

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Bismaier über die Beschwerde der X GmbH, vertreten durch X Rechtsanwälte GmbH, X, X, gegen den Bescheid des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Linz vom 4. Februar 2019, GZ: 0067451/2018, betreffend Feststellung nach § 348 Gewerbeordnung 1994 (GewO 1994) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 6. Juni 2019

zu Recht:

- I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.
  
- II. Gegen diese Entscheidung ist eine Revision unzulässig.

## Entscheidungsgründe

Zu I.:

1. Mit Bescheid des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Linz (in der Folge: belangte Behörde) vom 4. Februar 2019, GZ: 0067451/2018, wurde festgestellt, dass die Vermietungstätigkeit der X GmbH in X, X und X, Xstraße X-X sowie Xgasse X und X, einen Beherbergungsbetrieb nach den Bestimmungen der GewO 1994 darstellt.

Begründend wurde im Bescheid nach Zitierung der wesentlichen Rechtsgrundlagen und einschlägigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes ausgeführt, die Frage, ob gewerbsmäßige Fremdenbeherbergung im Sinne der GewO 1994 anzunehmen sei, sei unter Bedachtnahme auf alle Umstände des Einzelfalles zu beantworten. 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 eine laufende Obsorge hinsichtlich der vermieteten Räume im Sinne einer daraus resultierenden Betreuung des Gastes verrate. Aus dem Internet-auftritt der X Linz ergebe sich, dass die gegenständlichen Appartements zu einem Pauschalpreis vermietet würden; die Energiekosten würden nicht, wie bei einem Mietvertrag üblich, vom Mieter bezahlt, sondern seien in diesem Pauschalpreis enthalten. Die Preise der Appartements würden je nach Anzahl der Gäste variieren und seien die Appartements auf der Internetseite Booking.com ab einer Verweildauer von zwei Tagen zu buchen. Eine klassische Rezeption sei nicht vorhanden, allerdings gebe es ein Büro und würden die Gäste von Personal empfangen und betreut werden. Auszugehen sei davon, dass die Appartements während des Aufenthaltes des Gastes nicht gereinigt werden. Allerdings sei aus Gästebewertungen auf diversen Hotelbuchungsplattformen erkennbar, dass die Reinigung der Appartements auch während einer längeren Aufenthaltsdauer vorgenommen bzw. veranlasst würde. Für eine gewerbliche Beherbergung sei aber nicht essenziell, dass eine tägliche Zimmerreinigung angeboten werde. Es werde eine Zimmerreinigung und ein Wechseln der Wäsche und Handtücher auch dann bei der Beurteilung des Anwendungsbereiches der GewO 1994 mit zu berücksichtigen sein, wenn diese zwar nicht täglich, aber doch regelmäßig erfolge. Zusammenfassend sei daher davon auszugehen, dass über eine reine Raumvermietung hinausgehende Dienstleistungen und Betreuung der Gäste erbracht würden.

In weiterer Folge wurde von der belangten Behörde auf ein Jobangebot vom 10. Jänner 2019 auf der Internetseite der X GmbH hingewiesen, wonach dieses den Schluss nahelegen würde, dass es sich beim Betrieb der X um ein Hotel handle.

