

Flexibles Wohnen und Airbnb

Multilokalität

Kurzzeitvermietung

Wohnraumvermietung über
Online-Plattformen

Forum Immobilientreuhänder

Zur Fortsetzung des Mietverhältnisses nach
dem Tod des Wohnungsmieters

Forum Immobilienbesteuerung

Hauptwohnsitzbefreiung bei Mietkaufmodellen

§§ 1, 11, 30
MRG;
§§ 1096, 1098
ABGB;
§ 16 WEG;
§§ 94, 111
GewO;
§ 11 WTFG;
MeldeG;
BO für Wien

Kurzzeit-
vermietung;
Tourismus;
Airbnb;
Widmung;
Beherbergung;
Gastgewerbe

Kurzzeitvermietung *Die Vermietung von Wohnungen an Touristen ist ein stark wachsender Markt.¹⁾ Die rechtliche Einordnung solcher Kurzzeitverträge hängt vom konkreten Einzelfall ab. Anhand dreier Fallbeispiele wird die Rechtslage der touristischen Kurzzeitvermietung in den Rechtsmaterien des Miet-, Wohnungseigentums- und des Gewerberechts beleuchtet.*

MARTIN TRAPICHLER

A. Einleitung

Die Vermietung von Privatwohnungen an Touristen ist für Vermieter deshalb so attraktiv, weil die Mieterlöse idR höher als bei herkömmlicher Langzeitvermietung sind. Die damit im Zusammenhang stehenden Rechtsfragen sind vielfältig und stellen sich insb im Mietrecht, im Wohnungseigentumsrecht und im Gewerberecht. Anhand der nachfolgenden drei Fallkonstellationen soll die Rechtslage dargestellt werden.

Fallbeispiel 1: Der Gelegenheitsanbieter

Ein Mieter einer Wohnung macht Urlaub und vermietet während seiner einwöchigen Abwesenheit seine Wohnung an einen Touristen. Der Tourist muss beim Verlassen der Wohnung aufräumen und putzen.

Mag. *Martin Trapichler* ist Rechtsanwalt in Wien.

1) https://www.tuwien.ac.at/aktuelles/news_detail/article/125312/ abgefragt am 10. 4. 2018).

Fallbeispiel 2: Der renditebewusste Vorsorgewohnungseigentümer

Der Eigentümer einer „Vorsorgewohnung“ vermietet ausschließlich kurzzeitig an Touristen. Er bietet eine voll ausgestattete Wohnung inkl Geschirr, Badeutensilien und frischer Bettwäsche und übernimmt auch die Endreinigung. Der Tourist muss sich um nichts kümmern.

Fallbeispiel 3: Der Zinshauseigentümer

Der Eigentümer eines Zinshauses in guter Lage saniert sukzessive frei werdende Wohnungen und vermietet sie kurzzeitig an Touristen, wobei auch er Vollaussstattung und Endreinigung anbietet. Er baut außerdem noch einen Raum im Keller zu einem Fitnessraum mit Trainingsgeräten um, den die Touristen nutzen können.

In allen drei Fällen zahlen die Kurzzeitmieter einen Pauschalpreis, in dem auch Strom, Warm- und Kaltwasser sowie WLAN inkludiert sind.

B. Mietrecht

1. Allgemeines

Kurzzeit(unter)mietverträge an Touristen unterliegen nicht dem MRG (Vollausnahme gem § 1 Abs 2 Z 4 MRG bzw im Fall eines Beherbergungsbetriebs gem § 1 Abs 2 Z 1 MRG).

Ist der Vermieter selbst Mieter, ist die entgeltliche Nutzungsüberlassung einer gemieteten Wohnung für einen bestimmten Zeitraum an einen Dritten Untervermietung. Ein generelles Untervermietverbot sieht weder das ABGB noch das MRG vor. Üblicherweise enthält ein Mietvertrag aber ein umfassendes Gebrauchsüberlassungsverbot, das ein Untervermietverbot einschließt. Aufgrund der Zerklüftung des österreichischen Mietrechts hängen Zulässigkeit und Rechtsfolgen von Untervermietung bzw Nutzungsweitergabe davon ab, welches Rechtsregime – ABGB oder MRG – anwendbar ist.²⁾

2. Untervermietverbot

Auf ein Untervermietverbot kann sich der Vermieter im Vollenwendungsbereich des MRG³⁾ nur berufen, wenn ein wichtiger Grund gegen die Untervermietung vorliegt. Das Gesetz nennt beispielhaft vier wichtige Gründe:

- wenn der Mietgegenstand zur Gänze untervermietet werden soll (Z 1),
- wenn der in Aussicht genommene Untermietzins eine im Vergleich zu dem vom Untervermieter zu entrichtenden Mietzins und etwaigen sonstigen Leistungen des Untervermieters unverhältnismäßig hohe Gegenleistung darstellt (Z 2),
- wenn die Anzahl der Bewohner die Anzahl der Wohnräume übersteigt (Z 3),
- wenn mit Grund zu besorgen ist, dass der Untermieter den Hausfrieden stören wird (Z 4).

