

Studie

Rechtliche Rahmenbedingungen
privater Beherbergung/Vermietung
in Österreich am Beispiel AirBnB



Studie

Rechtliche Rahmenbedingungen privater Beherbergung/Vermietung in Österreich am Beispiel Airbnb

Autor (Kapitel 1. – 7. und 9.):

Dr. Markus Kroner
Rechtsanwalt (AUT, BRD)
Nonntaler Hauptstraße 69
5020 Salzburg
Tel: 0662 / 82 31 33
Fax: 0662 / 82 31 33-11
e-mail: office@legalcounsel.at

Autor (Kapitel 8.):

Mag. Christian Gruber
Steuerberater
Prodinger & Partner
Wirtschaftstreuhand – Steuerberatungs GmbH & Co. KG
Auerspergstraße 8
5700 Zell am See
Tel.: 06542 / 73 66 10
Fax: 06542 / 73 66 11 4
e-mail: office@prodinger.at

Juni 2015

Inhaltsverzeichnis:

1. Darstellung der möglichen Rechtsformen bei Beherbergungs- und Mietverträgen samt Abgrenzung nach zivil- und gewerberechtlichen Gesichtspunkten	3
1.1. Mögliche Rechtsformen	3
1.2. Zivilrechtliche Abgrenzung.....	4
1.2.1. Conclusio	6
1.2.2. Exkurs Couchsurfing.....	7
1.3. Gewerberechtliche Abgrenzung.....	8
1.3.1. Privatzimmervermietung im häuslichen Nebenerwerb	11
1.3.2. Conclusio	13
2. Erbringung von Dienstleistungen durch Vermieter	14
2.1. Conclusio	15
3. Meldegesetz	16
4. Rechtsgeschäftsgebühr	17
5. AKM	18
6. Zivilrechtliche Beschränkungen der freien Vermietbarkeit zu touristischen Zwecken	19
6.1. Der Gastgeber als Wohnungseigentümer.....	19
6.2. Der Gastgeber als Mieter	20
6.2.1. Rechtslage ABGB	21
6.2.2. Exkurs Untermietverbote im Vollenwendungsbereich des MRG	22
6.2.3. Rechtslage Teil- und Vollenwendungsbereich des MRG	22
6.2.3.1. § 30 Abs. 2 Z 4 1. Fall MRG.....	23
6.2.3.2. § 30 Abs. 2 Z 4 2. Fall MRG.....	25
6.2.3.3. Das übermäßige Entgelt bei kurzfristiger Vermietung	26
6.2.3.4. Conclusio.....	27
6.2.3.5. Exkurs Weitergabe der Wohnung durch den Untermieter	27
7. Öffentlich rechtliche Beschränkungen der freien Vermietbarkeit zu touristischen Zwecken durch Raumordnungs-/Grundverkehrsvorschriften	28
7.1. Rechtslage	28
7.2. Gemeinsame Bestimmungen.....	28
7.3. Sonderfall Salzburg.....	29
7.4. Sonderfall Tirol	30
8. Steuern & Abgaben	33
8.1. Ausgangslage	33
8.2. Beginn einer Vermietung.....	33
8.3. Liebhaberei – negative Einkünfte.....	34
8.4. Wann liegen welche Einkünfte vor.....	35
8.5. Wie ist der Überschuss (Gewinn) zu ermitteln.....	36
8.6. Einkommensteuer	37
8.7. (Gewerbliche) Sozialversicherung	37
8.8. Ortstaxen/Tourismusabgaben.....	38
8.8.1. Ortstaxen/Nächtigungsabgaben nach Bundesland für Privatzimmervermieter:.....	38
8.8.2. Tourismusabgaben/Interessentenbeiträge nach Bundesland für Privatzimmervermieter	39
8.9. Umsatzsteuer	44
8.10. Was ist noch zu beachten.....	45
8.11. Varianten / Rechenbeispiele für steuerliche Belastung	46
9. Die Vermietung von Unterkünften über die Onlineplattform Airbnb	48
9.1. Rechtsverhältnisse	48
9.2. Rechtsverhältnis Gastgeber – Airbnb	49
9.2.1. Anwendbares Recht.....	49
9.2.2. Nutzerverhalten	50
9.2.3. Rolle von Airbnb.....	51
9.2.4. Zustand der Unterkunft	52
9.2.5. Stornierung.....	52
9.2.5.1. Stornierung durch den Gast.....	52
9.2.5.2. Stornierung durch den Gastgeber.....	54
9.3. Gastgeber-Garantie	56
9.4. Beendigung der Mitgliedschaft durch Airbnb	56
9.5. Rechtsverhältnis Gastgeber – Gast bei internationalen Sachverhalten	57

Studie

Rechtliche Rahmenbedingungen privater Beherbergung/Vermietung in Österreich am Beispiel Airbnb

1. Darstellung der möglichen Rechtsformen bei Beherbergungs- und Mietverträgen samt Abgrenzung nach zivil- und gewerberechtlichen Gesichtspunkten

1.1. Mögliche Rechtsformen

Sofern im Folgenden Judikaturzitate ohne Angabe des Gerichtes erfolgen, handelt es sich um Entscheidungen/Rechtssätze (RS) des Obersten Gerichtshofes (OGH) in Zivilsachen.

Prinzipiell bestehen 4 Möglichkeiten für die Vermietung von Wohnungen und Wohnungsteilen (in Abgrenzung zu Geschäftsräumlichkeiten iSd § 1 Abs. 1 Mietrechtsgesetz idF BGBl. I Nr. 100/2014 [MRG]), zu touristischen Zwecken:

- Reine Wohnraumvermietung
- Privatzimmervermietung als häuslicher Nebenerwerb
- Freies Gastgewerbe gem. § 111 Abs. 2 Z 4 GewO 1994
- Reglementiertes Gastgewerbe gem. § 94 Z 26 GewO 1994

Die ersten beiden Varianten unterliegen tatbestandsmäßig dem Mietrechtsgesetz idF BGBl. I Nr. 100/2014 (MRG), sofern nicht die Ausnahmebestimmung des § 1 Abs. 1 Z 4 MRG vorliegt.

