlichen Sachverhalt falsch beurteilt habe. Es liege eine im Eigentum befindliche Wohnung vor, welche im Internet zur Vermietung angeboten und letztendlich auch ohne, dass Dienstleistungen erbracht würden, vermietet werde. Die Mehrwertsteuer die für die Vermietung eingehoben würde, sei kein Indiz für das Vorliegen ein Gewerbes, die Tourismusangabe sei nach Ansicht des Vertreters des Beschwerdeführers zu Unrecht abgeführt worden.

Es wurden die Anträge gestellt, den angefochtenen Bescheid ersatzlos zu beheben, in eventu eine mündliche Verhandlung anzuberaumen und danach den Bescheid ersatzlos zu beheben, in eventu den angefochtenen Bescheid zu beheben und das Verfahren an die Behörde zurückzuverweisen.

In der mündlichen Verhandlung ergingen folgende Aussagen:

Der BfV:

„Es wurde keine Frühstücksleistung erbracht. Eine solche wurde auch nicht angeboten. Ebenso wenig ist das allfällige Angebot einer Endreinigung von Relevanz. Es handelt sich nicht um eine Gewerbeausübung, sondern um eine bloße Vermietung. In diesem Zusammenhang ist auch festzustellen, dass die angeführte Tourismusabgabe mit dem verwaltungsstrafrechtlichen Vorwurf in keinem Zusammenhang steht und auch nicht zur Begründung desselben heran gezogen werden kann. Die auf Blatt 31 des Strafaktes wiedergegebene Internetseite habe ich erst nach Zustellung des Straferkenntnisses bekommen. Sie war mir auch vorher nicht bekannt. Es ist mir auch nicht bekannt, ob diese Internetseite vor oder nach dem Tatzeitpunkt erstellt wurde.“

Der Beschwerdeführer:

„Wir bieten eine Wohnung zur Vermietung an. Eine Frühstücksleistung wird nicht angeboten und auch nicht erbracht. Es befindet sich in der Wohnung ein Kühlschrank, dieser ist aber leer. Es ist auch noch nicht vorgekommen, dass ein Gast ein Frühstück eingefordert hätte. Angeboten wird von uns die Nächtigung, ein Bett ist überzogen. In der Wohnung befinden sich ein Bett und eine Couch. Es befinden sich dort weder Lebensmittel noch Getränke und nach dem Check-Out des Gastes wird die Wohnung gereinigt. Es gibt während der Mietdauer keinen Kontakt mit dem Gast, außer es wäre etwa die Wasserleitung defekt oder das Klo verstopft. In diesem Fall wird der Installateur gerufen und zur Adresse geschickt. Die Mietdauer beträgt im Schnitt 2 bis 3 Tage, einmal war es 1 Woche, längerfristige Vermietung wäre möglich, ist aber noch nicht vorgekommen. Für das Bett ist lediglich eine Bettzeug- Garnitur vorhanden. In der Wohnung ist auch eine Garnitur Handtücher vorhanden. Auch diese wird nicht gewechselt.

Über die Internetseite b... und a... wurde die Wohnung angeboten. Dazu musste ich mich bei den entsprechenden Seiten anmelden und registrieren. Weiters wurden die dann dort verwendeten Fotos hochgeladen. Von meiner Seite wird dann noch ein beschreibender Text verfasst, indem zum Beispiel auch aufgenommen werden kann, ob sich die Wohnung in einer Nähe von bestimmten Punkten, wie etwa die ... befindet. Weiters gibt es die Möglichkeit für die Ausstattung anzukreuzen, was vorhanden ist und was nicht.

Ob es noch ein Kontrollfenster gab, kann ich nach 1 ½ Jahren nicht mehr sagen. Ich bin auf jeden Fall das Angebot nochmals durchgegangen und habe es dann bestätigt. Seitens der Internetplattformen wird das noch einmal durchgegangen und dann freigeschalten.

Wie das Frühstücksangebot auf die Internetseite gekommen ist, ist mir nicht erklärlich, ich habe dieses nicht eingegeben und es wurde auch niemals von einem Gast eingefordert. In diesem Fall wäre es mir aufgefallen, ich kontrolliere ja nicht täglich, die entsprechenden Angebote. Das Angebot bei a... wurde im Dezember 2016 erstellt, bei b... war es später. Wann genau, müsste ich noch nachschauen, ich glaube etwa ½ Jahr später.

