

# Zur Abgrenzung zwischen bloßer Wohnraumüberlassung und gewerblicher Beherbergung

Eine Analyse anlässlich VwGH 3.3.2020, Ro 2019/04/0019

GABRIEL KAUFMANN

## Abstract

Wohnraumüberlassungen über Online-Plattformen wie Airbnb erfreuen sich immer größerer Beliebtheit. Es stellt sich die Frage, ob diese als bloße Wohnraumüberlassung oder als gewerbliche Beherbergung zu qualifizieren sind. In VwGH 3.3.2020, Ro 2019/04/0019 hat sich der VwGH zur Abgrenzungsproblematik bei »Airbnb-Vermietungen« umfassend geäußert. Der vorliegende Beitrag zeichnet die Rechtsprechungslinie zur allgemeinen Abgrenzungsproblematik nach und verortet darauf aufbauend die Entscheidung des VwGH hinsichtlich Wohnraumüberlassungen über Airbnb.

## Schlagworte

Airbnb, bloße Wohnraumüberlassung, Gewerberecht, gewerbliche Beherbergung

## Rechtsquellen

Art 10 B-VG, Art 15 B-VG, Art III B-VG BGBI 1974/444, § 2 GewO, § 5 GewO, § 94 GewO, § 111 GewO, § 366 GewO

## Inhaltsübersicht

I.	Einleitung .....	2
II.	Moderne Formen der Kurzzeitvermietung .....	2
III.	Die kompetenzrechtliche Einordnung von Wohnraumüberlassungen .....	3
IV.	Die Abgrenzungsproblematik ieS .....	4
V.	Sachverhalt und Entscheidungsgründe in VwGH 3.3.2020, Ro 2019/04/0019 .....	6
VI.	Fazit .....	7

## I. Einleitung

Der VwGH befasste sich in VwGH 3.3.2020, Ro 2019/04/0019 mit der Frage, wie Kurzzeitvermietungen über Airbnb in das Gewerberecht einzuordnen sind. Die Kernproblematik, mit der sich der VwGH auseinandersetzen hatte, war die Abgrenzung zwischen bloßer Wohnraumüberlassung und gew. Beherbergung. Nur Letztere fällt in den Anwendungsbereich der GewO 1994 und ist damit an zusätzliche Auflagen geknüpft. In der Vergangenheit hat sich der VwGH bereits intensiv allgemein mit dieser Abgrenzungsproblematik beschäftigt. Die richtungsweisende Judikatur stammt aus den 1960er-Jahren und wurde durch Entscheidungen des VwGH in den folgenden Jahrzehnten konkretisiert. Das Aufkommen neuer Kurzzeitvermietungsmodelle wie Airbnb verlangte nun nach einer Adaption und Fortentwicklung der bestehenden Rechtsprechung. Mit der Entscheidung VwGH 3.3.2020, Ro 2019/04/0019 ist der VwGH dem nachgekommen.

Der vorliegende Beitrag gliedert sich in sechs Abschnitte. Zunächst werden die Charakteristika neuer Kurzzeitvermietungsmodelle der sharing economy, allen voran Airbnb, thematisiert und das öffentliche Interesse an deren Regulierung verortet (II.). Der nächste Abschnitt beschäftigt sich mit der kompetenzrechtlichen Einordnung von Wohnraumüberlassungen (III.). Daran schließt eine Darstellung an, wie der VwGH die Grundsatzzudikatur der 1960er-Jahre zur Abgrenzungsproblematik weiterentwickelt hat (IV.). Aufbauend darauf folgt eine Diskussion der Entscheidungsgründe in VwGH 3.3.2020, Ro 2019/04/0019 vor dem Hintergrund der bisherigen Rechtsprechungslinie (V.) und ein Fazit (VI.).

## II. Moderne Formen der Kurzzeitvermietung

Die Problematik, mit der sich VwGH 3.3.2020, Ro 2019/04/0019 auseinandersetzten musste, wurzelt in der zunehmenden Verwischung der Grenzen zwischen bloßer Wohnraumüberlassung und traditioneller gewerblicher Beherbergung durch die sog »sharing economy«.<sup>1</sup> Der Begriff der »sharing economy« beschreibt Tätigkeiten, bei denen Wirtschaftsgüter sowohl rein privat als auch geschäftlich genutzt werden, wobei weder in zeitlicher noch in sachlicher Hinsicht eine klare Abgrenzung erfolgt. Über die letzten Jahre hat sich die sharing economy in verschiedensten Wirtschaftszweigen etabliert,<sup>2</sup>

darunter auch in der Beherbergung. Wegbereiter in diesem Bereich war der Vermittlungsdienstleister Airbnb, dessen Geschäftsmodell darin besteht, Vermieter und Mieter gegen die Leistung von Kommission zusammenzubringen.