Diese Ausnahmebestimmung betrifft Freizeit-Zweitwohnungen, die zum Zweck der Erholung oder Freizeitgestaltung gemietet wurden, wie z.B. ein Wochenendhaus (9 Ob 187/00 s). Bei der Prüfung dieses Ausnahmetatbestandes ist nicht auf die tatsächliche Verwendung der Wohnung, sondern auf den vertraglich vereinbarten Zweck abzustellen (RS0069666), wobei es keiner ausdrücklichen Vereinbarung bedarf (8 Ob 1664/93), sondern auch sich dieser Zweck schlüssig aus den Umständen ergeben kann (9 Ob 81/00 b; 2 Ob 221/05 x). Es bestehen keinerlei Formvorschriften, aus Beweisgründen erscheint es jedoch sinnvoll, den vereinbarten Vertragszweck und die näheren Begleitumstände schriftlich und detailliert festzuhalten (*Hausmann* in Hausmann/Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht³ (2013), § 1 MRG Rz 76).

Weiters ist es für das Vorliegen dieser Ausnahmebestimmung erforderlich, dass daneben ein gewöhnlicher Aufenthalt des Mieters iSd § 66 Jurisdiktionsnorm (JN) besteht, wobei sich der

Lebensmittelpunkt des Mieters im In- oder Ausland befinden kann (OVI/Dirnbacher, MRG 2013, S. 54; Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht I²² (2009), § 1 Rz 51).

Die beiden letzten Varianten fallen unter den Ausnahmetatbestand des § 1 Abs. 2 Z 1 1. HS MRG. Voraussetzung für die Anwendbarkeit dieser Ausnahmebestimmung ist, dass die Vermietung in Ausübung des Betriebsgegenstandes erfolgt (RS0110431).

Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass jegliche Form der Vermietung zu touristischen Zwecken im Allgemeinen nicht unter die zwingenden Bestimmungen des MRG fällt, sondern auf diese Vertragsverhältnisse ausschließlich die Bestimmungen des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches (ABGB) zur Anwendung kommen.

1.2. Zivilrechtliche Abgrenzung

Der Mietvertrag ist als Bestandvertrag ein gesetzlich typisierter Konsensualvertrag (§§ 1090 – 1121 ABGB; MRG), der die Überlassung des Gebrauchs einer unverbrauchbaren Sache gegen Entgelt auf gewisse Zeit (darunter fallen auch Mietverträge abgeschlossen auf unbestimmte Zeit: 7 Ob 603/95) zum Gegenstand hat (*Nademleinsky* in Schwimann, ABGB TaKom² (2012), § 1090 Rz 1).

Der Wohnungsbegriff wird im MRG nicht definiert und stellt daher die Rechtsprechung auf den allgemeinen Sprachgebrauch, die Verkehrsauffassung sowie die Bauvorschriften ab (RS0079355). Danach ist unter Wohnung ein selbständiger und in sich baulich abgeschlossener Teil eines Gebäudes zu verstehen, der geeignet ist, der Befriedigung des individuellen Wohnbedürfnisses von Menschen zu dienen (RS0069338).

Der Beherbergungsvertrag (oft auch als Hotelaufnahmevertrag, Gastaufnahmevertrag bezeichnet) ist im Gegensatz zum Mietvertrag gesetzlich nicht typisiert und somit im ABGB nicht ausdrücklich geregelt.

Der Grund liegt darin, dass es sich beim Beherbergungsvertrag um einen gemischten Vertrag handelt, bei dem eine einheitliche Gegenleistung (Entgelt des Gastes) mehreren Leistungen des Hoteliere gegenüberstehen, die unter verschiedene Vertragstypen fallen.

Der Beherbergungsvertrag enthält nämlich Elemente des Mietvertrages, aber auch solche des Dienstvertrages, Werkvertrages und Kaufvertrages und rechtfertigt nach Ansicht des OGH damit eine Beurteilung als Vertrag sui generis (RS0020600). Nach einer vereinzelt gebliebenen Lehrmeinung (*Binder* in Schwimann, ABGB³ (2006), § 1090 Rz 109) beinhaltet der Beherbergungsvertrag darüber hinaus auch Elemente des Verwahrungsvertrages.

Für die Abgrenzung des Beherbergungsvertrages vom reinen Bestandvertrag ist sohin entscheidend, ob dem Gast neben der Wohnmöglichkeit vom Gastgeber auch Dienstleistungen als weitere Hauptleistungspflichten gewährt werden.

Dementsprechend fallen unter den unionsrechtlich autonom definierten Begriff des Dienstleistungsvertrages iSd Art. 4 Abs. 1 lit. b Rom I-VO (Verordnung (EG) Nr. 593/2008 über das aus vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht) und Art. 7 Nr. 1 lit. b 2. Fall EuGVVO (Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen) auch Unterbringungsverträge in Hotels, da eine bestimmte faktische Tätigkeit gegen Entgelt geschuldet wird (*Czernich* in *Czernich/Kodek/Mayr*, Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht⁴ (2014), Art. 7 Rz 71; EuGH, C-9/12), und sofern nicht bloß eine reine Raummiete vorliegt (1 Ob 63/03 a; *Simotta* in *Fasching/Konecny*² (2008), Art. 5 EuGVVO Rz 178).