Zwar ist dem Wortlaut der Z 1 keine Frist zu entnehmen, ab deren Verstreichen eine gänzliche Untervermietung erst unzulässig sein soll. Zweck der Bestimmung⁴⁾ ist aber, dem Hauptmieter die Unterver-

mietung grundsätzlich zu gewähren, Missbrauch und Interessenbeeinträchtigung des Vermieters hingegen vorzubeugen.⁵⁾ Missbrauch oder Interessenbeeinträchtigung liegt aber nicht vor, wenn der Hauptmieter die Wohnung zwar zur Gänze untervermietet, aber nur für einen vorübergehenden, absehbaren, urlaubs- oder berufsbedingten Zeitraum, um anschließend wieder in seine Wohnung zurückzukehren.

Dasselbe gilt auch für den vom Untervermieter vereinnahmten Mietzins. Der OGH hat bereits in der E 6 Ob 149/71 zum (heutigen) § 30 Abs 2 Z 4 Fall 2 MRG ausgesprochen, dass von einer Verwertung des Mietrechts gar nicht gesprochen werden kann, wenn der Untermieter zwar einen unverhältnismäßig hohen Untermietzins bezahlen muss, das Untermietverhältnis aber nur für kurze Zeit beabsichtigt war und tatsächlich auch nur kurze Zeit gedauert hat. Der Begriff des Verwertens enthält als notwendiges Tatbestandsmerkmal eine längere Dauer der Entgegennahme der unverhältnismäßig hohen Gegenleistung. Bei vorübergehender und kurzfristiger Untervermietung gehe es daher nicht an, den für die kurze Zeitspanne der Untervermietung dem Hauseigentümer bezahlten Zins dem Untermietzins gegenüberzustellen. Das Gesetz wolle bloß verhindern, dass die Wohnung für den Hauptmieter zu einer Erwerbsquelle wird, was man von einer von Anfang an nur auf kurze Zeit beabsichtigten Untervermietung nicht sagen kann.⁶⁾

Nichts anderes kann aber aufgrund der Wertungsgleichheit für § 11 Z 1 MRG gelten. Die Untervermietung der ganzen Wohnung, wenn dies – wie im Fallbeispiel 1 – nur für eine Woche während des eigenen Urlaubs erfolgt, wäre im Bereich des Vollenwendungsbereichs des MRG daher trotz eines vertraglich vereinbarten umfassenden Gebrauchsüberlassungsverbots dennoch gem § 11 MRG zulässig. Ab welcher Zeitspanne Missbrauch vorliegt, wird in jedem Einzelfall zu beurteilen sein. Wenn die Voraussetzungen einer Kündigung aus wichtigem Grund gem § 30 Abs 2 Z 4 MRG vorliegen,⁷⁾ wird gleichzeitig wohl auch ein wichtiger Grund gem § 11 Z 1 bzw 2 MRG vorliegen. Fälle, in denen im Bereich des Vollenwendungsbereichs des MRG ein durchsetzbarer Verstoß gegen ein Untervermietverbot und nicht gleichzeitig auch ein Kündigungsgrund vorliegt, werden eher dünn gesät sein.

2) Zur Anwendbarkeit des MRG (Teil- sowie Vollenwendungsbereich) s *Würth/Zingher/Kovanyi*, Miet- und Wohnrecht I²³ § 1 MRG; *Hausmann in Hausmann/Vonkilch* (Hrsg), Österreichisches Wohnrecht MRG⁴ § 1 MRG.

3) § 11 MRG gilt grds nur im Vollenwendungsbereich des MRG. Zu weiteren Einschränkungen des Anwendungsbereichs des § 11 MRG s *Vonkilch in Hausmann/Vonkilch* (Hrsg), aaO § 11 Rz 2.

4) Seit Einführung als § 18 a zum MG durch BGBl 1967/281, der seinerseits auf § 3 Verordnung zur Ausführung der Verordnung über Kündigungsschutz für Miet- und Pachträume in der Ostmark v 5. 9. 1939 DRGBl I S 1671 beruht, unverändert.

5) Siehe dazu ErläutRV 500 BlgNR 11. GP 16.

6) 6 Ob 149/71 MietSlg 23.391; 5 Ob 616/78 ImmZ 1979, 119.

7) Ausführlich dazu *Hausmann in Hausmann/Vonkilch* (Hrsg), aaO § 30 Rz 34 bis 46.

Im Bereich des ABGB und im Teilanwendungsbereich des MRG⁸⁾ ist ein vertraglich vereinbartes Untervermietverbot ohne Weiteres wirksam.

Ohne ein vertraglich vereinbartes Untervermietverbot – was in der Praxis so gut wie nicht vorkommt – ist die Rechtslage im Bereich des ABGB und des Teilanwendungsbereichs des MRG im Ergebnis ähnlich wie im Bereich des § 11 MRG zu beurteilen, da die Untervermietung gem § 1098 ABGB nur zulässig ist, sofern die Interessen des Vermieters dadurch nicht nachteilig beeinträchtigt werden.⁹⁾

Ein vertraglich vereinbartes Untervermietverbot, auf das sich der Vermieter wirksam berufen kann, kann der Vermieter durch Unterlassungsklage durchsetzen.¹⁰⁾ Der Vermieter kann uU auch den Gewinn des Mieters aus der Untervermietung abschöpfen.¹¹⁾