Ich lege einen entsprechenden Screenshot vom 12.12.2017 vor, wo ein entsprechendes Angebot nicht vorhanden ist.“

Der Vertreter des MBA:

„Aus gewerberechtllicher Sicht war darauf Bedacht zu nehmen, dass diese Wohnung bei den Plattformen auf den Hotellerieseiten angeboten wurde, es wurde eine Miete von 500 Euro für 5 Tage verlangt, als ein Preis, der lediglich unter Ausnutzung dieses Geschäftsmodells über Internetplattformen im Internet für Gastgewerbe erzielbar ist, nicht aber im Rahmen einer bloßen Vermietung. Weiters wurden auch Dienstleistungen, das zur Verfügung stellen von W-Lan, die Möglichkeit des Fernsehens, aber auch Frühstück angeboten. Die Wohnung selbst befindet sich in einem Gründerzeithaus, das durchaus schön hergerichtet ist, dennoch bewegt sich der Preis für die Miete weit außerhalb des üblichen Mietsegmentes. Im Übrigen reicht schon das bloße Anbieten aus, um das Delikt zu vollenden, würde kein Angebot über die Internetplattform folgen – diese Vermietung wurde erst in anderer Weise beworben – läge keine Zuständigkeit der Gewerbebestrafbehörde vor.“

Der BfV verwies im Zusammenhang mit den Ausführungen des Vertreters der belangten Behörde auf das Erkenntnis des VwGH vom 18.05.2016, Zahl: 2013/17/0609, wo ebenso wie von der belangten Behörde selbst bereits die entsprechenden Kriterien aufgelistet worden seien. Daraus ergäbe sich, dass das Vorgehen des Beschwerdeführers sich im zulässigen und nicht strafbaren Rahmen bewege und dass sich kein Nachweis für den Tatzeitpunkt im Akt befinde. Der Screenshot im Akt sei von einem anderen Zeitpunkt.

Folgender Sachverhalt ist als erwiesen anzunehmen:

Der Beschwerdeführer ist Eigentümer einer Wohnung in Wien, .... Diese Wohnung wurde von ihm mit der Absicht einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen im Jahr 2017 (Internetausdruck vom 30.8.2017) auf den Websites www.b..., www.be.... und www.v..., als Unterkunft angeboten. Über diese Seiten konnte die Wohnung im Internet gebucht werden. Auf der Website www.b..., auf welcher der Beschwerdeführer sein Angebot geschaltet hat, ist die Wohnung als „Ferienappartement Wien“ bezeichnet und in der Beschreibung steht, dass das Viertel, in welchem die Wohnung liege, eine tolle Wahl für Reisende, die sich für einen guten öffentlichen Nahverkehr, Sehenswürdigkeiten und Sightseeing und Kultur interessieren würden, liege. Unter anderem liegen nach den auf b... veröffentlichten Angaben Bettwäsche und Handtücher bereit und sei ein kostenfreier W-LAN Zugang sowie Flachbild-TV eingerichtet.

Auf einem Ausdruck vom 29.11.2017 ist auch das Angebot „Frühstück inbegriffen“ enthalten. Das Appartement konnte zu einem Preis von ab 85,00 EUR pro Nacht gebucht werden. Die Buchung erfolgte zumeist für ein bis zwei Nächte, in einem Ausnahmefall für eine Woche.

Dieser Sachverhalt konnte auf Grund der Anzeige des Magistrates der Stadt Wien, den beigelegten sowie den von der Behörde im Verfahren erstellten und vom Beschwerdeführer vorgelegten Internetausdrucken, weiters auf Grund des Vorbringens des Beschwerdeführers in seinen Schriftsätzen sowie in der mündlichen Verhandlung als erwiesen angenommen werden, ergibt sich insbesondere aus den Ausführungen des Beschwerdeführers kein grober Widerspruch zu den Sachverhaltsfeststellungen der Behörde sondern lediglich eine andere rechtliche Beurteilung.

Gemäß § 111 Abs. 1 GewO 1994 bedarf es einer Gewerbeberechtigung für das Gastgewerbe für die Beherbergung von Gästen.

Keines Befähigungsnachweises für das Gastgewerbe bedarf es gemäß Abs. 2 Z 4 dieser Bestimmung für die 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.