Laut OGH ist für die jeweilige Abgrenzung eine Einzelfallbeurteilung notwendig und hat das Höchstgericht folgende Tatbestandselemente, die für das Vorliegen eines Beherbergungsvertrages sprechen, herausgearbeitet:

- Entscheidend ist, ob dem Gast neben der Wohnmöglichkeit auch Verpflegung gewährt und für seine Bedienung gesorgt wird (6 Ob 77/08 d).
- Indiz für das Vorliegen einer Beherbergung ist der Einschluss der Betriebskosten in das Entgelt (5 Ob 77/01 m; 7 Ob 3/11 h), wobei dies in einem Grenzfall den Ausschlag gibt.
- Annahme eines Beherbergungsvertrages, wenn sich aus dem Zusammenwirken aller Umstände ein Verhalten des Vermieters erkennen lässt, dass eine laufende Obsorge hinsichtlich der vermieteten Räume im Sinne einer daraus resultierenden Betreuung des Gastes vorliegt (5 Ob 131, 132/92; 1 Ob 157/98 i).
- Erbringen der typischen Nebenleistungen wie Reinigen der Räume, Bereitstellen von Bettwäsche, Geschirr, Zubereitungen von Mahlzeiten (6 Ob 261/02 d; 3 Ob 158/11 y), Beleuchtung und Beheizung der Fremdenzimmer ohne gesondertes Entgelt (1 Ob 157/98 i), wobei es primär darauf ankommt, ob diese vom Vermieter angeboten und üblicherweise erbracht werden und nicht, ob sie der Mieter tatsächlich in Anspruch nimmt (5 Ob 77/01 m).
- Die bloße Reinigung der Bettwäsche auf Wunsch der Bewohner alleine ist nicht ausreichend für die Annahme eines Beherbergungsvertrages (5 Ob 131, 132/92; 5 Ob 2255/96 w).

- Das Anbieten von 10 Wohnungen mit insgesamt 34 Betten im Internet zur Vermietung als Ferienwohnung für kurzfristige Aufenthalte mit Endreinigung des Objekts sowie Beistellung und Reinigung der jeweils frisch bezogenen Bettwäsche und der ebenso zur Verfügung gestellten Handtücher geht über einen reinen Bestandsvertrag hinaus (3 Ob 158/11 y).
- Auch eine längere Vermietung schließt die Annahme eines Beherbergungsvertrages nicht aus (RS0069610).
- Die Benutzung auf Grund eines Beherbergungsvertrages ist bei der Begründung eines Mietverhältnisses über Räume, die auch für den Mieter klar erkennbar zu einem Beherbergungsbetrieb gehören und einer mit dem Beherbergungszweck dieses Unternehmens in Einklang stehenden Nutzung zugeführt werden sollen, zu vermuten (RS0069618).
- Hierbei fließt auch immer die Verkehrsauffassung ein, da sich der Gesetzgeber eine Begriffsdefinition eines Beherbergungsunternehmens enthalten hat, wobei den Gerichten dadurch ein Beurteilungsspielraum eröffnet wird (5 Ob 77/01 m).
- Privatzimmervermietung ist Beherbergung, wenn diese im Rahmen eines Unternehmens ausgeübt wird (MietSlg 50.248/34), wobei unter einem Unternehmen nach heutiger Meinung eine Sachgesamtheit in Form einer organisierten Erwerbsgelegenheit zu verstehen ist.
- Vermietung im Betrieb eines Beherbergungsunternehmens liegt jedenfalls vor, wenn der Vermieter über eine entsprechende Gewerbeberechtigung verfügt (RS0110431),
 - was Privatzimmervermieter im häuslichen Nebenerwerb von der Anwendung des Ausnahmetatbestandes des § 1 Abs. 2 Z 1 1. HS MRG ausschließt und daher in der Lehre kritisiert wurde (Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht I²² (2009), § 1 Rz 42),
 - daher (teilweise) Änderung der Rechtsprechung: Auf das Vorliegen einer entsprechenden Gewerbeberechtigung kommt es nicht an, entscheidend ist vielmehr, dass zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses de facto ein Beherbergungsbetrieb vorliegt (7 Ob 3/11 h).

1.2.1. Conclusio

Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass die reine Privatzimmervermietung nicht unter den Tatbestand des Beherbergungsvertrages zu subsumieren ist (7 Ob 3/11 h; 1

Ob 157/98 i) und es auch nicht schädlich ist, wenn der Vermieter Dienstleistungen als Nebenleistungen im geringfügigen Ausmaß wie z.B. das einmalige Bereitstellen von Handtüchern und Bettwäsche, Anfangs- und Endreinigung der vermieteten Wohnung, sowie die Zurverfügungstellung von Beleuchtung und Beheizung ohne gesondertes Entgelt, anbietet (1 Ob 157/98 i), sofern diese Räume nicht zu einem Betrieb des Fremdenbeherbergungsgewerbes gehören (RS0069610; RS0069618).

Schädlich für die Annahme eines reinen Mietvertrages ist jedenfalls die Erbringung von typischen Dienstleistungen eines Fremdenbeherbergungsbetriebes durch den Vermieter wie der Zimmer- und Wäschereinigung während des Aufenthaltes des Mieters sowie der Verpflegung (siehe auch *Hausmann* in Hausmann/Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht³ (2013), § 1 MRG Rz 59) oder das Anbieten eines Rezeptionsdienstes.

1.2.2. Exkurs Couchsurfing

Zum Thema Couchsurfing (<http://www.couchsurfing.org>), das als Funktionsprinzip „den Austausch von Gastfreundschaft“ (<http://de.wikipedia.org/wiki/CouchSurfing>) ohne Entgeltleistung des Gastes an den Gastgeber vorsieht, ist aus zivilrechtlicher Sicht festzuhalten, dass es sich hierbei nicht um einen Mietvertrag im Sinne des ABGB handelt, da dies eine vertraglich fixierte Entgeltlichkeit als Gegenleistung für die Gebrauchsüberlassung voraussetzen würde.