3. Kündigung

Die in § 11 MRG genannten wichtigen Gründe korrelieren (größtenteils) mit den Kündigungsgründen des § 30 Abs 2 Z 4 Fall 1 und 2, Z 6 bzw Z 3 MRG und der Rechtsprechung zu diesen Kündigungsgründen. Die Kündigungstatbestände des § 30 Abs 2 Z 4 MRG wurden bereits kurz erwähnt. Bei einer kurzfristigen (aber auch längerfristigen)¹²⁾ Untervermietung während des eigenen Urlaubs oder während einer berufsbedingten Abwesenheit, sofern nur die Rückkehrprognose und der Bedarf des Hauptmieters nachweisbar sind, ist der Kündigungstatbestand der Weitergabe (§ 30 Abs 2 Z 4 Fall 1 MRG) nicht erfüllt.¹³⁾ Erfolgt die Untervermietung in solchen Fällen jedoch länger (zB bei einem langen berufsbedingten Auslandsaufenthalt) oder immer wieder oder auch regelmäßig während eigener Anwesenheit (zB nur die Untervermietung eines Zimmers oÄ) zu einem unverhältnismäßig hohen Entgelt, rückt der Kündigungstatbestand des § 30 Abs 2 Z 4 Fall 2 MRG in den Fokus.¹⁴⁾ In diesem Fall wäre zu einer verhältnismäßigen Untermietzinshöhe zu raten. Die Unverhältnismäßigkeitsgrenze liegt nach der Rsp in etwa zwischen 170% und 180% der Leistung des Hauptmieters.¹⁵⁾

4. Umwandlung in ein Apartmenthaus zu dulden?

Im oben genannten Fallbeispiel 3 ändert der Eigentümer eines Zinshauses sukzessive das Vermietungskonzept von Langzeit- auf touristische Kurzzeitvermietung. Das stellt für bestehende Mieter eine wesentliche Änderung dar: „Ihr“ Wohnhaus verwandelt sich in ein hotelähnliches Gebäude, in dem täglich andere Menschen ein und aus gehen, des Nachts vermehrt Kofferrollen und Gerede im Hausflur zu hören ist, dort uU geraucht wird und sich womöglich Sachbeschädigungen häufen. Muss ein bestehender Langzeitmieter eine solche Umstellung dulden?

Nach § 1098 ABGB ist der Mieter berechtigt, den Mietgegenstand so zu gebrauchen, wie es dem Vertrag entspricht. Nach § 1096 ABGB ist der Vermieter verpflichtet, dem Mieter den bedungenen Gebrauch zu ermöglichen. Allein die Dauer der Mietverträge über andere Wohnungen beeinträchtigt noch nicht die vertragsgemäße Nutzung der vom Langzeitmieter gemieteten Wohnung. Sofern der Mieter in der Nut-

zung gestört wird, zB durch Lärm oder Geruchsbelästigung, hat dieser hingegen sehr wohl das Recht, vom Vermieter (wirksame) Abhilfe zu verlangen, und muss nur einen um das Ausmaß der Beeinträchtigung geminderten Mietzins bezahlen.

C. Wohnungseigentumsrecht

1. Allgemeines

Zentrale Norm im Wohnungseigentumsrecht, die sich mit der Nutzung des WE-Objekts befasst, ist § 16 WEG: Die Nutzung des WE-Objekts kommt dem WEer zu; er darf sein WE-Objekt auch vermieten. Die unspezifische Widmung als Wohnung hat bei den hier behandelten Kurzzeitmietverträgen in der Vergangenheit zu Kontroversen geführt.¹⁶⁾

2. Genehmigungspflichtige Widmungsänderung

Die jüngeren Entscheidungen zu dieser Frage sehen in der Kurzzeitvermietung (für eine Dauer von zwei bis zu 30 Tagen)¹⁷⁾ eines wohnungseigentumsvertragsrechtlich unspezifisch als „Wohnung“ gewidmeten WE-Objekts an Touristen eine gem § 16 Abs 2 WEG genehmigungspflichtige Widmungsänderung.¹⁸⁾

Tatsächlich – und das ist Ansatzpunkt der Kritik an den Entscheidungen – dient die kurzfristig an Touristen vermietete Wohnung den Nutzern aber zu Wohnzwecken. Dass die Vermietung für den Vermieter immer ein Geschäft ist, egal ob Kurz- oder Langzeitvermietung, ob Wohnung oder Geschäftslokal, ist unbestritten, aber für die Frage der Widmung oder Widmungsänderung eines Objekts nicht relevant. Die Frage der Widmung betrifft nicht die Vermietungsdauer, sondern die Nutzungsart des Objekts bzw den Zweck, zu welchem das Objekt dem konkreten Nutzer dient, und ob die Nutzungsart von der vereinbarten Widmung gedeckt ist. Das ist eine Frage der Auslegung des Begriffs „Wohnung“, da in den meisten WE-Verträgen – davon ist auszugehen – der Begriff der „Wohnung“ für die Widmung verwendet wird. Die Auslegungsmethode bei einem WE-Vertrag unterscheidet sich von jener eines synal-

8) Eine analoge Anwendung des § 11 MRG wäre im Teilanwendungsbereich des MRG aufgrund der Korrelation zu den Kündigungsgründen gem § 30 MRG und des mE hier nicht bestehenden Wertungsunterschieds anzudenken, bedürfte aber einer eingehenden Untersuchung.

