

## Gericht

Verwaltungsgerichtshof

## Entscheidungsdatum

26.04.2000

## Geschäftszahl

2000/04/0003

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Dr. W. Pesendorfer und die Hofräte DDr. Jakusch und Dr. Baur als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Breunlich, über die Beschwerde des R in G, vertreten durch Dr. M, Rechtsanwalt in P, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates Burgenland vom 22. November 1999, Zl. K 19/02/98.036/7, betreffend Übertretung der GewO 1994 zu Recht erkannt:

## Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben.

Der Bund hat dem Beschwerdeführer Aufwendungen in der Höhe von S 15.000,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exkution zu ersetzen.

## Begründung

Mit dem im Instanzenzug ergangenen Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates Burgenland vom 22. November 1999 wurde der Beschwerdeführer schuldig erkannt, an einem näher bezeichneten Standort selbstständig und regelmäßig das Gastgewerbe gemäß § 142 Abs. 1 Z. 1 GewO 1994 ausgeübt zu haben, indem er gegen Entgelt in Gewinnerzielungsabsicht Gäste in Ferienwohnungen beherbergt habe, ohne die hierfür erforderliche Gewerbeberechtigung erlangt zu haben. Vom 6. August 1997 bis zum 18. August 1997 sei W. W. samt Gattin und Kind und vom 7. August 1997 bis 14. August 1997 H. R. samt Gattin beherbergt worden. Er habe dadurch eine Verwaltungsübertretung nach § 366 Abs. 1 Z. 1 in Verbindung mit § 142 Abs. 1 Z. 1 GewO 1994 begangen, weshalb über ihn gemäß § 366 Abs. 1 Einleitungssatz leg. cit. eine Geldstrafe in der Höhe von S 30.000,-- (Ersatzfreiheitsstrafe 10 Tage) verhängt wurde. Zur Begründung führte der unabhängige Verwaltungssenat aus, der Beschwerdeführer sei mit seiner Frau Eigentümer der in Rede stehenden Appartements. Während des Jahres 1997 seien 15 davon auf Dauer vermietet gewesen. Tatsächlich stünden in dem Gebäude 21 Appartements zur Verfügung. In der Gästezimmerliste 1997 für die gegenständliche Ortsgemeinde habe der Beschwerdeführer mit seiner Frau 4 Ferienwohnungen für 2-4 Personen im Ausmaß von 42-56 m<sup>2</sup> zu einem täglichen Mietpreis von S 590,-- bis S 680,-- angeboten und angeführt, dass diese Appartements mit Kochnische, Kitchenette, Heizung, Telefon, Kabel-TV, Dusche und Saunananlage ausgestattet seien bzw. diese Einrichtungen dort zur Verfügung stünden. Am Standort dieses Hauses sei lediglich eine Tochter des Beschwerdeführers polizeilich gemeldet. Der Sohn sowie der Beschwerdeführer und seine Frau seien dort nicht gemeldet. Unbestritten sei, dass W. W. als Intendant der Opernfestspiele für die Dauer dieser Festspiele aus beruflichen Gründen in M. anwesend habe sein müssen und während dieser Zeit in diesem Appartement gewohnt habe. Aus welchem Grund sich die Familie R. dort aufgehalten habe, habe der Beschwerdeführer in der mündlichen Verhandlung nicht gewusst. Die Pflege der Gemeinschaftswege und -flächen erfolge durch die Frau bzw. die Tochter des Beschwerdeführers. Aus der Aussage des W. W. ergebe sich, dass ein gereinigtes Appartement samt Handtücher und Bettwäsche zur Verfügung gestellt worden sei. Die Grundreinigung und die Müllentsorgung seien vom Vermieter bewerkstelligt worden. Der Aussage des Beschwerdeführers, er sei gleichsam unabsichtlich in die Gästezimmerliste aufgenommen bzw. sein Betrieb darin weitergeführt worden, habe der unabhängige Verwaltungssenat im Hinblick auf die gegenteilige Aussage einer Zeugin nicht folgen können. Zusammenfassend stehe daher entscheidungsrelevant fest, dass hier eine der Gewerbeordnung unterliegende Beherbung stattgefunden habe. Diese sei in der Form der Vermietung von Ferienwohnungen durchgeführt worden, wobei über die Bereitstellung des Wohnraumes inklusive Möblierung, Handtüchern, Bettwäsche und Essgeschirr hinaus noch andere Dienstleistungen, wie die Reinigung oder die Müllentsorgung erbracht worden seien. Auch Fernmeldedienstleistungen seien erbracht worden und es sei ein

