

# TE Lvwg Erkenntnis 2020/6/15 LVwG- 2020/40/1000-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 15.06.2020

## Entscheidungsdatum

15.06.2020

## Index

50/01 Gewerbeordnung

## Norm

GewO 1994 §360Abs1

## Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Tirol erkennt durch seinen Richter Mag. Piccolroaz über die Beschwerde der AA KG, vertreten durch BB Rechtsanwälte GmbH, Adresse 1, Z, gegen den Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Y vom 03.03.2020, ZI \*\*\*, betreffend die Schließung einer gewerblichen Betriebsanlage nach der Gewerbeordnung 1994

zu Recht:

1. Der Beschwerde wird Folge gegeben und der angefochtene Bescheid behoben.
2. Die ordentliche Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig.

## Entscheidungsgründe

### I. Verfahrensgang, Sachverhalt:

Mit Verfahrensordnung vom 14.01.2020 wurde der Beschwerdeführerin gemäß § 360 Abs 1 GewO 1994 die sofortige Außerbetriebnahme der gesamten Betriebsanlage X, W, Adresse 2, Gp \*\*1 KG V zur Herstellung des der Rechtsordnung entsprechenden Zustandes angeordnet und die Beschwerdeführerin aufgefordert, bis zum 20.02.2020 ein entsprechendes Ansuchen (Projekt) um die erforderliche Genehmigung bei der Bezirkshauptmannschaft Y einzubringen. Begründend wurde dazu ausgeführt, dass laut aktueller umfassender Ermittlungen die gegenständliche Betriebsanlage ohne eine erforderliche Betriebsanlagengenehmigung betrieben werde.

Mit Schreiben vom 20.02.2020 teilte die rechtsfreundlich vertretene Beschwerdeführerin mit, dass gegenständlich keine Betriebsanlagengenehmigung erforderlich sei. Man betreibe eine „reine Raumvermietung“ und erbringe keine gastgewerblichen Dienstleistungen. Es lägen auch keine anderen Umstände vor, die die Annahme eines Gastgewerbes iSd § 94 Z 26 GewO 1994 rechtfertigen würden. Da das Objekt darüber hinaus nicht geeignet sei, die Tatbestände des § 74 Abs 2 Z 1 bis Z 5 GewO 1994 zu erfüllen, sei eine mögliche Gefährdung, Belästigung oder Beeinträchtigung der Schutzgüter des § 74 Abs 2 GewO 1994 auszuschließen.

Mit nunmehr angefochtenem Bescheid vom 03.03.2020 ordnete die belangte Behörde gemäß § 360 Abs 1 GewO 1994 die Betriebseinstellung der Betriebsanlage bis zum Vorliegen einer entsprechenden gewerbebehördlichen Betriebsanlagengenehmigung an.

Begründend wurde ausgeführt, dass es für den „Hof CC“ eine Homepage gebe, auf der mehrere Ferienwohnungen zur kurzfristigen und kurzzeitigen Vergabe angeboten werden und eine Sauna beworben werde, eine Preisliste angeführt sei und unter dem Punkt „Checkliste“ die Abläufe beschrieben werden. Weitere Buchungsmöglichkeiten fänden sich auf vier Plattformen (DD, EE, FF und GG). Beim Tourismusverband X werde der „Hof CC“ zur Vermietung in der Kategorie Ferienwohnungen/-häuser priv nicht auf Bauernhof mit 35 Betten geführt. Der Vermieter nehme regelmäßig Anmeldungen vor; die Aufenthaltsabgabe werde von einem Bankkonto abgebucht. Das Land Tirol, Abteilung Tourismus, führe den „Hof CC“ als Pflichtmitglied als Beherbergungsbetrieb.

Es sei erwiesen, dass es keine „reine Raumvermietung“ sei. Es handle sich nicht um reine Wohnzwecke, es sei kein Hauptwohnsitz geltend gemacht und sei vom Erscheinungsbild unzweifelhaft eine touristische Ausrichtung angestrebt. Wesentlich sei vor allem auch das Anbieten auf touristischen Plattformen sowie die eigene Homepage, auf welcher der „Hof CC“ als Appartementhaus beworben werde. Es würden kurzfristige Vermietungen von kurzer Dauer angeboten. Nirgends sei zu lesen, dass hier ein Hauptwohnsitz angeboten werde. Es sei nicht dargetan worden, dass es sich hierbei um Mietverträge für ein dauerhaftes Wohnbedürfnis handle oder dass die Kundschaften selbst Versicherungen, Betriebskosten, Steuern und Abgaben zu bezahlen hätten. Die Gäste würden beim Tourismusverband angemeldet und die Ortstaxe werde ebendort abgeliefert; Mieter müssten sich nicht selbst bei der Meldebehörde melden. Auch werde eine Sauna als Gemeinschaftseinrichtung angeboten. Die An- bzw Abreise sei terminlich gebunden. Aufgrund des Angebotes und der Art und Weise des Betriebes seien sohin die Voraussetzungen für eine gewerbliche Tätigkeit zweifelsfrei gegeben und sei daher auch eine gewerbebehördliche Betriebsanlagengenehmigung zu beantragen.