Eine Verwaltungsübertretung, die mit Geldstrafe bis zu 3 600 € zu bestrafen ist, begeht gemäß § 366 Abs. 1 Z 1 GewO 1994, wer ein Gewerbe ausübt, ohne die erforderliche Gewerbeberechtigung erlangt zu haben.

Der Beschwerdeführer stützt sein Vorbringen im Wesentlichen auf VwGH 18.05.2016, 2013/17/0609.

Darin hat der Verwaltungsgerichtshof im Zusammenhang mit dem Begriff „Beherbergungsbetrieb“ im Sinne des § 11 Wiener Tourismusförderungsgesetz - WTFG ausgeführt, dass darunter die entgeltliche Zurverfügungstellung von Wohnraum zum Zwecke des (vorübergehenden) Aufenthaltes, verbunden mit den in einem Betrieb der Fremdenbeherbergung üblichen Dienstleistungen zu verstehen sei. Gemäß der zum gewerberechtlichen Begriff der "Beherbergung von Gästen" (Hinweis auf § 111 Abs 1 Z 1 Gewerbeordnung 1994) ergangenen Judikatur, die für die Auslegung des abgaberechtlichen Begriffes des "Beherbergungsbetriebes" heranzuziehen sei, sei es für das Vorliegen "gewerbsmäßiger Fremdenbeherbergung" erforderlich, dass das sich aus dem Zusammenwirken aller Umstände ergebende Erscheinungsbild ein Verhalten des Vermieters der Räume erkennen lasse, das - wenn auch in beschränkter Form - eine laufende Obsorge hinsichtlich der vermieteten Räume im Sinne einer daraus resultierenden Betreuung des Gastes verrate. Für das Vorliegen eines Beherbergungsbetriebes im Sinne des § 11 WTFG sei es daher essenziell, dass während der Zurverfügungstellung des Wohnraumes Betreuungsleistungen für den Gast erbracht würden.

Die im dortigen Beschwerdefall beschwerdeführende Gesellschaft habe voll möblierte und eingerichtete Appartements mit Telefonanschluss, Internetzugang und SAT- beziehungsweise Kabel-TV vermietet. Der monatliche Pauschalpreis habe die Betriebskosten, Telefongrundgebühr, Breitband-Internet-Anschluss und SAT beziehungsweise Kabel-TV inkludiert. Die Energiekosten (Strom, Gas) sowie die Telefon-Gesprächsgebühren seien separat verrechnet worden. Bettwäsche und Handtücher seien beim Erstbezug zur Verfügung gestellt worden. Die Appartements seien während andauernder Vermietung nicht gereinigt worden. Laufende Betreuungsleistungen während der Mietdauer seien keine erbracht worden. Eine verpflichtende, entgeltliche Endreinigung sei vorgesehen gewesen. Somit seien keinerlei laufende Betreuungsleistungen für die Mieter der Appartements während der Laufzeit der Mietverträge erbracht worden.

Der Verwaltungsgerichtshof habe mit Erkenntnis vom 24. Juni 1983, 82/04/0056, ausgesprochen, dass, werde eine Raumvermietung mit einer auf eine bloße Übergabe beschränkten Beistellung von gereinigter Wäsche verbunden, es sich in Ansehung einer solchen Beistellung von Wäsche nicht um eine die Anwendbarkeit des § 189 Abs 1 Z 1 Gewerbeordnung 1973 (Konzessionspflicht der Beherbergung von Gästen) begründende Dienstleistung handle, sondern um eine Sachmiete. Bei der verpflichtenden, entgeltlichen Endreinigung handle es sich um keine Dienstleistung, die dem Mieter des Appartements zu Gute kommt. Sie stelle daher auch keine Betreuung des Gastes dar. Die Erbringung der Endreinigung allein genüge daher nicht, um das Vorliegen eines Beherbergungsbetriebes im Sinne des WTFG zu begründen.

Im Übrigen sprächen auch die von der belangten Behörde festgestellten Verweildauern von in der Regel einem bis zu mehreren Monaten gegen einen Beherbergungsbetrieb.