2. Gegen diesen Bescheid hat die X GmbH innerhalb offener Frist Beschwerde erhoben und darin im Wesentlichen ausgeführt, die Beschwerdeführerin (in der Folge: Bf) sei Mietglied der Wirtschaftskammer W, Sparte Tourismus und Freizeit, und befasse sich mit zwei unterschiedlichen Produkten der Sparte Tourismus und Freizeitwirtschaft, einerseits werde unter der Marke „Xhotel“ ein Hotelbetrieb geführt, für den die Bf alle erforderlichen Gewerbeberechtigungen und Bewilligungen eingeholt habe. Andererseits vermiete die Bf in Linz seit Oktober 2018 unter der Marke „X“ Appartements zu kurzfristigen Wohnzwecken mit Mindestaufenthaltsdauer von drei Tagen. Verfahrensgegenständlich sei die Vermietungstätigkeit der Bf in einem nicht durchgehend baulich verbundenen Wohnhauskomplex in X, in dem an neun Adressen insgesamt 33 Wohnungen kurzfristig an Gäste vermietet würden. Die von der Bf vermieteten Wohnungen seien über neun Adressen auf jeweils vier bis fünf Geschoßen verstreut und verteilt und weit voneinander entfernt. Sämtliche dieser Liegenschaften würden eigene Anschriften und jeweils eigene Ein- und Ausgänge aufweisen. Die betriebsbereit ausgestatteten und möblierten Wohnungen würden Platz für zwei bis sechs Personen bieten und würden gegen einen Pauschalpreis (inklusive Betriebskosten) angeboten werden. Während der Aufenthaltsdauer des Gastes würden die Wohnungen nicht gereinigt, lediglich Bettwäsche und Handtücher würden am Anfang des Aufenthaltes zur Verfügung gestellt werden und erfolge nach dem Aufenthalt eine Endreinigung. Abgesehen davon, würden keinerlei Services oder Dienstleistungen gegenüber den Gästen erbracht werden, insbesondere sei auch kein persönlicher Kontakt zwischen den Gästen und dem Personal der Bf vorgesehen. Sämtliche Buchungen würden online erfolgen und zentral über den Firmensitz in Wien abgewickelt werden. Nach Abschluss der Buchung würden die Gäste einen PIN-Code erhalten, mit dem der am Gebäude angebrachte Schlüsselsafe geöffnet und der Schlüssel für die Wohneinheit entnommen werden könne. Auch im Zuge der Abreise gebe es keinen persönlichen Kontakt, zumal der Gast Schlüssel und Ortstaxe im Appartement hinterlasse. Daher verfüge die Bf auch über keine Rezeption, sondern lediglich über ein Büro, das von Montag bis Sonntag mit einem bzw. höchstens zwei Mitarbeitern besetzt sei. Diese Mitarbeiter seien lediglich für die Kontrolle der Endreinigung, der Schlüsselsafes und des Zustandes der Wohnungen sowie die Einsammlung der Ortstaxe zuständig.

Im angefochtenen Bescheid stelle die Behörde fest, dass die Vermietungstätigkeit der Bf einen Beherbergungsbetrieb nach den Bestimmungen der GewO 1994 darstelle. Die belangte Behörde beziehe sich zunächst auf die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes und habe offenkundig weitere Ermittlungen bzw. Internetrecherchen angestellt, die jedoch der Bf nie zur Kenntnis gebracht worden seien. Erst im Rahmen einer vorgenommenen Akteneinsicht sei für die Bf erkennbar gewesen, dass die Behörde auch die zuständige Landeskammer der gewerblichen Wirtschaft gehört habe. Auch weder das eingeholte Gutachten der Wirtschaftskammer Oberösterreich noch die Ermittlungsmaßnahmen seien der Bf vorgehalten worden. Die belangte Behörde beschäftige sich im angefochtenen Bescheid mit teilweise durchaus älteren Verwaltungsgerichtshof-Erkenntnissen zu

den hier relevanten Abgrenzungsfragen. Dabei verkenne die Behörde jedoch, dass diese Entscheidungen hier nicht einschlägig seien. Die Sachverhalte und Ausgangslagen, die den angeführten Erkenntnissen zugrunde lagen, seien nämlich in keinster Weise mit dem gegenständlichen Fall vergleichbar.