Ursprünglich war Airbnb mit der Idee gegründet worden, Privatpersonen für kurze Zeit, zB während der Sommermonate, die Vermietung ihrer Wohnung auf unbürokratische und zeitsparende Weise zu ermöglichen.<sup>3</sup> Hinzu trat auch das Element der sozialen Interaktion, wonach Vermieter und Mieter sich nicht (ausschließlich) als Geschäftspartner gegenüberstehen, sondern sich im Sinne eines kulturellen Austausches auch näher kennenlernen sollten. Von diesen ursprünglichen Ideen hat sich die Airbnb-Vermietung inzwischen weitgehend entfernt.<sup>4</sup> Da sich durch Kurzzeitvermietungen über Airbnb höhere Mieterlöse als durch Langzeitvermietung erzielen lassen, besteht inzwischen ein starker monetärer Anreiz für Vermieter, Wohnungen bzw. Häuser das ganz Jahr über an stets wechselnde Personen zu vermieten.<sup>5</sup> Allein in Wien werden bereits rund 8000 teils zentrumsnahe Wohnungen über Plattformen wie Airbnb vermietet, was 0,8 Prozent des Wiener Gesamtbestandes an Wohnungen entspricht.<sup>6</sup> Bereits mehr als 70 Prozent der Angebote auf Airbnb in Wien sind ganze Wohnungen bzw. Häuser.<sup>7</sup> Diese Daten zeigen, dass das Konzept der sharing economy inzwischen in der Wohnraumüberlassung angekommen ist und Fragen aufwirft, welcher einer rechtlichen Auseinandersetzung bedürfen.

Die anfängliche rechtliche Behandlung von Vermietungen über Plattformen wie Airbnb führte dazu, dass Beherbergungen im luftleeren Raum zwischen bloßer Wohnraumüberlassung (welche aus dem Kompetenztatbestand »Gewerbewesen« des Art 10 Abs 1 Z 8 B-VG ausgenommen sind und damit nicht der GewO 1994 unterliegen<sup>8</sup>) und traditionellen Beherbergungsmodellen wie zB Hotels oder Herbergen (welche vom Kompetenztatbestand erfasst sind und in den §§ 111 Abs 1 Z 1, Abs 2 Z 2 bzw. Abs 2 Z 4 GewO 1994 reglementiert werden) schwebten. In der Praxis führte die privilegierte, weil weitgehend unregelte, Behandlung von Airbnb-Vermietungen gegenüber traditionellen gew. Beherbergungen zu Wettbewerbsverzerrungen, da an den Betrieb von Hotels und Herbergen ungleich strengere Auflagen

schrift machte jedoch eine Skalierung möglich, zB Anbieten im Internet (vgl dazu *Holzer*, Das Ende der gewerblichen Wohnraumvermietung in Wien?, WOBL 2020, 167 (167)).

3 Vgl *Cech*, Die Bauordnungsnovelle 2018, Immolex 2018, 350 (351).  
4 Vgl *Cech*, Immolex 2018, 350 (351).

5 Vgl *Trapichler*, Kurzzeitvermietung, Immolex 2018, 172 (172 f).

6 Vgl *Cech*, Kurzzeitvermietungen und Landesrecht, bbl 2020, 79 (79).

7 Vgl *Harasser*, Strengere Regeln für Airbnb & Co, ZLB 2018/38, 83 (83).

8 VfGH 23.6.1963, B 388/61, Slg 4227.

1 Vgl *Hochedlinger/German*, Alternative Beherbergungsbetriebe, ZLB 2019/3, 5 (5).

2 Anzumerken ist jedoch, dass die Idee, Wirtschaftsgüter gemeinschaftlich zu nützen, bereits wesentlich älter ist, zB in Form der sogenannten Allmende; erst technologischer Fort-

als an die bloße Überlassung von Wohnraum geknüpft sind. Das Fehlen strengerer Auflagen für Airbnb-Vermietungen begünstigte weiters Nutzungskonflikte mit im gleichen Gebäude wohnender Bevölkerung und warf baupolizeiliche Probleme auf, da die Sicherheit von Gästen nicht im gleichen Maße wie bei der traditionellen gew Beherbergung gewährleistet werden konnte.<sup>9</sup> Außerdem erzeugen Airbnb-Vermietungen Druck auf den in Ballungszentren ohnehin angespannten Wohnungsmarkt, da Wohnraum dem Markt für Hauptwohnsitze entzogen wird.

Um dieses wettbewerbsverzerrende Spannungsverhältnis zwischen traditioneller gew Beherbergung einerseits und modernen Formen der Kurzzeitvermietung andererseits zu lösen, wurden in den letzten Jahren strengere Rahmenbedingungen für Airbnb-Vermietungen und eine rechtliche Gleichstellung gefordert. Adressaten einer rechtlichen Einbettung von Airbnb-Vermietungen in das gewerberechtliche Korsett müssen dabei die Vermieter sein, da Vermittlungsplattformen wie Airbnb nach EuGH-Rechtsprechung als »Dienste der Informationsgesellschaft«<sup>10</sup> iSd EC-RL 2000/31 zu qualifizieren sind, welche nicht die gewerberechtlichen Vorschriften der von ihnen vermittelnden Dienstleistungen erfüllen müssen.<sup>11</sup> Anderes gilt nur, wenn der Vermittlungsdienst integraler Bestandteil dieser Dienstleistung ist, was in Bezug auf Airbnb vom EuGH verneint wurde.<sup>12</sup>

Die oben skizzierte Entwicklung von Airbnb-Vermietungen, welche zu den eben dargelegten Problemen führt, steckt das Feld der Gründe ab, warum Gesetzgebung und Rechtsprechung auf die neu geschaffene Realität der Airbnb-Vermietungen reagieren müssen. Dass sich der VfGH in VwGH 3. 3. 2020, Ro 2019/04/0019 nun mit der rechtlichen Einordnung von Airbnb-Vermietungen beschäftigen musste, überrascht daher nicht.