Der Verwaltungsgerichtshof hat sich bereits mehrfach mit der Unterscheidung einer gewerberechtigten Fremdenbeherbergung und einer bloßen Zimmervermietung beschäftigt. Im Zusammenhang mit einer Verwaltungsstrafe nach § 366 Abs. 1 Z 1 GewO 1994 hat der Gerichtshof in seinem Erkenntnis vom 18.02.2009, 2005/04/0249 auf die bereits ergangene Rechtsprechung verwiesen. So sei im Erkenntnis vom 15.09.1992, 91/04/0041 ausgeführt worden, dass die Frage, ob gewerbsmäßige Fremdenbeherbergung anzunehmen sei, unter Bedachtnahme auf alle Umstände des Einzelfalles zu beantworten sei, und zwar im Besonderen unter Bedachtnahme auf den Gegenstand des Vertrages (bloß Schlafstelle und Wohnraum und dessen Umfang), Dauer des Vertrages, Verabredung in Ansehung von Kündigung und Kündigungsfristen, Nebenverabredung über Beistellung von Bettwäsche und Bettzeug, über Dienstleistungen wie Reinigung der Haupt- und der Nebenräume, der Bettwäsche, der Kleider usw. des Mieters, Beheizung udgl. sowie auf die Art und Weise, in welcher der Betrieb sich nach außen darstelle. Eine dem Begriff der Fremdenbeherbergung zuzuordnende Tätigkeit liege dann vor, wenn gleichzeitig mit der Zurverfügungstellung von Wohnraum damit üblicherweise im Zusammenhang stehende Dienstleistungen erbracht würden. Dazu sei erforderlich, dass das aus dem Zusammenwirken aller Umstände sich ergebende Erscheinungsbild ein Verhalten des Vermieters der Räume erkennen lasse, das, wenn auch in beschränkter Form, eine laufende Obsorge hinsichtlich der vermieteten Räume im Sinne einer daraus resultierenden Betreuung des Gastes verrate. So sei z.B. die entgeltliche Vergabe von Bettstellen in einem Massenquartier selbst dann als Ausübung des Fremdenbeherbergungsgewerbes anzusehen, wenn in völlig unzureichendem Maße sanitäre Einrichtungen beigelegt würden und an Dienstleistungen dem Kunden gegenüber nur die gelegentliche Beistellung von Bettwäsche erbracht werde.

Weiters wurde auf das Erkenntnis vom 20. Oktober 1992, Zl.91/04/0216, hingewiesen, worin der Verwaltungsgerichtshof ausgeführt habe:

"Wie der Verwaltungsgerichtshof wiederholt ausgesprochen hat (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 15. Dezember 1992, Zl. 91/04/0401, und die dort zitierte weitere hg. Rechtsprechung), liegt eine dem Begriff der Fremdenbeherbergung zuzuordnende Tätigkeit dann vor, wenn gleichzeitig mit der Zurverfügungstellung von Wohnraum damit üblicherweise im Zusammenhang stehende Dienstleistungen erbracht werden. Fehlt es an solchen Dienstleistungen, dann muss die Frage, ob es sich dennoch um eine konzessionspflichtige Beherbergung von Gästen handelt, an Hand der sonstigen Merkmale der zu prüfenden Tätigkeit beantwortet werden, insbesondere auch unter Bedachtnahme auf die Art und Weise, wie sich der Betrieb nach außen darstellt (vgl. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 24. Juni 1983, Zl. 82/04/0056). Es ist erforderlich, dass das sich aus dem Zusammenwirken aller Umstände ergebende Erscheinungsbild ein Verhalten des Vermieters der Räume erkennen lässt, dass, wenn auch in beschränkter Form, eine laufende Obsorge hinsichtlich der vermieteten Räume im Sinne einer daraus resultierenden Betreuung des Gastes verrät (vgl. u.a. das hg. Erkenntnis vom 15. September 1992, Zl. 91/04/0041)."

In dem im Erkenntnis vom 18.02.2009 zu beurteilenden Fall sah der Verwaltungsgerichtshof angesichts der Umstände, dass der vom Beschwerdeführer vertretene Verein einzelne Schlafstellen (Matratzen, Liegen) gegen monatliche Beträge von EUR 150,- zuzüglich Umsatzsteuer vermietet hat, dass der Verein gegenüber den Mietern dieser Schlafstellen Dienstleistungen - wenngleich in beschränkter Form - insoweit erbracht hat, als er die Reinigung der Toiletten durchführte und in einem Aufenthaltsraum eine Unterhaltungsmöglichkeit in Form eines Fernsehgerätes zur Verfügung gestellt hat, die Tätigkeit des vom Beschwerdeführer vertretenen Vereins als Beherbergung von Gästen im Sinne des § 111 Abs. 1 Z. 1 GewO 1994.