Dies folge aus dem Umstand, dass das verfahrensgegenständliche Phänomen der Kurzzeitvermietung von Wohnungen über Online-Plattformen eine vergleichsweise junge Erscheinung sei und diesem Aspekt der sogenannten Sharing Economy in Österreich erst in den letzten Jahren vermehrt Beachtung geschenkt werde. Es sei daher bereits aus den denklogischen Erwägungen nicht möglich, dass Sachverhalte aus den Jahren 1983 bis 1999 oder auch 2009 mit dem gegenständlichen Verfahren vergleichbare Ausgangsbedingungen aufweisen könnten. Davon abgesehen, lasse sich auch aus den angeführten Verwaltungsgerichtshof-Erkenntnissen in Bezug auf die Tätigkeit der Bf nicht der von der belangten Behörde gezogene Schluss ableiten. Ganz grundsätzlich unterliege die bloße Raumvermietung ohne Erbringung weiterer Dienstleistungen nicht dem Anwendungsbereich der GewO 1994. Die Judikaturlinie des Verwaltungsgerichtshofes grenze die Raumvermietung von der Beherbergung danach ab, ob zusätzlich zur bloßen Zurverfügungstellung von Wohnraum auch eine Verhaltensweise des Vermieters nach außen trete, die eine laufende Obsorge hinsichtlich des vermieteten Raumes im Sinne einer daraus resultierenden Betreuung des Gastes verrate. Wie auch in der Lehre festgehalten werde, sei unerlässliche Bedingung für einen Beherbergungsbetrieb nach § 111 Abs. 1 GewO 1994, dass vom Vermieter zusätzliche Dienstleistungen bzw. Betreuungsleistungen gegenüber den Gästen erbracht würden. Eine laufende Obsorge verlange die Erbringung von Leistungen, die für eine Fremdenbeherbergung typisch seien, also etwa die tägliche Reinigung der Zimmer, den täglichen Bettwäsche- und Handtuchwechsel, Rezeptionsdienste, Angebote für Fitness- und Wellnessanlagen, Fernsehräume, die Verabreichung von Speisen und den Ausschank von Getränken. Im Gegensatz dazu erbringe die Bf keine derartigen Dienstleistungen oder Services. Die Appartements würden löffelfertig und betriebsbereit ausgestattet entgeltlich zu Wohnzwecken vermietet werden. Die Bf verfüge über keine Rezeption und die Wohnungen würden während des Aufenthaltes eines Gastes auch nicht gereinigt bzw. erfolge kein Bettwäsche- oder Handtuchwechsel. Das gesamte Konzept der Bf basiere daher auf dem Grundsatz, auf die persönliche Servicedienstleistung gegenüber den Gästen während ihres Aufenthaltes zu verzichten. Daher sei auch nicht vorgesehen, dass bei An- oder Abreise der Gäste ein Mitarbeiter der Bf anwesend sei. Dies sei auch angesichts der Abwicklung über Online-Plattformen und die Schlüsselsafes auch gar nicht erforderlich. Die Bf habe zwar in X ein Büro, das von Montag bis Sonntag besetzt sei. Die dort beschäftigten Mitarbeiter würden jedoch keine Betreuungsleistungen gegenüber den Gästen erbringen. Vielmehr seien diese ausschließlich für die Kontrolle der Safes und des Zustandes der Wohnungen bzw. die Koordinierung der Endreinigung zuständig. All diese Umstände würden aber keineswegs eine Dienstleistung bzw. ein Service gegenüber dem Gast begründen, sondern würden ausschließlich den Interessen der Bf als Vermieterin dienen. Anders als dies die

Verwaltungsgerichtshof-Judikatur verlange und die Behörde auf Seite 5 des angefochtenen Bescheides ausführe, würden im konkreten Fall auch keine Leistungen erbracht werden, die die mit der Verwaltung eigenen Liegenschaftsvermögens verbundene Verwaltungsarbeit in erheblichem Umfang überschreiten. Insbesondere müsse sich die Bf auch nicht ständig nach neuen Feriengästen umsehen, zumal die gesamte Buchungsabwicklung - anders als dies in den 1990er-Jahren der Fall war - online über externe Internet-Plattformen erfolge, sodass diese Überlegungen des Gerichtshofes diesbezüglich obsolet seien. Das Anbieten von Ferienwohnungen und dergleichen über Plattformen wie Booking.com etc. sei zudem üblich und schade der Qualifikation als Wohnraumüberlassung jedenfalls nicht. Hinzu komme, dass im Jahr 2016 eine Verwaltungsgerichtshof-Entscheidung ergangen sei, die gerade das hier maßgebliche Phänomen der Kurzzeitvermietung über Online-Plattformen behandle und den soeben relevierten Standpunkt der Bf vollinhaltlich bestätige. Anders als die belangte Behörde vermeine, sei eine Endreinigung nach jüngster Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht als Betreuungsleistung zu qualifizieren. Dasselbe gelte für die einmalige Zurverfügungstellung von Bettwäsche und Handtüchern. Zudem könne auch aus der Anzahl der vermieteten Wohnungen nicht auf das Vorliegen eines Beherbergungsbetriebes geschlossen werden, weil die Bf lediglich 33 Wohneinheiten in Bestand gebe und der Verwaltungsgerichtshof sogar die kurzfristige Vermietung von 50 Appartements als reine Raummiete eingestuft habe. Die Bf habe zudem ausführlich dargestellt, wie das Vermietungskonzept in Bezug auf die gegenständlichen Wohnungen ausgestaltet sei. Daher würden auch die Ausführungen der belangten Behörde in Bezug auf die Buchungsplattformen „X“ und „Booking“ ins Leere gehen. Die Bf habe keinen Einfluss darauf, wie Buchungsplattformen die „X“-Einheiten auf ihren Websites darstellen würden. Freilich sei den Plattformen das konkrete Konzept mitgeteilt und klargestellt worden, dass es sich gegenständlich um kein Hotel handle. Hinzu komme, dass die belangte Behörde andeute, es käme bei der Einstufung nach § 111 Abs. 1 Z 1 GewO 1994 lediglich auf das äußere Erscheinungsbild an. Dies sei jedoch unrichtig und widerspreche der Rechtsprechung. Während der Verwaltungsgerichtshof in seinen älteren Entscheidungen mehr Gewicht auf die bloße Erscheinungsform des Betriebes gelegt habe, habe sich dies in den letzten Jahren gewandelt. So judiziere er nunmehr, dass es vor allem voran darauf ankomme, ob zusätzlich zur Raummiete eine für die Beherbergung typische Betreuungsleistung erbracht werde. Abschließend werde noch bemerkt, dass die Vergütung nach dem Kollektivvertrag für die Hotellerie ausschließlich dem Umstand geschuldet sei, dass die Bf neben der „X“-Vermietung auch Hotelzimmer betreibe und hierfür selbstverständlich eine Gewerbeberechtigung aufweise. Als Mitglied der Wirtschaftskammer W, Sparte Tourismus und Freizeit, würden ihre Mitarbeiter aufgrund gesetzlicher Vorgaben automatisch dem Kollektivvertrag für die Hotellerie unterliegen.