Mit Schreiben vom 09.03.2020 teilte die Beschwerdeführerin mit, trotz unverändert gebliebener Rechtsansicht lediglich aus äußersten Vorsichtsgründen die reine Raummiete ab sofort dahingehend vorzunehmen, dass nur 30 Betten angeboten werden.

In der rechtzeitig dagegen erhobenen Beschwerde brachte die rechtsfreundlich vertretene Beschwerdeführerin im Wesentlichen zusammengefasst vor, es sei keine Betriebsanlagengenehmigung erforderlich, weil keine gastgewerbliche Tätigkeit ausgeübt werde. Man vermiete eine Mehrzahl von Raumeinheiten, wobei diese Vermietung auf reiner „Selbstversorgerbasis“ erfolge, die soweit gehe, dass es nicht einmal einen Wechsel von Bettwäsche gebe und der Mieter dafür selbst zu sorgen habe. Es gebe auch keine Rezeption oder Ansprechperson vor Ort, die irgendwelche Serviceleistungen für den Mieter erbringen würden. Die reine Bewerbung einer Vermietung könne keinesfalls eine gastgewerbliche Tätigkeit darstellen. Entgegen der Auffassung der belangten Behörde stelle die Führung der Homepage oder das Anbieten auf touristischen Plattformen noch keine gewerberechtliche relevante Tätigkeit dar, wofür eine Betriebsanlagengenehmigung nötig wäre. Selbstredend könne auch jeder Mieter, der wolle, eine Wohneinheit zu Zweck der Hauptwohnsitzbegründung anmieten. Es würden gerade keine wie in den Erkenntnissen des Landesverwaltungsgerichtes Tirol 2014/41/3115-6 und LvwG-2014/11/3249-4 aufgelisteten Dienstleistungen erbracht.

Zudem sei eine mögliche Gefährdung, Belästigung oder Beeinträchtigung der Schutzgüter des § 74 Abs 1 GewO 1994 auszuschließen und eine Schließung daher nicht notwendig, weil der „Hof CC“ völlig isoliert und umgeben von Freiland stehe und es daher insbesondere keine Nachbarn im Sinn der GewO 1994 gebe. Es gebe keine Angestellten, der „Hof CC“ sei entsprechend der baurechtlichen Bewilligung errichtet und sei auch auf Brandschutzaspekte Rücksicht genommen worden.

Darüber hinaus sei gemäß § 1 Abs 1 Z 8 der 2. Genehmigungsfreistellungsverordnung jedenfalls keine Betriebsanlagengenehmigung notwendig, weil die Raummiete nur mehr maximal 30 Betten umfasse.

Zur Klärung des entscheidungswesentlichen Sachverhaltes wurde Beweis aufgenommen durch Einsichtnahme in den verwaltungsbehördlichen Akt sowie den Akt des Landesverwaltungsgerichtes Tirol.

II. Beweiswürdigung:

Die getroffenen Darstellungen gründen in unzweifelhafter Weise auf den dem Landesverwaltungsgericht Tirol vorliegenden Akteninhalt und konnten der gegenständlichen Entscheidung somit bedenkenlos zugrunde gelegt werden.

### III. Rechtslage:

Die verfahrensgegenständlich relevanten Bestimmungen der Gewerbeordnung 1994 (GewO 1994), lauten wie folgt:

#### 8. Betriebsanlagen

§ 74.

[...]

(2) Gewerbliche Betriebsanlagen dürfen nur mit Genehmigung der Behörde errichtet oder betrieben werden, wenn sie wegen der Verwendung von Maschinen und Geräten, wegen ihrer Betriebsweise, wegen ihrer Ausstattung oder sonst geeignet sind,

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.

#### j) Einstweilige Zwangs- und Sicherheitsmaßnahmen

§ 360.