9) *Pesek in Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁴ § 1098 ABGB Rz 99 f.

10) MietSlg 40.151, 66.186; *Würth/Zingher/Kovanyi*, aaO § 11 Rz 3.

11) Verwendungsanspruch § 1041 ABGB; für den Bereich des MRG vgl 3 Ob 544/95; 6 Ob 144/03; urspr gegenteilig 5 Ob 662/89 JBl 1991, 320.

12) Durchaus bis zu einem Jahr, vgl MietSlg 25.310.

13) *Hausmann in Hausmann/Vonkilch* (Hrsg), aaO § 30 Rz 42 mwN.

14) *Würth/Zingher/Kovanyi*, aaO § 30 Rz 36; *Hausmann in Hausmann/Vonkilch* (Hrsg), aaO § 30 Rz 44 bis 46.

15) Vgl immolex 2005/92; RIS-Justiz RS0068141.

16) 5 Ob 106/06h; 3 Ob 158/11y; 5 Ob 59/14h; *Hausmann in Hausmann/Vonkilch* (Hrsg), aaO § 16 Rz 20; *Prader/Markl*, Zur Kurzzeitvermietung in Wohnungseigentumsanlagen, Zak 2014, 323.

17) Vgl 5 Ob 59/14h.

18) 3 Ob 158/11y; 5 Ob 59/14h.

lagmatischen Vertrags, da der WE-Vertrag ein mehrseitiger Vertrag ist, dessen Zweck die WE-Begründung ist, der die Widmung der WE-Objekte als wesentliches Merkmal enthalten muss, der zwingend schriftlich abzufassen ist und der während seiner Lebensdauer wechselnde Vertragsparteien aufweist, die an der ursprünglichen Abfassung des Vertrags überhaupt nicht beteiligt waren. Es ist daher bei der Auslegung jener Teile des WE-Vertrags, die auch für künftige Mit- und WEer Relevanz haben – und hierzu zählt insb die Widmung der wohnungseigentumstauglichen Objekte –, nicht auf den objektiven Erklärungswert aus Sicht des jeweiligen Erklärungsempfängers, dh jeder einzelnen ursprünglichen Vertragspartei, abzustellen, sondern nur auf den der objektiven Auslegung zugänglichen Wortlaut.¹⁹⁾ Es gibt im österreichischen Recht mehrere Legaldefinitionen²⁰⁾ und unzählige Bestimmungen, die den Bedeutungsgehalt des Begriffs „Wohnung“ voraussetzen und der daher durch die Rsp, je nach Rechtsmaterie durchaus unterschiedlich, näher herausgearbeitet wurde.²¹⁾ Der Bedeutungsgehalt des Wortes „Wohnung“ ist – was seinen Begriffskern betrifft – ein Raum, in der Regel aber eine Mehrheit von baulich abgeschlossenen Räumen in einem Gebäude, die nach ihrer Beschaffenheit (nach mitteleuropäischen Maßstäben) der Befriedigung eines Wohnbedürfnisses dienen bzw dafür tauglich sind.

Legt man der Auslegung dieses Begriffsverständnisses zugrunde, bedeutet das aber, dass es sich bei den hier angesprochenen Kurzzeitvermietungen von Wohnungen an Touristen nicht um eine widmungswidrige Nutzung handeln kann, sondern um die Reinform der Nutzung des Objekts als Wohnung, nur eben für kurze Zeit durch wechselnde Mieter. Letzteres ändert aber nichts an der Nutzungsart.

In der E 3 Ob 158/11 y bejahte der OGH bei der touristischen Kurzzeitvermietung das Vorliegen eines Beherbergungsvertrags und begründete so das Vorliegen einer Widmungsänderung, weil von der Widmung „Wohnung“ der Betrieb eines Beherbergungsunternehmens nicht umfasst sei. Wie auch der VwGH, wobei der OGH großteils die wortgleichen Topoi verwendet, stellt der OGH bei der Frage, ob ein Beherbergungsvertrag vorliegt, auf die laufende Obsorge der vermieteten Räume iS einer Betreuung des Gastes durch die Erbringung von beherbergungsbetriebstypischen Dienstleistungen ab.²²⁾ Eine solche laufende Obsorge oder Dienstleistungen während des Aufenthalts des Mieters in der Wohnung erbringt der Vermieter bei Kurzzeitvermietungen von Wohnungen an Touristen in Fallbeispiel 2 aber gerade nicht, weshalb kein Beherbergungsvertrag vorliegt (siehe dazu ausführlicher D.2).

Ferner scheint der OGH Wertungsunterschiede zu machen. Die nachfolgend kurz beschriebenen Entscheidungen zeigen, dass der OGH bei vergleichbaren Sachverhalten anders entschieden hat.

Aus der E 5 Ob 53/15 b („Tagesmutter-Entscheidung“) geht zunächst hervor, dass es dem OGH bei der Widmungsänderung von Wohn- auf Geschäftszwecke auf die Nutzungsart im Objekt ankommt. Bei der Tagesmutter, die in der Wohnung ihre Kinderbetreuungsleistungen erbringt und der die Woh-

nung daher Geschäftszwecken dient, sei eine solche Änderung aber nicht der Fall, weil sie in der Wohnung auch selbst wohne; „gerade dieses Kriterium“ erfülle die Tagesmutter.