Insgesamt sei daher eindeutig, dass die Vermietungstätigkeit der Bf sämtliche vom Verwaltungsgerichtshof in seiner jüngsten Entscheidung aufgestellten Kriterien erfülle. Anders als die belangte Behörde vermeine, liege daher gegenständlich kein

Beherbergungsbetrieb im Sinne des § 111 Abs. 1 Z 1 GewO 1994 vor, sondern eine bloße Raummiete.

Die belangte Behörde habe mit Schreiben vom 31. Jänner 2019 die Landeskammer der gewerblichen Wirtschaft zur Abgabe eines Gutachtens gemäß § 348 Abs. 2 GewO 1994 aufgefordert. Die Wirtschaftskammer Oberösterreich habe zusammenfassend festgehalten, dass über die von der belangten Behörde angeführten Gästebewertungen hinaus weitere Ermittlungsmaßnahmen notwendig seien, um die betrieblichen Strukturen und Abläufe bzw. die vertragliche Ausgestaltung im konkreten Fall feststellen zu können. Die belangte Behörde habe dies jedoch nicht vorgenommen. Es sei Aufgabe der Behörde, jene Erhebungen, die zur Klärung des Sachverhaltes benötigt würden, durchzuführen. Dies habe die belangte Behörde jedoch unterlassen. So seien weder die tatsächlichen betrieblichen Abläufe der Bf eruiert worden, sondern habe sich die Behörde nahezu ausschließlich auf Gästebewertungen und daraus Annahmen hinsichtlich der Vermietungstätigkeit der Bf gestützt. Eine Besichtigung des fraglichen Wohnkomplexes wäre durchzuführen gewesen, um sich ein akkurates Bild der tatsächlichen betrieblichen Struktur machen zu können. Auch aus den Gästebewertungen alleine heraus habe die belangte Behörde die falsche Annahme getroffen, dass davon auszugehen sei, dass die Reinigung des Apartments auch während einer längeren Aufenthaltsdauer vorgenommen bzw. veranlasst werde. Darüber hinaus seien die Stellungnahme der Wirtschaftskammer Oberösterreich und die sonstigen Ermittlungsmaßnahmen der Bf weder vorgehalten worden noch sei die Bf darüber informiert worden, dass eine derartige Stellungnahme existiere. Dazu komme, dass der angefochtene Bescheid keinen Bezug zur Stellungnahme der Wirtschaftskammer Oberösterreich enthalte.

Es werden daher die Anträge gestellt, das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich möge

1. eine öffentliche mündliche Verhandlung durchführen und
2. in der Sache selbst erkennen und den angefochtenen Bescheid dahingehend abändern, dass festgestellt wird, dass die Vermietungstätigkeit der Bf in X, X und X, Xstraße X-X sowie Xgasse X und X, keinen Beherbergungsbetrieb nach den Bestimmungen der GewO 1994 darstellt, in eventu
3. den angefochtenen Bescheid aufheben und die Verwaltungssache zur Verfahrensergänzung an die belangte Behörde zurückverweisen.

3. Die belangte Behörde hat mit Schreiben vom 15. März 2019 diese Beschwerde gemeinsam mit dem zugrundeliegenden Verfahrensakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich (in der Folge: LVwG Oö.) zur Entscheidungsfindung vorgelegt.