### III. Die kompetenzrechtliche Einordnung von Wohnraumüberlassungen

Die Rechtsordnung unterscheidet grundlegend zwischen der bloßen Überlassung von Räumen zum Gebrauch und

gew Beherbergung. Die rechtliche Kategorisierung ist insofern von zentraler Bedeutung, als daran verschiedene Rechtsfolgen anknüpfen.

Ausgangspunkt für die Einordnung ist der Kompetenztatbestand »Angelegenheiten des Gewerbes« in Art 10 Abs 1 Z 8 B-VG. Unterfällt die Überlassung von Wohnraum nicht diesem Tatbestand, so wird gem Art 15 Abs 1 B-VG eine Länderkompetenz begründet. Daraus folgt, dass der Normgeber die Überlassung von Wohnraum durch verschiedene Rechtsmaterien regelt: Während der Bundesgesetzgeber Wohnraumüberlassung innerhalb seiner Kompetenz vor allem durch die GewO 1994 regelt, normiert der Landesgesetzgeber durch das Raumordnungs-, Bauordnungs- und Abgabenrecht.

Bei der Prüfung, ob die Regelung von Wohnraumüberlassung Bundeskompetenz oder Residualkompetenzländer der Länder ist, ist auf den Begriff »Gewerbe« iSd Art 10 Abs 1 Z 8 B-VG abzustellen. Dieser ist zum 1.10.1925 zu versteinern, dh ihm jene Bedeutung zuzusinnen, die er im Versteinerungszeitpunkt hatte. In seiner Grundsatzentscheidung vom 23.6.1963<sup>13</sup> erkannte der VfGH, dass die bloße Raumvermietung kein Gewerbe iSd GewO ist. Diese Ansicht vertrat auch der Gesetzgeber, der ausdrücklich das Vermieten von Räumlichkeiten samt Inventar ohne damit in Zusammenhang stehender Dienstleistungen nicht der GewO 1994 unterstellte.<sup>14</sup> Weiters geht aus den Materialien hervor, dass Dauermietverhältnisse nicht der GewO 1994 unterliegen.<sup>15</sup> Bereits vor dem Versteinerungszeitpunkt finden sich jedoch Entscheidungen, die eine gewerbliche Tätigkeit bei Fehlen von Dienstleistungen bejahten, wenn die Umstände des Einzelfalls Gewerblichkeit nahelegten.<sup>16</sup> Die Tatsache, dass die Erbringung von Dienstleistungen kompetenzrechtlich keine *conditio sine qua non* für das Vorliegen von gew Beherbergung ist, wird im Lichte der neuen Abgrenzungsjudikatur zunehmend wichtiger, da sich diese zusehends vom Dienstleistungsbegriff als entscheidendem Merkmal der gew Beherbergung löst (siehe Abschnitt IV.).

Der Kompetenztatbestand Art 10 Abs 1 Z 8 B-VG einerseits und die Residualkompetenz der Länder gem Art 15 Abs 1 B-VG schlagen zwei Pflöcke ein, zwischen denen die Überlassung von Wohnraum verortet werden

9 Vgl *Stegmayer*, Raumordnung – Salzburgs neue Wege (Teil 2), bbl 2018, 125 (131).

10 EuGH 19.12.2019, C-390/18, *Airbnb Ireland*, ECLI:EU:C:2019:1112 Rz 101.

11 Vgl *Brenn*, Airbnb ist ein Dienst der Informationsgesellschaft, weshalb das HKL-Prinzip gilt, ÖJZ 2020/35 (EuGH), 284 (285).

12 Anders jedoch in Bezug auf einen anderen Vertreter der sharing economy: Uber, welcher vom EuGH nicht als »Dienst der Informationsgesellschaft« qualifiziert wurde (EuGH 20.12.2017, C-434/15, *Asociacion Profesional Elite Taxi*, ECLI:EU:C:2017:981 Rz 36 ff; EuGH 10.4.2018, C-320/16, *Uber France*, ECLI:EU:C:2018:221 Rz 22 ff).

13 VfGH 23.6.1963, B 388/61, Slg 4227; vgl auch weitere Entscheidungen zB VwGH 27.1.1987, 85/04/0163, ECLI:AT:VWGH:1987:1985040163. Xoo.

14 Vgl *Stolzlechner et al*, Kommentar Gewerbeordnung § 11 Rz 4.

15 Vgl ErläutRV 395 BlgNR 13. GP 213.

16 *Frey/Maresch*, Sammlungen von Gutachten und Entscheidungen Band IV (1905) Nr 6209; *dieselben*, Sammlungen von Gutachten und Entscheidungen Band V (1911) Nr 8534; *dieselben*, Sammlungen von Gutachten und Entscheidungen Band VI (1931) Nr 12.753 und Nr 12.756; vgl allgemein *Mosing*, Neue Formen der Selbstständigkeit inner- und außerhalb der GewO – Gig-Economy und Crowdwork jenseits des Arbeitsrechts, WBL 2019, 601 (601 ff).

kann. Es handelt sich daher bei der Judikatur zur Wohnraumüberlassung oft um Abgrenzungsfragen, welcher Rechtsmaterie eines Kompetenztatbestands ein Sachverhalt zuzuordnen ist. Darin ist auch die recht dogmatische Relevanz der Entscheidung in VwGH 3.3.2020, Ro 2019/04/0019 zu erblicken, die eine klarere Abgrenzung ermöglicht.