Die Tagesmutter-Entscheidung ist weder mit den Kurzzeitvermietungsentscheidungen noch mit anderen Entscheidungen zu Widmungsänderungen in Einklang zu bringen. Verglichen mit den Kurzzeitvermietungsentscheidungen wird die fehlende Stringenz klar: Touristen üben in den von ihnen kurzfristig gemieteten Ferienwohnungen kein Gewerbe aus, sondern wohnen dort, ganz im Gegensatz zur Tagesmutter, deren Wohnung ihr als Ort der Ausübung ihres Gewerbes und somit zu Geschäftszwecken dient. Es herrscht tägliche Kinder- und Elternfrequenz und vermehrt Lärm. Unklar ist ferner das „Kriterium“, in der Wohnung auch selbst zu wohnen, das offenbar dazu führt, dass bei gleichzeitiger Gewerbsausübung trotzdem keine genehmigungspflichtige Widmungsänderung vorliegt. In 5 Ob 277/04 b entschied der OGH in einer vergleichbaren Entscheidung noch genau gegenteilig: Die Tätigkeit eines nahezu blinden Heilmasseurs in einer Wohnung, in der er selbst auch wohnte, wertete er als eine genehmigungspflichtige Widmungsänderung.

In einer weiteren Entscheidung, 5 Ob 68/17 m,²³⁾ erkannte der OGH in der Nutzung eines als Wohnung gewidmeten Objekts als Unterkunft für Asylwerber ebenfalls keine Widmungsänderung, obwohl die Situation mit jener der kurzfristigen Vermietung an Touristen vergleichbar ist (Nutzung einer vollausgestatteten Wohnung, ständig wechselnde Nutzer bzw hohe Frequenz von hausfremden Personen, Lärm- und Geruchsbelästigungen usw) und der VwGH bei derartigen Asylunterkünften, da weitere Betreuungsleistungen erbracht werden, von einem Beherbergungsbetrieb ausging.²⁴⁾

Die ergangenen Entscheidungen können in der wohnungseigentumsrechtlichen Praxis aber nicht ignoriert werden. Einem Käufer einer Wohnung, der dieses Vermietungsmodell präferiert, oder Verkäufern von Vorsorgewohnungen wäre daher zu raten, eine entsprechende Regelung in den WE-Vertrag aufzunehmen. Ein Beispiel für eine solche vertragliche Vereinbarung wäre etwa:

„Die als Wohnung gewidmeten WE-Objekte dürfen auch im Rahmen eines Beherbergungsbetriebes und zur tageweisen Vermietung, zB zu Fremdenverkehrszwecken, gewerblich bewirtschaftet und verwendet werden.“

19) 5 Ob 181/02 g; RIS-Justiz RS0108891.

20) ZB § 2 Abs 2 Satz 2 WEG; § 3 Z 1 Bodenbeschaffungsgesetz; § 1 Abs 4 MeldeG; § 2 Z 8 Bundesstatistikgesetz; § 2 Z 4 GWR-Gesetz; § 119 Abs 2 bis 4 BO für Wien; § 3 Z 5 Bgld WFG 2005.

21) ZB zu § 1 MRG RIS-Justiz RS0079355; zu § 26 BAO zB VwGH 2002/15/0102; zu § 1 Gesetz zum Schutze des Hausrechtes zB VfSlg 1747.

22) 4 Ob 606/89; 5 Ob 131, 132/92; 1 Ob 157/98 i; 7 Ob 3/11 h Zak 2011/206 = immoLEX-LS 2011/28 = EvBl-LS 2011/83 = JBl 2011, 517 = ecOLEX 2011/200 = RdW 2011/335 = immoLEX 2011/97 (Klein) = wobl 2012/1 = MietSlg 63.248.

23) Vgl immoLEX 2017/91 (Gottardis).

24) VwGH 91/04/0216; VwGH 2005/04/0249.

3. Rechtsfolgen

Eine fehlende Vereinbarung über die Möglichkeit kurzfristiger Vermietungen von Wohnungen an Touristen zwischen den Miteigentümern, die nach der Rsp auch konkludent zustande kommen kann,²⁵⁾ führt daher insb zu Unterlassungs- bzw Beseitigungsansprüchen anderer Mit- und WEer. Solche sind im streitigen Verfahren geltend zu machen. Zwar hat der WEer und Vermieter die Möglichkeit, vom Außerstreitgericht bei fehlender Zustimmung von Mit- und WEern die Genehmigung der Änderung zu beantragen, ein solches Außerstreitverfahren bildet jedoch keinen Unterbrechungsgrund für das streitige Verfahren über das Unterlassungsbegehren, in dem die Genehmigungsfähigkeit nicht geprüft wird. Zwar ist die Genehmigung durch das Außerstreitgericht möglich, erscheint aber aufgrund der strengen Rsp hierzu²⁶⁾ eher unwahrscheinlich.