(1) Besteht der Verdacht einer Übertretung gemäß § 366 Abs. 1 Z 1, 2 oder 3, so hat die Behörde unabhängig von der Einleitung eines Strafverfahrens den Gewerbeausübenden bzw. den Anlageninhaber mit Verfahrensordnung zur Herstellung des der Rechtsordnung entsprechenden Zustandes innerhalb einer angemessenen, von der Behörde zu bestimmenden Frist aufzufordern; eine solche Aufforderung hat auch dann zu ergehen, wenn der Verdacht einer Übertretung gemäß § 367 Z 25 besteht und nicht bereits ein einschlägiges Verfahren gemäß § 79c oder § 82 Abs. 3 anhängig ist. Kommt der Gewerbeausübende bzw. der Anlageninhaber dieser Aufforderung innerhalb der gesetzten Frist nicht nach, so hat die Behörde mit Bescheid die zur Herstellung des der Rechtsordnung entsprechenden Zustandes jeweils notwendigen Maßnahmen, wie die Stilllegung von Maschinen oder die Schließung von Teilen des Betriebes oder die Schließung des gesamten Betriebes zu verfügen.

(1a) In den Fällen des Verdachts einer Übertretung gemäß § 366 Abs. 1 Z 2 oder Z 3 oder § 367 Z 25 hat ein Bescheid gemäß Abs. 1 nicht zu ergehen, wenn und solange im konkreten Einzelfall

1. für die Behörde keine Bedenken vom Standpunkt des Schutzes der im § 74 Abs. 2 umschriebenen Interessen oder der Vermeidung von Belastungen der Umwelt (§ 69a) hervorkommen, und

2. innerhalb einer von der Behörde gleichzeitig mit der Verfahrensordnung gemäß Abs. 1 bestimmten, angemessenen und nicht erstreckbaren Frist ein diesem Bundesgesetz entsprechendes Ansuchen (§ 353) um die erforderliche Genehmigung eingebracht und sodann auf Grund dieses Ansuchens ein entsprechender Genehmigungsbescheid erlassen wird.

[...]

## V. Hauptstück

### Strafbestimmungen

§ 366.

(1) Eine Verwaltungsübertretung, die mit Geldstrafe bis zu 3 600 € zu bestrafen ist, begeht, wer [...]

2. eine genehmigungspflichtige Betriebsanlage (§ 74) ohne die erforderliche Genehmigung errichtet oder betreibt; [...]

#### IV. Erwägungen:

Gemäß § 366 Abs 1 Z 2 GewO 1994 begeht eine Verwaltungsübertretung, wer eine genehmigungspflichtige Betriebsanlage iSd § 74 GewO 1994 ohne die erforderliche Genehmigung errichtet oder betreibt.

Gemäß § 74 Abs 2 GewO 1994 ist für eine Betriebsanlage eine Betriebsanlagengenehmigung dann erforderlich, wenn eine Gefährdung, Belästigung oder Beeinträchtigung der Schutzgüter des § 74 Abs 2 Z 1 bis Z 5 GewO 1994 möglich ist.

Gemäß § 360 Abs 1 GewO 1994 hat die Behörde bei Bestehen des Verdachtes einer Übertretung gemäß § 366 Abs 1 Z 2 GewO 1994 unabhängig von der Einleitung eines Strafverfahrens den Gewerbeausübenden bzw den Anlageninhaber mit Verfahrensordnung zur Herstellung des der Rechtsordnung entsprechenden Zustandes innerhalb einer angemessenen, von der Behörde zu bestimmenden Frist aufzufordern. Kommt der Gewerbeausübende bzw. der Anlageninhaber dieser Aufforderung innerhalb der gesetzten Frist nicht nach, so hat die Behörde mit Bescheid die zur Herstellung des der Rechtsordnung entsprechenden Zustandes jeweils notwendigen Maßnahmen, wie etwa die Schließung des gesamten Betriebes zu verfügen.

Im gegenständlichen Fall wurde die Anordnung der Betriebsschließung gemäß § 360 Abs 1 GewO 1994 damit begründet, dass die genehmigungspflichtige Betriebsanlage „Hof CC“ ohne die erforderliche Betriebsanlagengenehmigung betrieben werde.

Die belangte Behörde hat lediglich Feststellungen getroffen, ob es sich bei der von der Beschwerdeführerin ausübten Tätigkeit um eine gastgewerbliche Tätigkeit (unterliegt der GewO 1994) oder eine bloße Raumvermietung (unterliegt nicht der GewO 1994) handelt. Insbesondere hat sie lediglich in der rechtlichen Beurteilung mehrere Indizien aufgelistet, woraus sich aus ihrer Sicht eine gewerbliche Tätigkeit ergibt. Auch für das erkennende Gericht ist zweifellos von einer gastgewerblichen Tätigkeit auszugehen. Zur Abgrenzung gewerblicher Tätigkeit von reiner Raumvermietung vgl dazu das Erkenntnis des LVwG Tirol vom 25.02.2019, LVwG-2018/15/1757-5 sowie das dazu ergangene Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 03.03.2020, Ro 2019/04/0019-4.