4. Das LVwG Oö. hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den Akt der belangten Behörde zu GZ: 0067451/2018, insbesondere in die darin einliegenden

Auszüge der verschiedenen Hotelbuchungsplattformen betreffend die gegenständlichen Ferienwohnungen, und in die von der Bf vorgelegten Unterlagen sowie Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 6. Juni 2019, an der die Geschäftsführerin der Bf, T K, sowie ihre Rechtsvertreterin teilgenommen haben und gehört wurden. Nach Durchführung der mündlichen Verhandlung wurden von der Bf noch eine Reservierungsübersicht verschiedener Firmen über den Zeitraum April 2019 bis September 2019 sowie Rechnungskopien und Firmenvereinbarung 2019 vorgelegt.

#### 4.1. Nachstehender Sachverhalt liegt dem gegenständlichen Verfahren zugrunde:

Die Bf hat insgesamt 33 Appartements im Standort X und X, Xstraße X, X, X, X und X, Xgasse X und X, von der W GmbH, die Eigentümerin der Wohnungen ist, für 10 Jahre angemietet. Diese Wohnungen werden von der Bf unter der Marke „X“ als Appartements zu kurzfristigen Wohnzwecken mit Mindestaufenthaltsdauer von zwei Tagen seit Oktober 2018 weitervermietet. Die Appartements weisen zwischen 45 und 80 m<sup>2</sup> auf und bieten Platz für zwei bis sechs Personen. Die Preise für eine Übernachtung liegen je nach Größe der Appartements und Reisezeit zwischen ca. 60 und 100 Euro. Die Wohnungen werden für maximal drei Monate weitervermietet. Die Preise für eine monatliche Vermietung betragen je nach Größe des Appartements zwischen 1.400 und 1.800 Euro, dabei handelt es sich um einen Pauschalpreis, die Betriebskosten (wie Strom, Heizung etc.) sind inklusive.

Die Appartements sind mit einer Küche, Wohn- und Schlafraum vollmöbliert mit Hausrat ausgestattet. Zur Verfügung gestellt werden sowohl bei Kurzzeit- als auch bei Langzeitvermietung außerdem Bettwäsche und Handtücher, kostenfreie Pflegeprodukte, Haartrockner, kostenfreier Internetzugang und Fernsehmöglichkeit. Bei Abreise der Gäste erfolgt eine Endreinigung.

Eine Rezeption ist nicht vorhanden, die Schlüsselübergabe erfolgt mittels Schlüsselsafe, welcher bei den Häusern an der Fassade angebracht ist. Im Nahbereich der Wohnungen befindet sich das Büro, das mit einem bis zwei Mitarbeitern täglich von 09.00 Uhr bis 17.00 Uhr besetzt ist. Die Mitarbeiter koordinieren die Befüllung des Schlüsselsafes, die Endreinigung der Appartements, wofür die Bf eigene Mitarbeiter beschäftigt, sowie die Kontrolle der Endreinigung und Kontrolle über eventuell entstandene Schäden. Außerdem obliegt den Mitarbeitern das Einsammeln der Ortstaxe in den Appartements.

Die Gäste buchen über Hotelbuchungsplattformen, wie Booking.com, Expedia, Trivago etc. sowie über die Homepage „X“. Bei diesen Plattformen werden die Appartements als Ferienwohnungen angeboten; die Ferienwohnungen werden auf diesen Plattformen und auf der Homepage „X“ als ideal für Reisende beworben (... *„Unsere top eingerichteten Apartments im Herzen von X sind perfekt für ihren nächsten Urlaub oder Business Aufenthalt“* ... [Internetseite X], ... *„Die ruhige Umgebung erlaubt schließlich die Erholung die man braucht, um mit Energie die Stadt zu erkunden oder Termine vor Ort wahrzunehmen“* ... [Trivago], ... *„Dank der*

*ausgezeichneten Lage (Innere Stadt) ist dieses Apartment zu Fuß nur 10 Minuten entfernt von: Kongresszentrum Xhaus, X Kunstmuseum X und Landesgalerie X. Ebenfalls in einem Umkreis von 2 km: Schlossmuseum X und X Church" ... [Expedia], ... „Zu den beliebten Sehenswürdigkeiten in der Nähe des Apartments gehören ... Innere Stadt ist bei den Reisenden, ... sehr beliebt" ... [booking.com]. Lediglich auf der Homepage „X“ wird unter der Rubrik long stay mit dem Hinweis „Sie haben genug Zeit, sich ein zweites Zuhause zu schaffen? Je länger Sie in X bleiben, desto weniger bezahlen Sie für Ihr Apartment“ auf die Möglichkeit einer längerdauernden Vermietung hingewiesen.*

Die Gäste erhalten bei Buchung auch eine Telefonnummer der Büromitarbeiter, an die sie sich bei Problemen wenden können. Den Schlüsselcode erhalten die Gäste per E-Mail zwei Tage vor Bezug der Appartements. Im Falle von Reklamationen betreffend die Sauberkeit der Appartements erfolgt auch eine Zwischenreinigung. Die Mitarbeiter stehen auch für allfällige sonstige Reklamationen der Gäste zur Verfügung (z.B. technische Hilfeleistungen).