Abschließend ist noch anzumerken, dass die Überlassung von Wohnraum ausnahmsweise trotz Erbringung von Dienstleistungen oder Vorliegen sonstiger Merkmale nicht der GewO 1994 unterliegt. Dies ist der Fall bei der Privatzimmervermietung, welche gem Art III B-VG BGBl 1974/444 sowie § 2 Abs 1 Z 9 GewO 1994 von der GewO ausgenommen ist. Die Privatzimmervermietung ist an enge Voraussetzungen geknüpft und spielt in der Praxis bei modernen Formen der Kurzzeitvermietung nur eine untergeordnete Rolle.<sup>17</sup> Weiters knüpft die GewO 1994 an verschiedene Spielarten der gew Beherbergung verschiedene Rechtsfolgen. Grundtatbestand ist § 111 Abs 1 Z 1 GewO 1994, welcher normiert, dass die gew Beherbergung von Gästen einer Gewerbeberechtigung für das Gastgewerbe (§ 94 Z 26 GewO 1994) bedarf. § 111 Abs 2 Z 2 und 4 GewO 1994 privilegieren die gew Beherbergung in Schutzhütten (Z 2) und Frühstückspensionen (Z 4), wofür es keines Befähigungsnachweises bedarf.

Die in VwGH 3.3.2020, Ro 2019/04/0019 aufgeworfenen Abgrenzungsfragen sind daher untrennbar mit dem Kompetenzrecht verbunden, welches verschiedene Formen der Wohnraumüberlassung je nach Kompetenztatbestand dem Bundes- oder Landesgesetzgeber und damit unterschiedlichen Rechtsmaterien unterwirft. Der Fokus dieses Abschnitts lag auf der Herausarbeitung der rechtlichen Bedeutung der Abgrenzung verschiedener Formen der Wohnraumüberlassung. Darauf aufbauend geht der folgende Abschnitt auf die Detailfragen der Abgrenzung ein.

#### IV. Die Abgrenzungsproblematik iES

Historisch wurde die Grenze zwischen bloßer Wohnraumüberlassung und gew Beherbergung bei der Erbringung von Dienstleistungen gezogen: Erbrachte der Vermieter bei der Überlassung von Wohnraum damit üblicherweise in Zusammenhang stehende Dienstleistungen, so war dies als gew Beherbergung zu qualifizieren.<sup>18</sup> Die historische herausragende Stellung der Erbringung von Dienstleistungen wird deutlich in VwGH

9.11.1962 1613/61, worin sich der VwGH ausdrücklich nicht festlegte, ob andere Umstände als die Erbringung von Dienstleistungen überhaupt dazu führten könnten, dass eine bloße Überlassung von Wohnraum zum Gebrauch als gew Beherbergung zu qualifizieren ist. In der Entscheidung VwGH 29.11.1963, 1758/62 entwickelte der VwGH die Rechtsprechungslinie fort, indem er sich vom rigiden Abstellen auf das Dienstleistungskriterium löste und entschied, dass eine Betrachtung aller Umstände des Einzelfalles vorzunehmen sei. Der VwGH begründete diese Judikaturwende mit einem Strukturwandel des Beherbergungsmarktes: Waren früher Dienstleistungen im Beherbergungsgewerbe durch Dienstpersonal erbracht worden, so liege inzwischen ein Mangel an Personal vor. Daher wären Vermieter zusehends gezwungen, Gäste auch ohne Erbringung von Dienstleistungen zu beherbergen. Neben die Erbringung von Dienstleistungen traten also die »Umstände des Einzelfalles« als Kriterium zur Bestimmung, ob gew Beherbergung vorlag. Mit der Entscheidung VwGH 29.11.1963, 1758/62 leitete der VwGH also eine neue Systematik der Beurteilung, ob gew Beherbergung vorliegt, ein, die in den darauffolgenden Jahren konkretisiert werden sollte.

Der bis heutige gültige generelle Abgrenzungstest geht auf VwGH 3.5.1967, 1519/66 zurück. In dieser Entscheidung entwickelte der VwGH aufbauend auf der Abkehr von der Dienstleistungserbringung als entscheidendem Kriterium einen zweistufigen Test: Auf der ersten Ebene ist zu prüfen, ob »verbundene Dienstleistungen« bzw subsidiär »sonstige Merkmale« vorliegen. Auf der zweiten Ebene ist sohin zu prüfen, ob sich aus den Dienstleistungen bzw sonstigen Merkmalen eine »laufende Obsorge hinsichtlich der vermieteten Räume iSd daraus resultierenden Betreuung des Gastes ergibt«. Die in VwGH 3.5.1967, 1519/66 verwendeten Wortfolgen werden nach wie vor der Prüfung von Sachverhalten in der neueren Judikatur zugrunde gelegt.<sup>19</sup>

Der VwGH entschied sich daher auf der ersten Ebene für die Dienstleistungserbringung als *zentrales*, jedoch nicht als *ausschließliches* Kriterium. Erst wenn keine verbundenen Dienstleistungen vorliegen, sind die sonstigen Merkmale subsidiär zu prüfen. Diese Hierarchie ergibt sich aus der Wortfolge »fehlt es an verbundenen Dienstleistungen, dann muss [...] anhand der sonstigen Merkmale [...]«<sup>20</sup>. Der VwGH bestätigte diese Hierarchie zwischen Dienstleistungen und sonstigen Merkmalen in späteren Entscheidungen.<sup>21</sup> Grundlegend für die Begriffsbestimmung der »sonstigen Merkmale« ist VwGH 29.11.1963, 1758/62, wonach darunter der Gegenstand

17 Vgl dazu *Holzer*, Das Ende der gewerblichen Wohnraumvermietung in Wien? WOBL 2020, 167 für eine detaillierte Prüfung der Voraussetzungen.