Unentgeltlichkeit liegt dann vor, wenn das Zurverfügungstellen des Bestandobjektes freiwillig ist und auf keiner Gegenleistung beruht (*Illedits-Lohr* in Illedits/Reich-Rohrwig, Wohnrecht-Kurzkommentar² (2015), § 1 MRG Rz 7). Da die Annahme eines Mietvertrages ausscheidet, verbleibt nur die Überlassung des Wohnraumes im Wege eines Leihvertrages (§§ 970ff ABGB) oder einer Bittleihe (§ 974 ABGB). Bei der Bittleihe (Prekarium) ist neben dem Tatbestandselement der Unentgeltlichkeit auch das der jederzeitigen Widerrufbarkeit erforderlich (7 Ob 732/87), wobei die Unentgeltlichkeit für das Vorliegen der Widerruflichkeit spricht (7 Ob 65/14 f).

Unentgeltlichkeit wird auch noch dann angenommen, wenn für die Überlassung des Wohnraums ein „Anerkennungszins“ geleistet wird, der gegenüber dem Nutzungswert praktisch nicht ins Gewicht fällt (RS0020541), wobei die Rechtsprechung eine Höchstgrenze von 10 % des ortsüblichen Mietzinses annimmt und auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses abzustellen ist (10 Ob 26/13 s; 7 Ob 764/78; RS0020541). Unentgeltlichkeit wird auch dann angenommen, wenn sich der Gast zu bloß geringfügigen Arbeiten verpflichtet oder die Erbringung solcher Arbeiten in seinem Belieben steht (*Pesek* in Schwimann/Kodek, ABGB⁴ (2014), § 1090 Rz 37). Entgelt hingegen ist die Übernahme der Betriebskosten durch den Gast, wenn die übernommenen Kosten ihrer Natur nach nicht nur

aus dem Gebrauch der Wohnung durch den Gast resultieren, sondern den Vermieter unabhängig von jedem Gebrauch der Liegenschaft auf Grund seiner (Mit-) Eigentümerstellung treffen, wie z.B. Beiträge zur Rücklage bei Wohnungseigentümern (10 Ob 26/13 s; 1 Ob 132/08 f; 8 Ob 25/06 v).

Gemäß den veröffentlichten Bedingungen auf <http://www.couchsurfing.org>, darf beim Couchsurfing von den Mitgliedern (= Gastgeber) für eine Übernachtung vom Gast kein Entgelt verlangt werden. Dass für eine zur Verfügung gestellte Mahlzeit ein Kostenersatz verlangt wird oder ein allfälliger Mitgliedsbeitrag auch in Form einer freiwilligen Spende von den Mitgliedern des Gastfreundschaftsnetzwerkes von den Mitgliedern zu zahlen wäre, würde im Sinne der voran dargestellten Rechtsprechung an der Beurteilung der Unentgeltlichkeit der Überlassung der Wohnräume nichts ändern.

1.3. Gewerberechtliche Abgrenzung

Gemäß § 1 Abs. 2 Gewerbeordnung 1994 idF BGBl. I Nr. 18/2015 (GewO 1994) wird eine Tätigkeit dann gewerbsmäßig ausgeübt, wenn sie selbständig, regelmäßig in einer Absicht betrieben wird, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen und die §§ 2-4 GewO 1994 nicht eine Ausnahme vom Anwendungsbereich der GewO 1994 vorsehen. Für das Vorliegen einer Gewinnerzielungsabsicht ist es nicht relevant, ob tatsächlich Gewinn erzielt wird. Es ist auch ausreichend, wenn durch das Entgelt nur die entstehenden Unkosten gedeckt werden (VwGH, 86/04/0047).

Die reine Wohnraumvermietung ist kein Gewerbe im Sinne der Gewerbeordnung. Gemäß der folgend dargestellten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH) und des Verfassungsgerichtshofes (VfGH) führen erst zusätzlich erbrachte Dienstleistungen des Vermieters gegenüber dem Gast oder die deutliche Überschreitung der üblicherweise mit der Verwaltung eigenen Liegenschaftsvermögens laufenden Verwaltungsarbeit zur Annahme einer gewerblichen Tätigkeit durch den Vermieter.

Die Bewerbung der Ferienwohnung in Online-/Offlinemedien ist bei allen Formen der Vermietung von Wohnraum zulässig und somit kein taugliches Abgrenzungskriterium.

Im Hinblick auf die Dienstleistungserbringung ist entscheidend für die Abgrenzung zur Beherbergung,

- ob gleichzeitig mit der Zurverfügungstellung von Wohnraum damit üblicherweise im Zusammenhang stehende Dienstleistungen erbracht werden (VwGH, 2010/06/0082) oder

- wenn dies nicht der Fall ist, wie das äußere Erscheinungsbild des Betriebes aussieht (VwGH, 2005/04/0249).
 - Das Erscheinungsbild muss ein Verhalten des Vermieters daran erkennen lassen, aus dem sich – wenn auch in beschränkter Form – eine laufende Obsorge hinsichtlich der vermieteten Räume und eine daraus resultierende Betreuung des Gastes ergibt (VwGH, 97/05/0331; 91/04/0216).
- Die Vermietung eines Ferienhauses mit 20 Betten mit Erlebnisprogramm und Sauna und Durchführung einer Endreinigung ist eine Beherbergung von Gästen im Rahmen des Gastgewerbes (VwGH, 2010/06/0082).
- Die entgeltliche Vergabe von Bettstellen und Zurverfügungstellung von sanitären Einrichtungen sowie gelegentliche Beistellung von Bettwäsche ist Beherbergung (VwGH, 91/04/0041).
- Zulässig sind nur typische Vermieter-Dienstleistungen wie einmalige Bereitstellung von Tisch-, Bettwäsche und Handtüchern, von Geschirr, elektronischen Geräten, wie TV-, Daten- und Telefondienste, sowie Erhaltungsservice und Endreinigung (Stock, Tourismusrecht (2010), S. 28).
- Jedoch wurde bereits die Reinigung der Toilette und die Zurverfügungstellung eines Fernsehers in einem Aufenthaltsraum als gastgewerbliche Tätigkeit gewertet (VwGH, 2005/04/0249).
- Zulässig ist das Bereitstellen von Wasser, Waschanlagen, Abfallbehältern, Klosettanlagen, Kochstätten, Löscheräten, Beleuchtung, Hinweistafeln, Portier- und Bewachungsdienste (VfGH, Slg 7136A).
- Zulässig ist weiters die Bereitstellung von Zusatzräumen, die ihrer Art und Größe nach auch in einem Privathaushalt üblich sind, nicht jedoch nicht haushaltsüblicher Einrichtungen.
- Unzulässig ist die Verabreichung von Speisen und Getränken, tägliche Reinigung der Zimmer, laufende Reinigung der Bettwäsche (VwGH, Slg 13.694A).