D. Gewerberecht

1. Allgemeines

Dass Raumvermietung ebenso wie der Betrieb eines Beherbergungsunternehmens von den Vermietern und Betreibern gewerbsmäßig, dh selbständig, regelmäßig und in der Absicht betrieben wird, einen Ertrag oder wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen (§ 1 Abs 2 GewO), darf als unbestritten vorausgesetzt werden. Zu erwägen wäre, ob durch die einmalige Untervermietung während der eigenen urlaubs- oder berufsbedingten Abwesenheit (Fallbeispiel 1) schon das Tatbestandsmerkmal der Regelmäßigkeit erfüllt ist. Nach § 1 Abs 4 GewO gilt auch eine einmalige Handlung als regelmäßige Tätigkeit, wenn nach den Umständen des Falls 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 Rsp ist hier streng,²⁷⁾ sodass man das Tatbestandsmerkmal der Regelmäßigkeit wohl auch im Fallbeispiel 1 annehmen wird müssen, vor allem beim Anbieten der Wohnung auf einer einschlägigen Internetplattform (arg „Anbieten an einen größeren Kreis von Personen“).

Bloße Raumvermietung unterliegt jedoch seit jeher nicht der Gewerbeordnung,²⁸⁾ die Beherbergung von Gästen – mit Ausnahme der sog Privatzimmervermietung²⁹⁾ – hingegen schon (§ 111 Abs 1 Z 1 GewO). Relevant ist daher die Abgrenzung zwischen bloßer Raumvermietung und der Beherbergung von Gästen.

2. Gastgewerbe in der Betriebsart des Beherbergungsbetriebs

Bei der Frage der Abgrenzung der Beherbergung von Gästen zur bloßen Raumvermietung kommt es auf die Gesamtheit der Umstände des Einzelfalls an (typologische Betrachtung), aus denen sich zusätzlich zur Zurverfügungstellung von Raum eine laufende Obsorge hinsichtlich der vermieteten Räume und

eine daraus resultierende Betreuung des Gastes ergeben muss.³⁰⁾ Das ausschlaggebende Merkmal neben der Raumzurverfügungstellung ist die Dienstleistungserbringung. Fehlt es an Dienstleistungen, kann unter Bedachtnahme auf die Art und Weise, wie sich der Betrieb nach außen darstellt, dennoch ein Beherbergungsbetrieb vorliegen.³¹⁾

In der Entscheidung v 18. 5. 2016, 2013/17/0609 ÖStZB 2017/2, hatte der VwGH folgenden Sachverhalt zu entscheiden:

Die beschwerdeführende Gesellschaft hat von 2005 bis 2009 ca 50 Appartements an zwölf Standorten in Wien an Privatpersonen, Firmen und Botschaften vermietet. Alle Räumlichkeiten waren eingerichtet und die Küchen mit Herd, Dunstabzug, Kühlschrank, Mikrowelle, Kaffeemaschine, Besteck, Geschirr und teilweise Geschirrspüler ausgestattet. In den Badezimmern befanden sich Waschmaschinen. Jedes Appartement verfügte über einen Telefonanschluss, Breitband-Internetzugang und SAT- bzw Kabel-TV. Außerdem waren eine Grundausstattung an Kochgeschirr sowie diverse Elektro-Kleingeräte (Staubsauger, Radio/CD-Player etc) vorhanden. Im Internet waren Pauschalpreise für die Appartements pro Monat je nach Größe angegeben. Der Pauschalpreis inkludierte die Betriebskosten, die Telefongrundgebühr, den Breitband-Internetanschluss sowie SAT- bzw Kabel-TV. Die Energiekosten (Gas, Strom) sowie die Telefon-Gesprächsgebühren (per Einzelgesprächsnachweis) wurden separat verrechnet. Eine Weitergabe bzw Untervermietung der Appartements war nicht gestattet. Die Mietverträge waren befristet abgeschlossen worden (im verfahrensgegenständlichen Zeitraum lag die Vermietungsdauer ca 15 mal unter einem Monat) und endeten nach Befristungsende. Haustiere durften nur mit ausdrücklicher Zustimmung mitgenommen werden. Die Appartements wurden während andauernder Vermietung nicht gereinigt. Eine entgeltliche Endreinigung war aber vorgesehen. Bettwäsche und Handtücher stellte der Vermieter beim Erstbezug zur Verfügung.

Der VwGH verneinte das Vorhandensein eines Beherbergungsbetriebs. Begründend führte er aus, dass der Vermieter dem Mieter während der Dauer seines Aufenthalts keine Betreuungsleistung erbrachte. Die Endreinigung ist keine Reinigung wäh-

25) Krit zu konkludenten Widmungsänderungen ua T. Hausmann in Hausmann/Vonkilch (Hrsg), aaO § 3 Rz 14 a bis 14 c.

26) Vgl Verweijen, Inhalt und Grenzen des Rechtes des Wohnungseigentümers zu Widmungsänderungen, immoex 2003, 202.

27) Nachweise bei Müller in Ennöckl/N. Raschauer/Wessely, GewO I § 1 Rz 17 bis 23.

28) VwGH 0864/56 = VwSlg 4227 A/1956; VwSlg 11744 A/1985.