18 VwGH 9.11.1962, 1613/61, ECLI:AT:VWGH:1962:1961001613.X01.

19 ZB VwGH 23.11.2010, 2009/06/0013, ECLI:AT:VWGH:2010:2009060013.X00.

20 VwGH 3.5.1967, 1519/66, ECLI:AT:VWGH:1967:1966001519.X00.

21 ZB VwGH 18.2.2009, 2005/04/0249, ECLI:AT:VWGH:2009:2005040249.X00.

des Vertrages, Dauer des Vertrages, Verabredungen zur Kündigung und Kündigungsfristen, Nebenverabredungen über Beistellung von Bettwäsche/Bettzeug und über Dienstleistungen wie Reinigung der Räume/Bettwäsche/Kleider/usw, Beheizung sowie die Art und Weise, in welcher sich der Betrieb nach außen darstellt, zu verstehen sind. Auch in jüngerer Zeit stützte sich der VwGH noch regelmäßig auf dieselbe Wortfolge, um den Kreis der sonstigen Merkmale zu definieren.<sup>22</sup>

Auf der zweiten Ebene stellte der VwGH in der Grundsatzentscheidung VwGH 3.5.1967, 1519/66 darauf ab, dass sich aus den Dienstleistungen bzw sonstigen Merkmalen der ersten Ebene eine Obsorge hinsichtlich der vermieteten Räume iSe daraus resultierenden Betreuung des Gastes ergibt. Das bedeutet, dass nicht jede iZm einer Überlassung von Wohnraum erbrachte Dienstleistung zu einer gew Beherbergung führt. Die Dienstleistung muss darüber hinaus geeignet sein, in einer Betreuung des Gastes resultieren. Dienstleistungen, die der Vermieter auch bei Nichtvermietung hinsichtlich der Räume erbringen würde (1) oder solche, an denen der Gast kein Interesse iEs hat (2), führen daher zu keiner gew Beherbergung. Zu (1) sind beispielsweise zu zählen das Austauschen von Glühbirnen und die Vornahme allfälliger Reparaturen bzw. Maßnahmen der Instandhaltung im Allgemeinen.<sup>23</sup> Diese liegen vordergründig im Interesse des Vermieters und sind nicht an die Beherbergung von Gästen geknüpft. MaW selbst wenn ein Vermieter niemals Gäste beherbergen würde, müsste er diese Leistungen erbringen, um den Wohnraum benutzbar zu halten. Bei (2) ist vor allem darauf abzustellen, ob verbundene Dienstleistungen bzw sonstige Merkmale während der Überlassung oder außerhalb dieses Zeitraums erbracht werden. Dienstleistungen außerhalb dieses Zeitraums führen zu keiner gew Beherbergung, selbst wenn sie durch die Gäste bedingt sind. Ein prominentes Beispiel ist die Reinigung der überlassenen Räume: Geschieht dies während der Wohnraumüberlassung, so liegt gew Beherbergung vor; wird eine Endreinigung erbracht, so ist von keiner gew Beherbergung auszugehen.<sup>24</sup> Eine Endreinigung liegt nämlich nicht im Interesse der abreisenden Gäste, gleichwohl sie durch die Beherbergung der Gäste bedingt ist. Zentrales Abgrenzungsmerkmal auf der zweiten Ebene ist also, dass die verbundenen Dienstleistungen bzw sonstigen Merkmale auf eine Betreuung der Gäste gerichtet sind.

Der VwGH bestätigte den Test in VwGH 3.5.1967, 1519/66 in zahlreichen Entscheidungen in den Folgejahren.<sup>25</sup> Insbesondere jedoch in den letzten Jahrzehnten erfuhr der bis heute gültige Test einige Konkretisierungen, um ihn an veränderte wirtschaftliche Rahmenbedingungen – nicht zuletzt an Airbnb in VwGH 3.3.2020, Ro 2019/04/0019 – anzupassen. Heute noch von zentraler Bedeutung ist die Qualifikation der Intensität, mit der verbundene Dienstleistungen (erste Ebene) einerseits und die laufende Obsorge (zweite Ebene) andererseits zu erfolgen haben. Der VwGH erachtete in VwGH 23.6.2010, 2008/06/0200 »bereits ein geringes Ausmaß an für die Beherbergung typischen Dienstleistungen«<sup>26</sup> als ausreichend.<sup>27</sup> Dies impliziert, dass die Intensitätsschwelle, die von verbundenen Dienstleistungen überschritten werden muss, damit gew Beherbergung vorliegt, wohl inzwischen niedriger anzusetzen ist, als dies noch nach der oben diskutierten Judikatur der 1960er-Jahre der Fall war. Das leuchtet ein, zeichnen sich doch moderne Formen der Kurzzeitvermietung wie zB Airbnb durch eine Reduktion der verbundenen Dienstleistungen durch den Vermieter aus. Hinsichtlich der erforderlichen Intensität für die »laufende Obsorge« hat der VwGH in VwGH 15.9.1992, 91/04/0041 entschieden, dass diese auch in »beschränkter Form«<sup>28</sup> erfolgen kann. Auch bei diesem Kriterium wird daher inzwischen auf einen niedrigeren Standard abzustellen sein. Im Ergebnis bewirken die niedrigeren Intensitätsschwellen eine Ausweitung der gew Beherbergung.