Im Erkenntnis vom 11.01.2012, 2010/06/0082 führte der Verwaltungsgerichtshof aus, dass nach seiner Rechtsprechung (Hinweis auf das Erkenntnis vom 18. Februar 2009, Zl. 2005/04/0249) für die Abgrenzung der Fremdenbeherbergung zur bloßen Wohnraumvermietung entscheidend ist, ob gleichzeitig mit der Zurverfügungstellung von Wohnraum damit üblicherweise im Zusammenhang stehende Dienstleistungen erbracht werden bzw. - wenn dies nicht der Fall sei - wie die sonstigen Merkmale der zu prüfenden Tätigkeit zu beurteilen seien, insbesondere wie das äußere Erscheinungsbild des Betriebes aussieht.

Unter Zugrundelegung dieser Rechtsprechung kann der belangten Behörde nicht entgegengetreten werden, wenn sie nicht nur auf das Angebot von Dienstleistungen abgestellt, sondern das zu beurteilende Zurverfügungstellen von Wohnraum bei der Beurteilung des gewerberechtigten Bezuges einer Gesamtbetrachtung unterzogen hat. Zu Recht wurde dabei auch darauf Bedacht genommen, in welchem Rahmen das Angebot auf den Internetplattformen erfolgte, welches Entgelt verlangt wurde, welche Mietdauer im Vordergrund steht und welche Zusatzleistungen angeboten

wurden, wobei diese Zusatzleistungen, auch wenn sie mangels regelmäßiger Wiederholung keine Dienstleistungen darstellen mögen, nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes durchaus zur Beurteilung gegenständlicher Frage herangezogen werden können.

Mit dem Beschwerdeführer ist davon auszugehen, dass die in der Regel angebotenen Dienstleistungen (wie Bettwäsche- oder Handtuchwechsel während der Inanspruchnahme der Wohnung; Reinigung der Privatwäsche der Gäste; Bereitstellung von Speisen oder Getränken) gegenständlich nicht vorliegt. Allerdings stellt auch der Beschwerdeführer nicht in Abrede, dass Leistungen über die gewöhnliche Raummiete hinaus (Fernsehanschluss; freies W-Lan, Endreinigung) angeboten und genutzt wurden und auch Bettwäsche und Handtücher bereitgestellt wurden.

Wenn also auch nicht die für einen Fremdenbeherbergungsbetrieb üblichen Dienstleistungen zusätzlich angeboten und dargebracht wurden, so zeigt das Gesamtbild der zu prüfenden Tätigkeit durch die angebotenen Zusatzleistungen (Bereitstellung von Handtüchern, Bettwäsche, W-Lan; Fernsehmöglichkeit; Endreinigung), dass die Grenze zur bloßen Raummiete überschritten wurden und liegt im Sinne der Rechtsprechung zur GewO in Zusammenhang mit dem Außenauftritt des Betriebes (Internetauftritt im Rahmen des Hotellerie- und Gastgewerbes; Angebot an Touristen durch Hervorhebung der leichten Erreichbarkeit touristischer Ziele und Hervorhebung der touristischen Nutzung; Preis jenseits einer normalen Wohnungsmiete; Dauer der Vergabe von wenigen Tagen bis zu einer Woche) ein Fremdenbeherbergungsbetrieb gemäß § 111 Abs. 2 Z 4 GewO vor. Da eine Buchung der Wohnung über die genannten Internetseiten möglich ist, liegt eine Gewerbeausübung und nicht nur das Anbieten einer den Gegenstand eines Gewerbes bildenden Tätigkeit an einen größeren Kreis von Personen oder bei Ausschreibungen, das der Ausübung des Gewerbes im Sinne des § 1 Abs. 4 GewO gleichgehalten wird, vor (zum bloßen Anbieten unter Verwendung einer Homepage vgl. etwa VwGH 5. September 2013, 2012/09/0101, zum Begriff des der Gewerbeausübung gleichzuhaltenden Anbietens auch VwGH 23. November 2016, Ra 2016/04/0098).

Da der Beschwerdeführer eine entsprechende Gewerbeberechtigung nicht besitzt, ist der objektive Tatbestand als erwiesen anzusehen.