Getränkeautomat zur Verfügung gestanden. Insbesondere aus der Zurverfügungstellung von Handtüchern, Bettwäsche, Reinigung und Müllentsorgung sowie des Getränkeautomaten sei eine (eingeschränkte) Gästebetreuung abzuleiten. Die Werbung für die Ferienwohnungen sei in den auch für gewerbliche Beherbergungsbetriebe üblichen Formen durch Aufscheinen im Fremdenzimmernachweis bzw. in der Gästezimmerliste für die fragliche Gemeinde erfolgt. Die Motivation des Aufenthalts der genannten Familien entspreche nicht jener eines Dauermietverhältnisses, sondern sie sei bei der Familie R. durch den in Österreich verbrachten Urlaub und bei der Familie W. im Zusammenhang mit der Tätigkeit des Beherbergten als Indendant der Osterfestspiele für die Dauer dieser Festspiele bestimmt gewesen. Die Beherbergung falle daher unter die Bewilligungspflicht des gebundenen Gastgewerbes nach § 142 Abs. 1 Z. 1 GewO 1994. Dieser Verwaltungstatbestand sei in objektiver Hinsicht verwirklicht. Eine nicht der Gewerbeordnung unterliegende Privatzimmervermietung liege deshalb nicht vor, weil hier keine häusliche Nebenbeschäftigung erkennbar sei. Die beschriebene Betriebsweise sei nämlich hierfür nicht typisch. Im Vergleich zu anderen häuslichen Tätigkeiten dürfe die häusliche Beschäftigung eine umfänglich nur untergeordnete Rolle einnehmen, um unter diese Ausnahmeregelung zu fallen. Davon könne hier aber keine Rede sein. Dies ergebe sich schon daraus, dass hier überhaupt kein Haushalt geführt worden sei, werde doch der gemeinsame Haushalt in G. vom Beschwerdeführer und seiner Ehefrau seit Jahren zum Wohnen benützt. Dass auch in M. ein Appartement bestehend aus drei Zimmern von ihm und seiner Gattin als Büro, gemeint offenbar zur Verwaltung der Appartementanlage, verwendet worden sei, und dass dort er und seine Gattin ein- bis zweimal in der Woche tatsächlich auch wohnten, ändere daran, auch wenn es zutreffen sollte, nichts. Ein solcher für diese Zwecke bestimmter Zweithaushalt sei nämlich nicht geeignet, als Basis für eine häusliche Nebenbeschäftigung zu dienen.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift mit dem Antrag, die Beschwerde kostenpflichtig abzuweisen.

Im Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof erachtet sich der Beschwerdeführer nach seinem gesamten Vorbringen in dem Recht verletzt, bei der gegebenen Sach- und Rechtslage nicht der in Rede stehenden Verwaltungsübertretung schuldig erkannt und hierfür bestraft zu werden. In Ausführung des so zu verstehenden Beschwerdepunktes bringt er vor, er habe bereits in seiner Berufung und auch anlässlich der mündlichen Verhandlung vor der belangten Behörde darauf verwiesen, dass es sich bei den in Rede stehenden Vermietungen um einen einmaligen Vorfall gehandelt habe, welcher aus der Zimmerknappheit auf Grund der Opernfestspiele resultiert habe. Es mangle insoweit schon an der Regelmäßigkeit im Sinn des § 1 Abs. 2 GewO 1994.

Schon mit diesem Vorbringen ist der Beschwerdeführer im Recht.

Gemäß § 1 Abs. 2 GewO 1994 wird eine Tätigkeit gewerbsmäßig ausgeübt, wenn sie selbstständig, regelmäßig und in der Absicht betrieben wird, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, gleichgültig für welchen Zweck dieser bestimmt ist.

Nach dem Abs. 4 dieser Gesetzesstelle gilt auch 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.

Die belangte Behörde hat im vorliegenden Fall dem Beschwerdeführer zwar im Spruch des gegen ihn ergangenen Straferkenntnisses unter anderem zur Last gelegt, die in Rede stehende Verwaltungsübertretung selbstständig und regelmäßig ausgeübt zu haben, doch ergibt sich aus der Begründung des angefochtenen Bescheides nicht, auf Grund welchen Sachverhaltes die belangte Behörde zum Vorwurf der Regelmäßigkeit der Gewerbeausübung gelangte. Solcher Sachverhaltsfeststellungen hätte es umso mehr bedurft, als der Beschwerdeführer, wie er in seiner Beschwerde zutreffend hervorhebt, schon im Verwaltungsverfahren vorgebracht hat, dass im Sommer 1997 alle Appartements und Zimmer an Dauermieter vergeben gewesen seien, weshalb die Ausübung des Gastgewerbes gar nicht möglich gewesen wäre. Die Vermietung an die beiden in Rede stehenden Familien sei nur wegen des während der Opernfestspiele herrschenden Wohnungsmangels dadurch zustande gekommen, dass seine beiden Kinder ihre beiden Wohnungen im fraglichen Haus zur Verfügung gestellt hätten.

Ob schon die Aufnahme des Beschwerdeführers in die Gästezimmerliste 1997 der Gemeinde M. für sich allein geeignet war, das Tatbestandselement der Ausübung des Gewerbes im Sinn des § 1 Abs. 4 zweiter Satz GewO 1994 zu erfüllen, muss im gegebenen Zusammenhang dahingestellt bleiben, weil dem Beschwerdeführer eine derartige Tathandlung im Spruch des angefochtenen Bescheides nicht zur Last gelegt worden ist.

Der angefochtene Bescheid war daher gemäß § 42 Abs. 2 Z. 3 lit. b VwGG wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben, ohne auf das weitere Beschwerdevorbringen einzugehen.

Die Entscheidung über den Aufwandsersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBl. Nr. 416/1994.

Wien, am 26. April 2000