29) Art III B-VG (BGBl 1974/444) sowie § 2 Abs 1 Z 9 GewO; da die Vermietung in den hier behandelten Fällen keine „häusliche Nebenbeschäftigung“ iS der Bestimmungen über die Privatzimmervermietung darstellt, wird sie hier nicht näher behandelt; Näheres zu Privatzimmervermietung bei Erlacher in Ennöckl/N. Raschauer/Wessely, GewO II § 111 Rz 4 bis 7, und Holzer, Neue Erscheinungsformen im Gewerberecht am Beispiel von Airbnb und Crossfit, ÖJZ, 2017, 1050 (1051 f).

30) VwGH 1758/62; VwGH 0255/79 = VwSlg 5395 F/1979; VwGH 88/17/0184; VwGH 2013/17/0609.

31) VwGH 0979/74; VwGH 91/04/0401; VwGH 91/04/0216; VwGH 82/04/0056; VwGH 2005/04/0249 = VwSlg 17620 A/2009.

rend des Aufenthalts des Gastes, sondern eine solche nach dem Ende des Aufenthalts und ist somit keine laufende Obsorge der Räumlichkeiten iS einer Betreuung des Gastes. Sie diene nicht dem Mieter, sondern dem Vermieter, damit dieser das Apartment dem nächsten Mieter wieder in gereinigtem Zustand vermieten könne. Auch die einmalige Zurverfügungstellung gereinigter Wäsche zu Beginn des Mietverhältnisses sei – unter Hinweis auf VwGH 24. 6. 1983, 82/04/0056 – keine Betreuungsleistung, sondern Sachmiete.

Diese Entscheidung trifft die Sache mE auf den Punkt. Die bloße Zurverfügungstellung einer Wohnung, mag sie auch voll ausgestattet sein, reicht für die Annahme eines Beherbergungsbetriebs nicht aus. Würde man auf den Ausstattungsgrad abstellen, wäre eine Abgrenzung auch schwierig. Es ist nämlich nicht unüblich, dass eine Wohnung mit einer voll ausgestatteten Küche und einer Badezimmereinrichtung (zumindest Badewanne oder Dusche und Waschgelegenheit sind meist vorhanden) vermietet wird. Ebenfalls möglich und bei „klassischen“ Langzeitwohnungsmieten auch hin und wieder anzutreffen sind Pauschalmietten; Betriebskosten sind idR ebenfalls vom Mieter zu ersetzen (vgl § 15 MRG). Es wäre fraglich, ab welchem Ausstattungsgrad eine Wohnung als beherbergungsbetriebsbegründend gälte. Müsste man das Besteck weglassen oder Geschirr und Bettwäsche oder nur die Bettwäsche? Auch ist eine Wohnung nach ihrer Art und Weise der Außendarstellung nicht als Beherbergungsbetrieb erkennbar. Denkt man an den klassischen Hotelbetrieb, so weist dieser keine voll ausgestatteten Wohnungen auf; niemand käme aber auf die Idee, einem Hotel deshalb die Beherbergungsbetriebs-eigenschaft abzuerkennen. Dies deshalb, weil es auf die Ausstattung des Zimmers oder des Apartments eben nicht ankommt, sondern auf die einem Beherbergungsbetrieb immanenten Betreuungsleistungen für den Gast, die bei der bloßen (Mit-)Vermietung von Einrichtungsgegenständen, der einmaligen Zurverfügungstellung von Bettwäsche zu Beginn des Mietverhältnisses (ebenfalls Miete) und einer Endreinigung nach Verlassen, von der der Gast nichts hat, nicht vorhanden sind.

Weder Fallbeispiel 1 noch Fallbeispiel 2 fielen nach der aktuellen Rsp des VwGH daher in den Anwendungsbereich der GewO. Der Zinshauseigentümer im Fallbeispiel 3, der seinen Gästen zusätzlich zur Wohnungsnutzung auch die Nutzung eines Fitnessraums inkl Trainingsgeräten anbietet, unterfiele wohl § 111 Abs 1 Z 1 GewO. Er bräuchte eine Gewerbeberechtigung (bis zu zehn Betten ohne Befähigungsnachweis, darüber mit Befähigungsnachweis) und müsste für seinen Beherbergungsbetrieb auch eine Betriebsanlagenbewilligung erwirken, was uU Umbauarbeiten in der Gebäudeinfrastruktur erfordern würde.³²⁾

E. Exkurs: Ortstaxe, BO für Wien, MeldeG

Die zuvor besprochene E VwGH 2013/17/0609 erging zum Wr Tourismusförderungsg (WTFG), und zwar zu der in § 11 dieses Gesetzes geregelten Ortstaxe, die als Anknüpfungspunkt den Begriff des „Beherbergungsbetriebs“ hatte. Diesen setzte der VwGH bislang