Grundsätzlich ist Gebäudevermietung Vermögensverwaltung und nicht gewerbliche Tätigkeit (VwGH, 2000/15/0105 u.v.a.). Gebäudevermietung wird dann zur gewerblichen Tätigkeit,

- wenn die laufende Verwaltungsarbeit deutlich jenes Maß überschreitet, das üblicherweise mit der Verwaltung eigenen Liegenschaftsvermögens verbunden ist. Es müssen zur bloßen Vermietung besondere, mit der Vermietung nicht im Regelfall verbundene Umstände hinzutreten, durch die eine weitere Tätigkeit des Vermieters, die über die bloße Nutzungsüberlassung hinausgeht, bedingt wird (VwGH, 97/15/0027 u.v.a.)
- Eine kurzfristige Vermietung mehrerer eingerichteter Ferienwohnungen erfordert eine Verwaltungsarbeit, die das bei bloßer Vermietung übliche Ausmaß deutlich übersteigt, wobei die einzelfallbezogene Rechtsprechung des VwGH durchaus widersprüchlich erscheint:
 - Bemühen des Vermieters um neue Feriengäste, Aufrechterhaltung des Zustandes der Wohnungen und Einrichtungen in einem vermietbaren Zustand, dadurch bedingte laufende Kontrolle und Reinigungsarbeiten beim Mieterwechsel sowie Neuanschaffungen und Reparaturen bei der Wohnungseinrichtung (VwGH, 2008/15/0060: neunmalige Vermietung von 8 voll ausgestatteten Wohnungen pro Jahr, Beistellung frischer Wäsche bei längerem Aufenthalt der Mieter, Betreuung und Beaufsichtigung der Wohnungen durch einen Hausverwalter, Endreinigung durch eine Reinigungsfrau).
 - Ferienwohnungen werden im Regelfall nur für eine Saison, sohin mindestens 2 Mal im Jahr vergeben, daher ist die Vermietung auch von 18 Appartements und der Zurverfügungstellung von Strom und Gas nicht als Ferienwohnungen noch keine gewerbliche Tätigkeit (VwGH, 97/15/0027).
 - Sprengen die Leistungen des Vermieters nicht den Rahmen der Vermögensverwaltung, so ist die Vermietung von 15 Ferienwohnungen keine gewerbliche Tätigkeit, auch nicht wenn der Vermieter den Mietern Wäsche und Wohnungseinrichtung zur Verfügung stellt, für eine Anfangs- und Endreinigung der Wohnung und Sauna zuständig ist, Strom beistellt und ein Hausbesorger tätig ist, der die Post der Feriengäste gelegentlich übernimmt (VwGH, 88/14/0230).
 - Der Umstand, dass Ferienwohnungen nur für Ferienzwecke zur Verfügung stehen und nicht zur Befriedigung eines dauernden Wohnbedürfnisses verwendet werden, lässt für sich keinen Schluss auf eine deutlich überhöhte Verwaltungsarbeit zu, vor allem dann nicht, wenn langfristige Mietverhältnisse zu den wesentlichen üblichen Bedingungen vorliegen (VwGH, 88/14/0117:

Vermieter ist verantwortlich für Schneeräumung und Müllabfuhr, Abrechnung der Stromkosten; tägliche Überprüfung der Heizung während der Heizperiode, Gießen der Blumen sowie Lüftung des Hauses durch beigestellten Hausbesorger; Beistellung einer Waschküche).

- Eine übermäßige Verwaltungsarbeit wird in Oberösterreich gemäß Erlass Ge-060025/425-2001-Pö vom 05.04.2001 ab der Grenze von 12 Betten in 3 Ferienwohnungen angenommen, wobei Privatzimmervermietung im häuslichen Nebenerwerb und Ferienwohnungsvermietung getrennt zu betrachten sind.

1.3.1. Privatzimmervermietung im häuslichen Nebenerwerb

Trotz Erbringung von Dienstleistungen durch den Vermieter, welche gemäß der vorab dargestellten Rechtsprechung die Gewerbsmäßigkeit seiner Tätigkeit begründen würden, sieht die österreichische Rechtsordnung eine Möglichkeit vor, die Privatzimmervermietung von der Gewerbeordnung auszunehmen.

Gem. Art. 3 der Bundesverfassungsgesetznovelle 1974 gehört die Privatzimmervermietung nicht zu den Angelegenheiten des Gewerbes im Sinne des Art. 10 Abs. 1 Z 8 B-VG, wenn sie (kumulativ)

- durch die gewöhnlichen Mitglieder des eigenen Hausstandes
- als häusliche Nebenbeschäftigung ausgeübt wird und
- nicht mehr als 10 Fremdenbetten betrifft.

Die Privatzimmervermietung im vorgenannten Umfang ist hinsichtlich der Gesetzgebung den Ländern zugewiesen. Von dieser verfassungsrechtlichen Ermächtigung haben die Länder Niederösterreich im niederösterreichischen Privatzimmervermietungsgesetz 1974, Oberösterreich im Tourismusgesetz 1990 sowie Tirol im Privatzimmervermietungsgesetz 1959 Gebrauch gemacht, in Salzburg wurde das Privatzimmervermietungsgesetz 1966 im Jahr 2003 ersatzlos aufgehoben.