Durch zahlreiche Entscheidungen des VwGH zur Abgrenzungsproblematik ist zum Test der Grundsatzentscheidung VwGH 3.5.1967, 1519/66 eine kasuistische Judikatur hinzugetreten. Diese ermöglicht eine Kategorisierung häufig auftretender Sachverhalte, ohne jedes Mal eine neue Abgrenzungsentscheidung vornehmen zu müssen. Von großer Praxisrelevanz ist die rechtliche Einordnung der Überlassung von Bettwäsche. In VwGH 27.1.1987, 85/04/0163 entschied der VwGH, dass die fallweise Bereitstellung von Bettwäsche alleine noch keine gew Beherbergung konstituiert, sondern als Sachmiete zu qualifizieren ist.<sup>29</sup> Diese Ansicht stützt sich auch auf die Materialien zur GewO 1994, wonach die Überlassung von Inventar (dabei handelt es sich bei Bettwäsche)

22 ZB VwGH 11.1.2012, 2010/06/0082, ECLI:AT:VWGH:2012:2010060082.Xoo.

23 VwGH 24.6.1983, 82/04/0056, ECLI:AT:VWGH:1983:1982040056.Xoo.

24 VwGH 18.5.2016, 2013/17/0609, ECLI:AT:VWGH:2016:2013170609.Xoo; kritisch jedoch VwGH 11.1.2012, 2010/06/0082, ECLI:AT:VWGH:2012:2010060082.Xoo, wonach auch die Endreinigung in Ausnahmefällen für eine gew Beherbergung sprechen kann.

25 ZB VwGH 8.11.1967, 0073/67, ECLI:AT:VWGH:1967:1967000073.Xoo; VwGH 23.10.1974, 0979/74, ECLI:AT:VWGH:1974:1974000979.Xoo.

26 VwGH 23.6.2010, 2008/06/0200, ECLI:AT:VWGH:2010:2008060200.Xoo.

27 Der VwGH bestätigte dies in der parallel ergangenen Entscheidung VwGH 23.11.2010, 2009/06/0013, ECLI:AT:VWGH:2010:2009060013.Xoo.

28 VwGH 15.9.1992, 91/04/0041, ECLI:AT:VWGH:1992:1991040041.Xoo.

29 Vgl auch bestätigend VwGH 18.5.2016, 2013/17/0609, ECLI:AT:VWGH:2016:2013170609.Xoo.

ohne damit in Zusammenhang stehende Dienstleistungen nicht als gew Beherbergung zu qualifizieren ist.<sup>30</sup> In VwGH 12.7.2012, 2011/06/0059 ging der VwGH darüber hinaus und qualifizierte sogar das Wechseln (im Gegensatz zur bloßen Überlassung) von Bettwäsche als keine Dienstleistung, die eine gew Beherbergung konstituiert. Es ist jedoch anzumerken, dass dieser Entscheidung ein spezieller Sachverhalt zugrunde lag und die ratio decidendi wohl nicht verallgemeinerungsfähig ist.<sup>31</sup> Zur Reinigung vgl bereits oben, wonach nur die Endreinigung keine verbundene Dienstleistung ist.<sup>32</sup> Werden Dienstleistungen für Gäste durch Dritte erbracht, so weist dies auf das Vorliegen einer gew Beherbergung hin, zB wenn ein Mädchen für Reinigungsarbeiten beschäftigt wird.<sup>33</sup> Ein eingeschränkter Kundenkreis indiziert, dass keine gew Beherbergung vorliegt.<sup>34</sup> Umfangreiche demonstrative Aufzählungen, welche Umstände als »sonstige Merkmale« zu qualifizieren sind, finden sich aufbauend auf VwGH 29.11.1963, 1758/62 in VwGH 15.9.1992, 91/04/0041 und VwGH 11.1.2012, 2010/06/0082: Sonstige Merkmale sind das Vorliegen mehrerer Schlafplätze innerhalb einer nicht abgetrennten Wohneinheit (Matratzenlager<sup>35</sup>), Abschluss bzw. Bezahlung von Versicherungen und Betriebskosten durch den Vermieter, Nichtvorliegen schriftlicher Mietverträge, Hinweis auf der Homepage des Vermieters auf Stornobedingungen (und nicht etwas Kündigungsbedingungen), ein kurzer Mietzeitraum<sup>36</sup>, hohe Gästefluktuations, die Bereitstellung eines Erlebnisprogramms und Sauna<sup>37</sup>, Anzeigen der Preisgestaltung auf der Homepage des Vermieters sowie die Werbung im Internet auf Seiten, welche mit Urlaub in Zusammenhang gebracht werden. Weiters spricht auch das Anbieten auf einschlägigen Internetplattformen wie Airbnb im Rahmen der Außendarstellung für eine gew Beherbergung.<sup>38</sup> Werden den Gästen »unübliche

Nutzungsrechte« eingeräumt (zB erweiterte Verfügungsrechte über die überlassene Wohnung), so spricht dies gegen eine gew Beherbergung.<sup>39</sup> Die durch die rege Rechtsprechungstätigkeit des VwGH in Abgrenzungsfragen entstandene Kasuistik soll jedoch nicht als eine Abkehr von den Grundsätzen in VwGH 3.5.1967, 1519/66 verstanden werden. Vielmehr ergänzt sie den abstrakten Test durch konkrete Einzelfallentscheidungen und hilft dadurch, die Konturen der Abgrenzung zu schärfen.