mit jenem der „Beherbergung von Gästen“ des § 111 Abs 1 Z 1 GewO gleich. Offenbar als Reaktion auf die Entscheidung des VwGH in Kombination mit der steigenden Anzahl an Kurzzeitapartmentvermietungen in Wien³³⁾ und möglicherweise auf Druck bestimmter Wirtschaftszweige (Hotellerie) änderte das Land Wien die Regelung über die Ortstaxe. Nunmehr (in Kraft seit 17. 2. 2017) ist von der Ortstaxenregelung jede Person (Gast) umfasst, die in Wien nicht länger als ununterbrochen drei Monate Unterkunft gegen Entgelt nimmt (§ 11 Abs 1 iVm Abs 3 WTFG³⁴⁾). „Unterkunft“ ist definiert als „Beherbergungsbetrieb“ und „sonstige Unterkünfte“. Beherbergungsbetrieb erhielt die Definition aus dem MeldeG: „Einrichtungen, die Gästen in Zimmern oder anderen Beherbergungseinheiten Unterkunft anbieten und unter Leitung oder Aufsicht des Unterkunftgebers bzw der Unterkunftgeberin oder seines bzw ihres Beauftragten stehen.“ Eine sonstige Unterkunft ist definiert als „insb Räume, die zum Wohnen, Schlafen bzw sonstigen Aufenthalt benützt werden können, oder eine baulich in sich abgeschlossene Gruppe von solchen Räumen sowie Camping-, Wohnwagen-, Mobilheimplätze u dgl“, kurz gesagt also alles, worin man schlafen oder sich aufhalten kann.

Das bedeutet, dass jeder entgeltliche Aufenthalt, der nicht länger als drei Monate dauert, der Ortstaxe unterfällt.

Obwohl in den Materialien zur Änderung der Ortstaxe in Wien noch davon die Rede ist, in Wien – „im Gegensatz zu zB Berlin“ – nicht den „Weg eines administrativen Zweckentfremdungsverbot für Wohnungen, sohin eines Verbotes der Vermietung von Wohnungen im Rahmen von Tourismus oder sonstiger administrativer Regelungen, wie zB die Pflicht zur Sperrung von bestimmten Wohnungen auf Online-Plattformen“, zu gehen,³⁵⁾ hat die Wr Stadtregierung vor Kurzem angekündigt, genau das zu tun und die gewerbliche kurzfristige Vermietung zu touristischen Zwecken in Wohnzonen durch entsprechende Änderung der Wiener Bauordnung nicht mehr zuzulassen. Ein Gesetzesentwurf liegt nach Rückfrage bei der Wr Stadtregierung noch nicht vor, sodass darauf noch nicht eingegangen werden kann; die BO-Novelle soll im Oktober beschlossen werden und mit Anfang des Jahres 2019 in Kraft treten.³⁶⁾

Das MeldeG gilt auch im Falle der Kurzzeitvermietungen an Touristen (§ 3 bzw § 5). Der Begriff des Beherbergungsbetriebs im MeldeG ist weiter als jener der GewO, sodass den Vermieter besondere Pflichten, insb die korrekte Führung eines Gästeverzeichnisses (§ 7 Abs 6, § 10 MeldeG), treffen, deren Verletzung verwaltungsstrafrechtlich geahndet werden kann.

32) *Holzer*, Neue Erscheinungsformen im Gewerbeamt am Beispiel von Airbnb und Crossfit, ÖJZ, 2017, 1050.

33) Materialien zu LGBl 2017/7: BlgNr 23/2016, LG – 01883 – 2016/0001.

34) Minderjährige, die sich in Wien zum Schulbesuch oder zur Berufsausbildung oder in Jugendherbergen aufhalten, sowie Studierende an Wiener Hoch- und Fachschulen sind ausgenommen.

35) Materialien zu LGBl 2017/7: BlgNr 23/2016, LG – 01883 – 2016/0001, 4.

36) <https://derstandard.at/2000077452065/Neue-Bauordnung-Wien-schuetzt-seine-alten-Haeuser> (abgefragt am 9. 5. 2018).

Praxistipp

Je nach Fallgestaltung sollte sich der Vermieter einer Unterkunft über die für ihn geltenden Bestimmungen des Mietrechts, des Wohnungseigentumsrechts und des Gewerberechts informieren, um Rechtsnachteilen vorzubeugen. Im Bereich des Wohnungseigentumsrechts lohnt sich die Prüfung und Analyse der wohnungseigentumsrechtlichen Widmung, im Bereich des Gewerberechts die Anpassung der konkreten Vermietungsumstände, um nicht unter das Regime der Gewerbeordnung zu fallen. Bestimmungen über die Ortstaxe, des MeldeG und – in Zukunft möglicherweise vermehrt – raumordnungsrechtliche Bestimmungen sind zu beachten.

SCHLUSSTRICH

Kurzzeitvermietung von Wohnungen an Touristen ist ein wachsender Markt, da – vor allem in guten Stadtlagen – höhere Renditen als mit konventioneller Langzeitvermietung erzielt werden können. Die Kurzzeituntervermietung kann aber unzulässig sein und zu Unterlassungsansprüchen des Vermieters oder zur Kündigung führen, die Kurzzeitvermietung einer Eigentumswohnung kann zu Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen anderer Mit- und WEer führen. Gewerberechtlich sind uU eine Gewerbeberechtigung für das Gastgewerbe und eine Betriebsanlagenbewilligung erforderlich, die möglicherweise teure Umbauarbeiten erfordert. Weitere öffentlich-rechtliche bzw abgabenrechtliche Bestimmungen, wie insb die Einhebung und Abfuhr der Ortstaxe und das MeldeG, sind zu beachten.