Gemäß § 2 Abs. 1 Z 9 GewO 1994 ist dieses Bundesgesetz auf die nach ihrer Eigenart und ihrer Betriebsweise in die Gruppe der häuslichen Nebenbeschäftigung fallenden und durch die gewöhnlichen Mitglieder des eigenen Hausstandes betriebenen Erwerbszweige nicht anzuwenden. Die Gesetzesmaterialien (RV, 395 Blg NR, 13 GP, 106; EB zu GewO 1973 (FN 2) 106) weisen darauf hin, dass ein häuslicher Nebenerwerb nur dann vorliegt, wenn es sich um eine im Vergleich zu den anderen häuslichen Tätigkeiten dem Umfang nach untergeordnete Gewerbstätigkeit handelt.

- Vergleichsmaßstab hierfür ist nicht eine weitere Erwerbstätigkeit, sondern die anderen häuslichen Tätigkeiten, die in einem durchschnittlichen Haushalt anfallen. Auf die im konkreten Fall tatsächlich zu besorgenden häuslichen Tätigkeiten kommt es dabei nicht an, weil diese für den relevanten typischen Umfang der häuslichen Nebenbeschäftigung nichts besagen können (VwGH, 2002/06/0132; 97/04/0176).
- Eine Tätigkeit ist somit nicht als häusliche Nebenbeschäftigung anzusehen, wenn die geübte Betriebsweise für eine häusliche Nebenbeschäftigung nicht typisch ist (VwGH, 2002/06/0041; 93/04/0125).
- Es ist für die Qualifikation einer Erwerbstätigkeit als häusliche Nebenbeschäftigung nicht relevant, ob die aus dieser Erwerbstätigkeit erzielten Einkünfte die einzigen Einkünfte des diese Beschäftigung Ausübenden darstellen oder ob er sonstige, diese Einkünfte überwiegende Einkünfte hat (VwGH, 2002/06/0132; 2002/06/0041; 97/04/0176; 96/04/0224).

Aus dem Erfordernis einer „häuslichen Tätigkeit“ folgt auch, dass der Privatzimmervermieter tatsächlich auch in diesem Hausstand wohnt, also der Gast im Rahmen des Wohnverbandes des Vermieters bis zu einem gewissen Teil in dessen Hausverband aufgenommen wird.

- Die Vergabe von Bettstellen in einem als Magazin angemieteten Raum zählt nicht dazu (VwGH, Slg 7216A).
- Ebenso wenig ein Matratzenlager samt entsprechender sanitären Einrichtungen in einer Schutzhütte (VwGH, 2002/06/0041).

Betreffend die Anzahl der Gästebetten ist nicht die Anzahl der benutzten Betten, sondern die zur Verfügung stehenden Betten maßgebend, dies können auch ausziehbare Couchen/Sessel, Feldbetten oder Matratzen sein (*Räth* in Kaminek, Handbuch der Gästezimmervermietung² (2007), S. 6).

Neben der Nebentätigkeiten, die auch ein Vermieter einer Ferienwohnung dem Gast gegenüber erbringen darf, ist es auch zulässig, dass eine Verabreichung von Speisen ohne Auswahlmöglichkeit zu im Voraus bestimmten Zeiten, von nicht alkoholischen Getränken und von im landwirtschaftlichen Betrieb des Vermieters erzeugten alkoholischen Getränken an die beherbergten Gäste erfolgt (VfGH, Slg. 7074/1973).

Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, erfordert die Privatzimmervermietung einen Gewerbeschein für freies Gastgewerbe („Frühstückspension“), wenn nicht mehr als 10 Fremdenbetten bereitgestellt werden und die Vermietung nicht im häuslichen Nebenerwerb erfolgt (§ 111 Abs. 2 Z 4 GewO 1994).

- Zusätzlich zulässig als Nebenleistung ist hierbei auch die Verabreichung des Frühstücks und von kleinen (auch warmen) Imbissen und der Ausschank von nicht alkoholischen Getränken und von Bier in handelsüblich verschlossenen Gefäßen sowie von gebrannten geistigen Getränken als Beigabe zu diesen Getränken an die Gäste, sowie der Einsatz von Fremdpersonal.

Werden mehr als 10 Fremdenbetten angeboten und/oder dem Gast mehr als die vorgenannten Dienstleistungen angeboten, ist ein Gewerbeschein für das reglementierte Gastgewerbe gem. § 94 Z 26 GewO 1994 (Hotel) erforderlich.

1.3.2. Conclusio

Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass durch die kurzfristige Vermietung einer Ferienwohnung keine gewerbliche Tätigkeit durch den Vermieter ausgeübt wird, wenn der Vermieter Dienstleistungen als Nebenleistungen im geringfügigen Ausmaß wie z.B. das einmalige Bereitstellen von Handtüchern und Bettwäsche, Anfangs- und Endreinigung der vermieteten Wohnung, sowie die Zurverfügungstellung von Beleuchtung und Beheizung ohne gesondertes Entgelt, anbietet und sofern die konkrete Vermietung keine laufende Verwaltungsarbeit erfordert, die jenes Maß überschreitet, das üblicherweise mit der Verwaltung eigenen Liegenschaftsvermögens verbunden ist.

Ein solches Ausmaß wird von der Rechtsprechung jedenfalls aber erst bei der Vermietung von mehreren Ferienwohnungen durch einen Vermieter angenommen. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang von Vermietern in Oberösterreich der Erlass Ge-060025/425-2001-Pö.

2. Erbringung von Dienstleistungen durch Vermieter

§ 31b Konsumentenschutzgesetz idF BGBl. I Nr. 33/2014 (KSchG), welcher der Umsetzung der Richtlinie 90/314/EWG in innerstaatliches Recht dient, definiert den Reiseveranstaltungsvertrag. Demgemäß ist eine Reiseveranstaltung (Pauschalreise) eine im Voraus festgelegte Verbindung von mindestens 2 der folgenden Dienstleistungen, die zu einem Gesamtentgelt angeboten oder vereinbart werden:

- Beförderung
- Unterbringung
- andere touristische Dienstleistungen, die nicht bloß Nebenleistungen der Beförderung sind und die einen beträchtlichen Teil der Gesamtleistung ausmachen.