## V. Sachverhalt und Entscheidungsgründe in VwGH 3.3.2020, Ro 2019/04/0019

Dem Revisionswerber wurde mit Straferkenntnis der BH Lienz vorgeworfen, er habe durch die Beherbergung von Gästen in insgesamt drei Wohnungen, ohne im Besitz einer Gewerbeberechtigung zu sein, § 366 Abs 1 Z 1 iVm § 94 Z 26 GewO 1994 verletzt. Die BH Lienz verhängte eine Geldstrafe idHv EUR 1.000,- welche vom LVwG Tirol nach Beschwerde auf EUR 360,- herabgesetzt wurde. Das LVwG Tirol wies das Vorbringen des Revisionswerbers in der Beschwerde, dass die Vermietung nicht der GewO 1994 unterliege, jedoch als unbegründet ab. Da Rechtsprechung zur Einordnung von Vermietungen über Internetplattformen fehlt, wurde die ordentliche Revision als zulässig erklärt.

Es wurde festgestellt, dass der Revisionswerber die drei Wohnungen tage- bzw wochenweise zu touristischen Zwecken vermietet hatte. Die Wohnungen wurden auf »www.airbnb.de« mit der Überschrift »Viel Platz für die Familie auch im Urlaub« angeboten. Der Revisionswerber überließ den Gästen auch Inventar, ua Küche samt Küchengeräten und ein TV-Gerät. Shampoo und Waschmittel wurden zur Verfügung gestellt. Die Schwester des Revisionswerbers war als Kontaktperson vor Ort. Der Revisionswerber besorgte die Instandhaltung. Die Gäste mussten einen Pauschalpreis bezahlen und hatten die Möglichkeit, jederzeit (zahlungspflichtig) zu stornieren. Reinigungsleistungen wurden nur bevor (nachdem) die Gäste angereist (abgereist) waren erbracht.

Der VwGH wies die Revision ab, da die gegenständliche Vermietung der drei Wohnungen eine gew Beherbergung iSd § 111 Abs 2 Z 4 GewO 1994 darstellte. Der VwGH führte allgemein dazu aus, dass nach stRsp eine gew Beherbergung dann vorliegt, wenn zur Überlassung von Wohnraum damit üblicherweise in Zusammenhang stehende Dienstleistungen hinzutreten. Dabei sind be-

30 Vgl *Stolzlechner et al*, Kommentar Gewerbeordnung § 111 Rz 4.  
 31 Die Überlassung von Wohnraum erfolgte ausschließlich an Familienmitglieder und gute Bekannte; weiters lagen auch keine sonstigen Merkmale vor, die eine gew Beherbergung indizierten.  
 32 VwGH 18.5.2016, 2013/17/0609, ECLI:AT:VWGH:2016:2013170609.Xoo.  
 33 VwGH 20.10.1992, 91/04/0216, ECLI:AT:VWGH:1992:1991040216.Xoo.  
 34 VwGH 12.7.2012, 2011/06/0059, ECLI:AT:VWGH:2012:2011060059.Xoo.  
 35 Zur Einordnung von Matratzenlagern, Massenquartieren und privaten Asylquartieren vgl VwGH 8.11.1967, 0073/67, ECLI:AT:VWGH:1967:1967000073.Xoo; VwGH 18.2.2009, 2005/04/0249, ECLI:AT:VWGH:2009:2005040249.Xoo; VwGH 15.9.1992, 91/04/0041, ECLI:AT:VWGH:1992:1991040041.Xoo.  
 36 Vgl VwGH 18.5.2016, 2013/17/0609, ECLI:AT:VWGH:2016:2013170609.Xoo, wonach eine Verweildauer von mehr als drei Monaten gegen das Vorliegen eines Beherbergungsbetriebs spricht.  
 37 VwGH 11.1.2012, 2010/06/0082, ECLI:AT:VWGH:2012:2010060082.Xoo.  
 38 VwGH 27.2.2019, Ra 2018/04/0144, ECLI:AT:VWGH:2019:RA2018040144.Loo Rz 8; VwGH 3.3.2020, Ro 2019/04/0019, ECLI:AT:VWGH:2020:RO2019040019.Joo Rz 42.

39 VwGH 23.11.2010, 2009/06/0013, ECLI:AT:VWGH:2010:2009060013.Xoo; VwGH 27.4.2011, 2009/06/0009, ECLI:AT:VWGH:2011:2009060009.Xoo.

reits Dienstleistungen in nur geringem Ausmaß ausreichend. Mangelt es an solchen Dienstleistungen, so muss die Frage, ob eine gew Beherbergung vorliegt, anhand der sonstigen Merkmale der zu prüfenden Tätigkeit unter Bedachtnahme auf alle Umstände des Einzelfalles beantwortet werden. Zu den »sonstigen Merkmalen« zählen der Gegenstand des Vertrages, die Vertragsdauer, Vereinbarungen über Kündigung und Kündigungsfristen, Nebenvereinbarungen über die Bereitstellung von Bettwäsche und über Dienstleistungen wie etwa die Reinigung der Räume, der Bettwäsche oder der Kleider des Mieters und auf welche Art und Weise der Betrieb sich nach außen darstellt. Aus dem Zusammenwirken der Umstände muss sich eine laufende Obsorge hinsichtlich der vermieteten Räume iSe daraus resultierenden Betreuung des Gastes ergeben.