Bei Kurzzeitbuchungen ist bis sieben Tage vor Anreise die Buchung kostenlos stornierbar, ansonsten fallen 100 % Stornokosten an. Bei der Langzeitvermietung verlängert sich die kostenlose Stornierung auf 30 Tage und ist darüber hinaus eine Anzahlung von 50 % des Mietpreises zu leisten. Bei der Kurzzeitbuchung wird sieben Tage vor Anreise der volle Betrag in Rechnung gestellt. Der Check-in erfolgt am Anreisetag ab 15.00 Uhr, der Check-out erfolgt am Abreisetag bis 10.00 Uhr. Neben den Appartements gibt es eine Lagerfläche für Wäsche, Putzmittel etc. und befindet sich dort auch ein getrennter Aufenthaltsbereich mit Sanitäreinrichtung für das Reinigungspersonal, das direkt bei der Bf angestellt ist.

4.2. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem schriftlichen Vorbringen der Bf sowie dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung.

In der mündlichen Verhandlung legte die Geschäftsführerin der Bf die betrieblichen Abläufe betreffend Kurzzeit- und Langzeitvermietung dar. Der Auftritt auf den Hotelbuchungsplattformen in der dargestellten Weise ergibt sich aus den im Akt einliegenden Auszügen und wurde in dieser Form von der Bf nicht bestritten. Von der Bf wurde in der Beschwerde angegeben, dass die Appartements zu kurzfristigen Wohnzwecken mit Mindestdauer von drei Tagen vermietet werden. In der mündlichen Verhandlung wurde von der Vertreterin der Bf angegeben, dass auch eine Vermietung für eine Nacht möglich ist. Die Auszüge der Hotelbuchungsplattformen im Akt zeigen, dass eine Buchung ab zwei Nächten möglich ist. In der Verhandlung wurde von der Vertreterin der Bf dargelegt, dass eine Vermietung für maximal drei Monate erfolgt.

Die ergänzend von der Bf vorgelegte Reservierungsübersicht ab 1. Februar 2019 zeigt, dass auch längerfristige Firmenbuchungen (über vier Wochen) vorliegen. Aus der vorgelegten „Firmenvereinbarung 2019“ und den Rechnungskopien geht



hervor, dass auch bei längerfristigen Buchungen eine Abrechnung pro Nacht erfolgt.

## 5. Rechtliche Beurteilung:

5.1. Gemäß § 348 Abs. 1 GewO 1994 hat die Behörde, wenn eine Gewerbeanmeldung erstattet oder um die Genehmigung einer gewerblichen Betriebsanlage oder bei der Behörde die Feststellung beantragt wird, ob die Genehmigungspflicht einer Anlage im Sinne des § 74 gegeben ist, aber Zweifel bestehen, ob auf die betreffende Tätigkeit die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes anzuwenden sind, über diese Frage zu entscheiden. Dies gilt auch für den Fall, wenn in einem Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 366 Zweifel bestehen, ob auf die betreffende Tätigkeit die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes anwendbar sind.

Nach § 2 Abs. 1 Z 9 GewO 1994 ist dieses Bundesgesetz - unbeschadet weiterer ausdrücklich angeordneter Ausnahmen durch besondere bundesgesetzliche Vorschriften - auf die in den nachfolgenden Bestimmungen angeführten Tätigkeiten nicht anzuwenden:

(...)

9. die nach ihrer Eigenart und ihrer Betriebsweise in die Gruppe der häuslichen Nebenbeschäftigungen fallenden und durch die gewöhnlichen Mitglieder des eigenen Hausstandes betriebenen Erwerbszweige;

(...)

Gemäß § 94 Z 26 GewO 1994 ist das Gastgewerbe ein reglementiertes Gewerbe.

Nach § 111 Abs. 1 leg. cit. bedarf es einer Gewerbeberechtigung für das Gastgewerbe (§ 94 Z 26) für

1. die Beherbergung von Gästen;
2. die Verabreichung von Speisen jeder Art und den Ausschank von Getränken.