Die Leistungen sind zu einem Gesamtentgelt zu vereinbaren, wobei die separate Verrechnung der einzelnen Leistungen, die im Rahmen der Reiseveranstaltung erbracht werden, nicht schadet (*Kathrein/Schoditsch* in KBB⁴ (2014), § 31b KSchG Rz 2).

Problematisch in diesem Zusammenhang können Nebenleistungen der Unterbringung sein, sofern sie einen beträchtlichen Teil der Gesamtleistung ausmachen, da die Kombination zwischen Unterbringung und Anbieten anderer touristischer Dienstleistungen die Annahme eines Reiseveranstaltungsvertrages rechtfertigen könnte.

Das Erfordernis des beträchtlichen Teils der Nebenleistung an der Gesamtleistung kann gemessen werden durch den Anteil der Nebenleistung am Gesamtpreis, durch den Anteil an der Aufenthaltsdauer oder in Ausnahmefällen, wenn der Urlaub nur wenig kostet und nur kurz dauert, auf Grund der der Nebenleistung zugestandenen Wichtigkeit (EuGH, C-237/97).

Dienstleistungen müssen touristischen Charakter aufweisen, wie etwa Ausflüge, Sport- oder Kulturangebote, Mietwagen, etc. (OGH, 1 Ob 80/11 p).

- Bejaht für die Besichtigung von Sehenswürdigkeiten mit oder ohne Beziehung von Fremdenführern und Reisebegleitung (OGH, 6 Ob 192/08 s)
- Bejaht auch für geführte Klettertouren, Kinderbetreuung oder Sportmöglichkeiten (*Hammerl* in Kosesnik-Wehrle, KSchG³ (2010), § 31b Rz 4).
- Strittig bei Wäscheversorgung für ein gemietetes Ferienhaus (JAB 1992 BlgNR 18.GP 2; ablehnend *Kathrein/Schoditsch* in KBB⁴ (2014), § 31b KSchG Rz 2) sowie
- bei Vollpension in einem Hotel (bejahend *Hammerl* in Kosesnik-Wehrle, KSchG³ (2010), § 31b Rz 4; LG ZRS Graz, 14.12.2010, 6 R 307/10 a; ablehnend Bläumauer,

Reiserecht für die Praxis² (2010), Seite 6; *Kroner* zitiert in TAI, Noch mehr Grau im Reiserecht, 13.05.2011).

Die Anwendung der Bestimmungen über die Reiseveranstaltung setzt das Vorliegen eines Verbrauchergeschäftes iSd § 1 KSchG voraus (*Donath* in Schwimann, ABGB TaKom², § 31b KSchG Rz 1) und ist ein Kriterium für den Reiseveranstalter, dass er nicht nur gelegentlich Reiseleistungen vereinbart oder anbietet, was jedoch nicht Gewerbsmäßigkeit iSd GewO 1994 bedeutet (*Hammerl* in Kosesnik-Wehrle, KSchG³, § 31b Rz 7).

2.1. Conclusio

Bei weiter Auslegung des Begriffs der Reiseveranstaltung könnte sohin ein Angebot eines Vermieters, der nicht nur gelegentlich Reiseleistungen anbietet, für eine kurzfristige Vermietung einer Ferienwohnung samt Anbieten anderer touristischer Dienstleistungen, wie z.B. Tätigkeiten als Reiseführer für den Gast vor Ort, eine Reiseveranstaltung iSd § 31b KSchG sein, sofern diese Nebenleistung einen nicht unbedeutlichen Teil des Gesamtpreises ausmacht oder der Nebenleistung entsprechende Wichtigkeit zugestanden wird, was sich auch aus der Bewerbung dieser Nebenleistungen durch den Vermieter erschließen lassen kann.

Festzuhalten ist in diesem Zusammenhang, dass zum Zeitpunkt der Erstellung dieser Studie die Pauschalreiserichtlinie überarbeitet wird und auch die anderen touristischen Dienstleistungen detaillierter geregelt werden sollen (vgl. Pressemeldung der Hotrec, D-1214-483-AW-December 2014).

3. Meldegesetz

Folgende melderechtliche Vorschriften sind bei der Vermietung von Privatzimmern zu beachten:

Gem. § 1 Abs. 1 Meldegesetz idF BGBl. I Nr. 161/2013 (MeldeG) sind Unterkünfte Räume, die zum Wohnen oder Schlafen benutzt werden.

- Gem. Abs. 3 der vorgenannten Bestimmung sind Beherbergungsbetriebe Unterkunftstätten, die unter der Leitung oder Aufsicht des Unterkunftgebers oder eines von diesem Beauftragten stehen und zur entgeltlichen oder unentgeltlichen Unterbringung von Gästen zum vorübergehenden Aufenthalt bestimmt sind.
- Ausgehend von dieser Legaldefinition sind somit kurzzeitig vermietete Privatwohnungen keine Beherbergungsbetriebe im Sinne des MeldeG, da diese Wohnungen nicht unter der Leitung oder der Aufsicht des Unterkunftgebers stehen.
- Gem. § 1 Abs. 4 MeldeG sind diese Unterkünfte, da es sich nicht um Beherbergungsbetriebe handelt, Wohnungen.

Gem. § 3 Abs. 1 MeldeG ist ein Unterkunftsnehmer in einer Wohnung innerhalb von 3 Tagen bei der Meldebehörde anzumelden, das gleiche gilt gem. § 4 Abs. 1 MeldeG für die Abmeldung. Gem. § 7 Abs. 1 MeldeG trifft die Meldepflicht den Unterkunftsnehmer.

Gem. § 2. Abs. 2 Z 1 MeldeG entfällt die Meldepflicht, wenn in einer Wohnung nicht länger als drei Tage Unterkunft gewährt wird.