Der VwGH führte weiters aus, dass Gäste bei Anmietung einer Wohnung über Airbnb, Dienstleistungen (wenn überhaupt) nur in geringem Ausmaß erwarten würden. Weiters sind die Verwaltungstätigkeiten, die Airbnb übernimmt, dem Revisionswerber als Gastgeber zuzurechnen. Allerdings liefert dies allein noch keinen Aufschluss über das Vorliegen einer gew Beherbergung. Der VwGH betonte, dass iSe Gesamtbetrachtung auf alle Umstände des Einzelfalles Rücksicht zu nehmen und nicht nur auf die Erbringung von Dienstleistungen abzustellen sei.

Die Relevanz der Entscheidung VwGH 3.3.2020, Ro 2019/04/0019 kann in zwei Punkten erblickt werden. Erstens bestätigte der VwGH den Test in VwGH 3.5.1967, 1519/66 und damit die ständige Rechtsprechung. Dabei betonte er besonders, dass eine Gesamtbetrachtung der konkreten Umstände des Einzelfalles notwendig ist. Damit folgte der VwGH der Entwicklung der letzten Jahrzehnte, sich vom historischen Kriterium der Dienstleistungserbringung zu lösen und den »sonstigen Merkmalen« einen höheren Stellenwert einzuräumen. Während in VwGH 3.3.2020, Ro 2019/04/0019 zwar an der grundsätzlichen Subsidiarität der sonstigen Merkmale gegenüber den verbundenen Dienstleistungen festhielt, betonte der Gerichtshof, dass selbst bei Vorliegen von verbundenen Dienstleistungen auch sonstige Merkmale zur Beurteilung des konkreten Falles herangezogen werden dürfen. Diese Ansicht könnte das Ende des Vorrangs der verbundenen Dienstleistungen vor den sonstigen Merkmalen einleiten. Zweitens ist die Entscheidung VwGH 3.3.2020, Ro 2019/04/0019 relevant, da sie Kurzzeitvermietungen über Internetplattformen erstmals umfassend gewerberechtlich einordnet.<sup>40</sup> Sie entwickelt daher die Rechtsprechung zur Abgrenzungsproblematik

fort und passt sie neuen wirtschaftlichen Gegebenheiten an. Vor allem aber schafft sie Rechtsicherheit für zahlreiche Airbnb-Vermieter, unter welchem Umständen Kurzzeitvermietungen über Airbnb als gew Beherbergungen iSd GewO 1994 zu qualifizieren sind.

## VI. Fazit

Neue wirtschaftliche Gegebenheiten verlangen oft nach einer Fortentwicklung der bestehenden Rechtsprechung. Im Falle von Vermietungen über Airbnb ist der VwGH diesem Anspruch in VwGH 3.3.2020, Ro 2019/04/0019 nachgekommen. Der VwGH bestätigte den in der stRsp etablierten Test zur Abgrenzung zwischen bloßer Wohnraumüberlassung und gew Beherbergung. Bemerkenswert ist jedoch die Betonung der Rolle der »sonstigen Merkmale« iZm der anzustellenden Gesamtbetrachtung. Dies bestätigt den Trend in der VwGH-Judikatur der vergangenen Jahrzehnte, wonach die Bedeutung der Dienstleistungserbringung als Kriterium zur Abgrenzung abnimmt. VwGH 3.3.2020, Ro 2019/04/0019 schafft außerdem Rechtssicherheit für Airbnb-Vermieter. In der Praxis wird die Vermietung über Airbnb wohl nur in Ausnahmefällen nicht als gew Beherbergung zu qualifizieren sein. Der Anwendungsbereich der GewO 1994 ist damit eröffnet.<sup>41</sup> Gem § 111 Abs 1 Z 1 iVm § 94 Z 26 GewO ist die gew Beherbergung ein reglementiertes Gewerbe. Daher ist für die Gewerbeberechtigung ein Befähigungsnachweis gem § 5 Abs 2 GewO 1994 zu erbringen. Keines Befähigungsnachweises bedürfen die gew Beherbergung im Rahmen einer Schutzhütte oder Frühstückspension (§ 111 Abs 2 Z 2 bzw Z 4 GewO). Vor allem unter letzte Bestimmung dürften einige Airbnb-Vermietungen fallen. Die Bedeutung der Entscheidung ist also in der rechtsdogmatischen Fortentwicklung der Abgrenzungsproblematik zwischen bloßer Wohnraumüberlassung und gew Beherbergung sowie in der erhöhten Rechtssicherheit für Airbnb-Vermieter zu erblicken.

### Korrespondenz:

Gabriel Kaufmann, BA,  
Studentischer Mitarbeiter,  
Institut für Öffentliches Recht,  
Staats- und Verwaltungslehre,  
Leopold-Franzens-Universität Innsbruck,  
Mail: gabriel.kaufmann@uibk.ac.at

<sup>40</sup> Zuvor hatte sich der VwGH mit dieser Thematik nur Überblicksweise in VwGH 27.2.2019, Ra 2018/04/0144, ECLI:AT:VWGH:2019:RA2018040144.Loo befasst.

<sup>41</sup> Zur Ausnahme der Privatzimmervermietung, die nicht der GewO 1994 unterfällt, siehe bereits Abschnitt III.