Zu einer Genehmigungspflicht der in Rede stehenden Betriebsanlage „Hof CC“ wurden seitens der belangten Behörde keinerlei Feststellungen getroffen. Es ist völlig offen, welche mögliche Gefährdung, Belästigung oder Beeinträchtigung der Schutzgüter des § 74 Abs 2 Z 1 bis Z 5 GewO 1994 von der Betriebsanlage „Hof CC“ ausgeht und somit nach § 74 Abs 2 GewO 1994 eine Genehmigungspflicht der Betriebsanlage begründet. Diesbezüglich reicht eine Einsicht in die Homepage bzw eine Internetabfrage nicht aus, um beurteilen zu können, welche Gefährdungen oder Belästigungen für eine Genehmigungspflicht sprechen. Es bedarf vielmehr einer konkreten Feststellung, von welchen Ausstattungen, Geräten, der Betriebsweise oder sonst eine Beeinträchtigung der Schutzgüter des § 74 Abs 2 Z 1 bis Z 5 GewO 1994 ausgehen kann. Diesbezüglich sind keinerlei Ermittlungsschritte der belangten Behörde erkennbar.

Gemäß § 360 Abs 1a Z 1 GewO 1994 hat bei Verdacht einer Übertretung gemäß § 366 Abs 1 Z 2 GewO 1994 ein Bescheid nach § 360 Abs 1 GewO 1994 nicht zu ergehen, wenn und solange im konkreten Einzelfall für die Behörde keine Bedenken vom Standpunkt des Schutzes der im § 74 Abs. 2 umschriebenen Interessen hervorkommen

Die belangte Behörde hat im angefochtenen Bescheid nicht ansatzweise allgemeinen Bedenken geschwiege denn konkrete Bedenken betreffend das Bestehen einer Gefährdung, Belästigung oder Beeinträchtigung der Schutzgüter des § 74 Abs 2 Z 1 bis Z 5 GewO 1994 hinsichtlich des „Hofes CC“ geäußert, sondern hat sich pauschal mit dem Gesetzeszitat begnügt. Auch diesbezüglich fehlt es an tragfähigen Feststellungen zumindest eines gewerbetechischen Sachverständigen, ob und gegebenenfalls welche Gefährdungen, Belästigungen oder Beeinträchtigungen der

Schutzgüter des § 74 Abs 2 Z 1 bis Z 5 GewO 1994 bestehen. Da eine Schließung gemäß § 360 Abs 1a GewO 1994 nur anzuordnen ist, wenn konkrete Bedenken vom Standpunkt des Schutzes der im § 74 Abs. 2 umschriebenen Interessen hervorkommen, ist die Schließung somit zu Unrecht erfolgt.

Da der entscheidungswesentliche Sachverhalt hinsichtlich der Genehmigungspflicht sowie der Bedenken vom Standpunkt des Schutzes der im § 74 Abs. 2 umschriebenen Interessen der in Rede stehenden Betriebsanlage gar nicht ermittelt wurde erweist sich die angefochtene Entscheidung als rechtswidrig.

Aufgrund dessen war der Beschwerde Folge zu geben und der angefochtene Bescheid zu beheben. Es wird Sache der belangten Behörde sein, allenfalls ein neuerliches und vollständiges Ermittlungsverfahren unter Einbeziehung einschlägiger Sachverständiger zur Klärung der Genehmigungspflicht und des Vorliegens konkreter Bedenken hinsichtlich des Schutzes der im § 74 Abs. 2 umschriebenen Interessen durchzuführen.

Gemäß § 24 Abs 1 Z 1 zweiter Fall VwGVG konnte im gegenständlichen Fall die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung entfallen, weil bereits auf Grund der Aktenlage festgestanden ist, dass der mit Beschwerde angefochtene Bescheid aufzuheben ist.

#### V. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage iSd 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.

#### Rechtsmittelbelehrung

Gegen diese Entscheidung kann binnen sechs Wochen ab der Zustellung Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof, Freyung 8, 1010 Wien, oder außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof 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 und es ist eine Eingabebühr von Euro 240,00 zu entrichten.

Es besteht die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden können.

Landesverwaltungsgericht Tirol

Mag. Piccolroaz

(Richter)

#### **Schlagworte**

Betriebsschließung

Genehmigungspflicht

Schutzinteressen

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

ECLI:AT:LVWGTI:2020:LVwG.2020.40.1000.1

#### **Zuletzt aktualisiert am**

06.07.2020

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

© 2024 JUSLINE

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

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