5.2. Vorauszuschicken ist, dass gegenständlich die Voraussetzungen für die Durchführung eines Verfahrens nach § 348 Abs. 1 GewO 1994 vorliegen. Die Bf hat bei der belangten Behörde die Feststellung beantragt, ob die für die Vermietung von Appartements bestimmten Anlagen im Sinne des § 74 einer Genehmigungspflicht unterliegen. Aufgrund der bestehenden Zweifel der belangten Behörde wurde das gegenständliche Feststellungsverfahren eingeleitet.

5.3. Unzweifelhaft liegt gegenständlich eine Privatzimmervermietung nach § 2 Abs. 1 Z 9 GewO 1994 nicht vor, fehlt es nämlich schon am Merkmal der im Vergleich zu den anderen häuslichen Tätigkeiten dem Umfang nach untergeordneten Erwerbstätigkeit. Zudem liegt keine Ausübung der Nebenbeschäftigung durch die gewöhnlichen Mitglieder des eigenen Hausstandes vor.

Ebenso unzweifelhaft ist, dass die bloße Raumvermietung nicht der Gewerbeordnung unterliegt.

Der Verfassungsgerichtshof ist in den Entscheidungsgründen des Erkenntnisses vom 23. Juni 1962, Slg 4227, davon ausgegangen, dass die bloße Raumvermietung (Miethausbesitz) im Allgemeinen nicht als eine der Gewerbeordnung unterliegende Tätigkeit anzusehen ist. Das Vermieten von Räumlichkeiten samt Inventar ohne damit im Zusammenhang stehende Dienstleistungen stellt daher grundsätzlich keine Tätigkeit dar, für die es der Anmeldung eines Gewerbes bedarf.

Wie bereits von der belangten Behörde festgehalten, ist nach herrschender Judikatur die Frage, ob gewerbsmäßige Fremdenbeherbergung anzunehmen ist, unter Bedachtnahme auf alle Umstände des Einzelfalles zu beantworten, und zwar im Besonderen unter Bedachtnahme auf 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 Nebenräume, der Bettwäsche, der Kleider usw. des Vermieters sowie auch die Art und Weise, in welcher sich der Betrieb nach außen darstellt.

Nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofes liegt eine gewerbliche Beherbergung vor, wenn gleichzeitig mit der Zurverfügungstellung von Wohnraum damit üblicherweise im Zusammenhang stehende Dienstleistungen erbracht werden. Dazu ist erforderlich, dass das aus dem Zusammenwirken aller Umstände sich ergebende Erscheinungsbild ein Verhalten des Vermieters der Räume erkennen lässt, das, wenn auch in beschränkter Form, eine laufende Obsorge hinsichtlich der vermieteten Räume im Sinne einer daraus resultierenden Betreuung des Gastes verrät (VwGH 18.2.2009, 2005/04/0249).

Im Erkenntnis vom 11. Jänner 2012, 2010/06/0082, verwies der Verwaltungsgerichtshof auf das oben genannte Erkenntnis und führte weiter aus, dass 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 ist - wie die sonstigen Merkmale der zu prüfenden Tätigkeit zu beurteilen sind, insbesondere wie das äußere Erscheinungsbild des Betriebes aussieht.

Unzweifelhaft ist, dass die Verabreichung von Speisen und Getränken, das Reinigen der Räumlichkeiten sowie der Bettwäsche- und/oder Handtuchwechsel während der Inanspruchnahme des Apartments mit der Fremdenbeherbergung im Zusammenhang stehende Dienstleistungen darstellen. Unbestritten ist auch, dass diese Dienstleistungen vorliegend nicht oder nur sehr begrenzt angeboten werden.

Allerdings ist im Lichte der zitierten Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes im Falle des Fehlens solcher Dienstleistungen eine Beurteilung der Tätigkeit immer unter Bedachtnahme auf alle Umstände des Einzelfalles vorzunehmen.

Davon ausgehend ist gegenständlich in Gesamtschau der angebotenen Zusatzleistungen und -tätigkeiten, insbesondere im Hinblick auf das äußere Erscheinungsbild, von einem Beherbergungsbetrieb nach der Gewerbeordnung auszugehen:

So werden die Räumlichkeiten auch für kurzfristige Dauer mit einem Vertrag, der einem typischen (Hotel-)Beherbergungsvertrag entspricht, vermietet. Die Appartements werden auf allen gängigen Hotelbuchungsplattformen mit einem Mindestaufenthalt von lediglich zwei Nächten angeboten. Diese Internetauftritte unterscheiden sich nicht von anderen Hotelangeboten und werden die Appartements auf den Hotelbuchungsplattformen und auch auf der Firmenhomepage für Urlaubs- oder Geschäftsreisende angeboten und auch speziell für Touristen beworben. Lediglich auf der Firmenhomepage wird auf die Möglichkeit der Langzeitvermietung hingewiesen, allerdings ist festzuhalten, dass die Preise hierfür über den für Wohnungen in der Größe anzunehmenden Durchschnittsmieten liegen. Davon ausgehend, dass die Appartements auf allen gängigen Hotelbuchungsplattformen für kurzfristige Aufenthalte für Urlaubs- und Geschäftsreisende angeboten werden und lediglich auf der eigenen Homepage (neben der Kurzzeitvermietung) auf die Möglichkeit der Langzeitvermietung hingewiesen wird, treten diese in der Außerdarstellung in den Hintergrund. Auch aus der von der Bf vorgelegten Reservierungsübersicht geht hervor, dass in Anbetracht der zur Verfügung stehenden 33 Appartements die Vermietung vorrangig touristischen Zwecken und nicht der Abdeckung eines dauernden Wohnbedürfnisses dienen soll.

Von der Bf werden neben der Zurverfügungstellung der Räumlichkeiten noch die Zusatzleistungen, wie Bereitstellung von Bettwäsche und Handtüchern, kostenfreien Pflegeprodukten, kostenfreiem Internetzugang, Fernsehmöglichkeit, Endreinigung, Anwesenheit von Mitarbeitern der Bf, angeboten. Von der Vertreterin der Bf wurde weiters vorgebracht, dass auch bestimmte Dienstleistungen, wie vorzunehmende Reparaturen in der Belegzeit, von der Bf vorgenommen werden und auch ein Ansprechpartner vor Ort ist; das Büro mit den Mitarbeitern befindet sich im unmittelbaren Nahbereich zu den Appartements.

Wenn von der Bf vorwiegend als Argument für das Vorliegen einer reinen Raumvermietung vorgebracht wird, dass die Bf über keine Rezeption verfüge und die Schlüsselübergabe mittels Schlüsselsafe erfolge, ist dem entgegen zu halten, dass mittlerweile „self-check-in-Hotels“ keine Besonderheit mehr darstellen und diese Hotels den möglichen „self-check-in“ sogar als besonderes Angebot bewerben.

Im Ergebnis ist davon auszugehen, dass vorliegend zwar nicht die mit der Fremdenbeherbergung im Zusammenhang stehenden typischen Dienstleistungen, wie Verabreichung von Speisen und Getränken und Reinigungstätigkeit auch

während des Aufenthaltes, erbracht werden, jedoch in Gesamtbetrachtung der angebotenen Leistungen und Tätigkeiten und der Außendarstellung (das Anbieten auf Hotelbuchungsplattformen und die Gestaltung der gezeigten Inhalte) von einem Beherbergungsbetrieb nach § 111 Abs. 1 Z 1 GewO 1994 auszugehen ist.

Abschließend wird ausdrücklich auf das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 27. Februar 2019, Ra 2018/04/0144, hingewiesen. Diesem Erkenntnis liegt ein gleichgelagerter Sachverhalt zugrunde und hat der Verwaltungsgerichtshof dazu ausgesprochen, dass die vorgenommene Beurteilung der Vermietung der Wohnung als Beherbergungsbetrieb im Sinne des § 111 Abs. 1 Z 1 GewO 1994 auf Grundlage einer Gesamtbetrachtung keinen Bedenken begegnet.

Soweit die Bf Verletzung des Parteiengehörs durch die belangte Behörde einwendet, ist festzuhalten, dass der Bf die Möglichkeit der Stellungnahme im Beschwerdeverfahren, insbesondere durch Abhaltung der mündlichen Verhandlung, eingeräumt wurde und damit eine mögliche Verletzung saniert ist.

Zu II.:

Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

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 (VwGH 27.2.2019, Ra 2018/04/0144). Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Es liegen auch keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

### R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen diese Entscheidung besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben 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 kann. Ein Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

## H i n w e i s

Verfahrenshilfe ist einer Partei zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.

Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr/ihm noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint; das gleiche gilt für ein behördlich bestelltes Organ oder einen gesetzlichen Vertreter, die für eine Vermögensmasse auftreten, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder aus der Vermögensmasse noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können.

Für das Beschwerdeverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.

Für das Revisionsverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Im Antrag ist, soweit zumutbar, kurz zu begründen, warum die Revision entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes für zulässig erachtet wird.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Bismaier