Da zum Tatbestand der verfahrensgegenständlichen Verwaltungsübertretung weder der Eintritt eines Schadens noch einer Gefahr gehört und auch über das Verschulden keine Bestimmung enthalten ist, handelt es sich ein sogenanntes Ungehorsamsdelikt iSd § 5 Abs. 1 VStG. In einem solchen Fall besteht von vornherein die Vermutung eines Verschuldens (in Form fahrlässigen Verhaltens) des Täters, welche aber von ihm widerlegt werden kann. Diese Widerlegung ist dem Beschwerdeführer im vorliegenden Fall nicht gelungen, hat er doch überhaupt kein diesbezügliches Vorbringen erstattet. Im Konkreten ist auszuführen, dass der Beschwerdeführer nicht abstreitet, seine Wohnung über Internetadressen anzubieten. Dies hätte ihn verpflichtet, entsprechende Erkundigungen bei den zuständigen Stellen (etwa der Gewerbebehörde) einzuholen. Dass der Beschwerdeführer in diese Richtung tätig geworden wäre, wird von ihm nicht behauptet und schon gar nicht unter Beweis gestellt. Damit war auch vom Vorliegen der subjektiven Tatseite auszugehen und der Schuldspruch zu bestätigen.

Gemäß § 19 Abs. 1 VStG sind die Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat.

Gemäß Abs. 2 leg. cit. sind im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46) überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes sind die §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Vorliegend sind strafrechtlich die Interessen der potentiellen Kunden, aber auch der Konkurrenz geschützt. Jedes Ausüben eines Gewerbes durch Unbefugte, also Personen, die nicht im Besitz der hierfür erforderlichen Gewerbeberechtigung sind, ist geeignet, das bedeutende öffentliche Interesse an der Sicherstellung eines bestimmten Standards gewerblicher Leistungen zu gefährden. Die Beeinträchtigung der geschützten Rechtsgüter erweist sich konkret keineswegs als gering.

Auch das Verschulden des Beschwerdeführers war nicht als unbedeutend anzusehen, da weder hervorgekommen ist, noch aufgrund der Tatumstände anzunehmen war, dass die Einhaltung der Vorschrift eine besondere Aufmerksamkeit

erfordert habe oder dass die Verwirklichung des Tatbestandes aus besonderen Gründen nur schwer hätte vermieden werden können.

Mangels Angaben waren die allseitigen Verhältnisse des Beschwerdeführers zu schätzen. Unter Bedachtnahme auf das Alter des Beschwerdeführers und einer im Eigentum stehenden Wohnung wurde von durchschnittlichen wirtschaftlichen Verhältnisse sowie von Sorgspflicht ausgegangen.

Auch unter Bedachtnahme auf den nach Aktenlage vorliegenden Milderungsgrund der verwaltungsstrafrechtlichen Unbescholtenheit sowie des Fehlens von Erschwerungsgründen erweist sich die von der Behörde verhängte Geldstrafe im Hinblick auf die weiteren Strafbemessungskriterien und unter Berücksichtigung des bis 3 600 Euro reichenden Strafsatzes als angemessen, waren doch auch spezialpräventive Gründe maßgebend und soll die Geldstrafe geeignet sein, den Beschwerdeführer in Hinkunft von der Begehung gleichartiger Verwaltungsübertretungen ausreichend abzuhalten und auch generalpräventiv zu wirken.

Die Auferlegung der Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens gründet sich auf § 64 Abs. 1 und 2 VStG, wonach der Beitrag für das Verfahren vor der belangten Behörde mit 10% der verhängten Strafe, mindestens jedoch mit zehn Euro zu bemessen ist. Dem Kostenauspruch des Beschwerdeverfahrens liegt § 52 Abs. 1 und 2 VwGVG zugrunde, wonach sich dieser Beitrag mit 20% der verhängten Strafen bemisst.

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

#### **Schlagworte**

Vermietung; Ferienappartement; Frühstücksservice; Endreinigung; Tourismusabgabe; Internetplattform;

#### **Anmerkung**

VwGH v. 27.2.2019; Ra 2018/04/0144; Zurückweisung

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

ECLI:AT:LVWGWl:2018:VGW.021.020.427.2018

#### **Zuletzt aktualisiert am**

05.04.2019

**Quelle:** Landesverwaltungsgericht Wien LVwg Wien, <http://www.verwaltungsgericht.wien.gv.at>

© 2024 JUSLINE

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

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