Für die Unterkunft in Beherbergungsbetrieben bestehen eigene melderechtliche Vorschriften in den §§ 5, 10 MeldeG.

4. Rechtsgeschäftsgebühr

Folgende gebührenrechtliche Vorschriften sind bei der Vermietung von Privatzimmern zu beachten:

Voraussetzung für das Entstehen einer Gebührenschuld ist, dass eine schriftliche Urkunde über das Rechtsgeschäft errichtet wird (vgl. § 16 Gebührengesetz 1957 idF BGBl. I Nr. 111/2010 [GebG]). Hierzu existiert umfangreiche Judikatur, welche jedoch für die gegenständliche Betrachtung nicht von faktischer Bedeutung ist, da gem. § 33 TP 5 Abs. 4 Z 1 GebG Verträge über die Miete von Wohnräumen bis zu einer Dauer von 3 Monaten gebührenfrei sind und es davon auszugehen ist, dass der überwiegende Großteil der Mietverträge betreffend Privatzimmer zu touristischen Zwecken nicht diese Dauer übersteigt.

Der Vollständigkeit halber kann festgehalten werden, dass auch der Beherbergungsvertrag prinzipiell unter den Tatbestand des § 33 TP 5 GebG fällt (Arnold, Rechtsgebühren⁹ (2011), § 33 TP 5 Rz 30 d), nicht jedoch das Prekarium (VwGH, 801/69) und die Leihe (Fellner, Stempel- und Rechtsgebühren⁹ (2011), § 33 TP5 GebG E 80).

5. AKM

Sowohl Betreiber von Hotels als auch Privatzimmervermieter, die ihren Gästen die Möglichkeit der Wiedergabe von Werken aus TV oder Radioprogrammen im gemieteten Zimmer ermöglichen, haben eine angemessene Vergütung an die Urheber dieser Werke zu zahlen (4 Ob 120/10 s; EuGH C-162/10). Die Rechte der Urheber werden von Verwertungsgesellschaften, konkret der Staatlich genehmigten Gesellschaft der Autoren, Komponisten und Musikverleger registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung (AKM), auf der Rechtsgrundlage des Verwertungsgesellschaftengesetzes 2006 idF BGBl. I Nr. 190/2013 (VerwGesG) wahrgenommen.

6. Zivilrechtliche Beschränkungen der freien Vermietbarkeit zu touristischen Zwecken

6.1. Der Gastgeber als Wohnungseigentümer

Gemäß den Bestimmungen des Wohnungseigentumsgesetzes 2002 idF BGBl. I Nr. 100/2014 (WEG 2002) ist jeder Wohnungseigentümer berechtigt, sein Wohnungseigentumsobjekt so zu nutzen, wie er es will.

Lediglich Änderungen des eigenen Wohnungseigentumsobjektes ohne Inanspruchnahme von allgemeinen Teilen der Liegenschaft, worunter ex pressis verbis auch Widmungsänderungen fallen können (§ 16 Abs. 2 WEG 2002), die nicht nur geringfügig sind und wesentliche Interessen der übrigen Wohnungseigentümer iSd § 16 Abs. 2 Z 1 WEG 2002 beeinträchtigen können, sind zivilrechtlich genehmigungsbedürftig. Der änderungswillige Wohnungseigentümer hat hierfür entweder die Zustimmung sämtlicher sonstiger Wohnungseigentümer einzuholen oder durch einen Beschluss des Außerstreitgerichtes zu ersetzen (§ 52 Abs. 1 Z 2 WEG 2002).

Für die Frage der Widmung eines Wohnungseigentumsobjektes ist ausschließlich auf die privatrechtliche Einigung der Wohnungseigentümer, im Regelfall im Wohnungseigentumsvertrag, abzustellen. Bau- oder raumordnungsrechtliche Widmungen definieren die privatrechtlichen Rechtsverhältnisse der Wohnungseigentümer untereinander nicht (RS0120725).

Die Rechtsprechung zum Tatbestand des § 16 Abs. 2 Z 1 WEG 2002 ist naturgemäß einzelfallbezogen.

Prinzipiell hat der OGH zu GZ 5 Ob 106/06 h klargestellt, dass jedem Wohnungseigentümer im Regelfall auch das Recht zusteht, sein Objekt zu vermieten, ohne dass dies der Zustimmung der anderen Wohnungseigentümer bedürfte.

Lediglich dann, wenn ein Wohnungseigentümer nicht nur vermietet, sondern bereits beherbergt (durch zusätzliches Anbieten von Dienstleistungen wie z.B. Reinigung und Beistellung von frischer Bettwäsche und Handtücher) werden nach der vorliegenden Entscheidung des OGH zu 3 Ob 158/11 y wesentliche Interessen der übrigen Miteigentümer beeinträchtigt. Begründet wird dies wie bei einem Beherbergungsbetrieb mit der zwangsläufig verbundenen hohen Frequentierung des Wohnhauses durch ständig wechselnde hausfremde Personen.

In der aktuellsten Entscheidung zu dieser Thematik zu 5 Ob 59/14 h hat der OGH die Zurückweisung eines Rechtsmittels damit begründet, dass die Vermietung einer Wohnung

im Wege einer „touristischen Vermarktung“ für jeweils kurzfristige Dauer über das Internet und den Tourismusverband durchaus einzelfallbezogen als wesentliche Beeinträchtigung der schutzwürdigen Interessen der übrigen Wohnungseigentümer darstellen kann. Begründet wird dies ebenfalls mit der höheren Frequentierung des Wohnhauses durch ständig wechselnde hausfremde Personen.

Der diesbezüglich von der Rechtsprechung großzügig ausgelegte Begriff der Widmungsänderung wird in der Lehre von *Vonkilch* in Hausmann/Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht³ (2013), § 16 WEG Rz 20, sowie *Etzersdorfer* in wobl 2014/78 befürwortet, von *Prader/Markl* in Zak 2014/620, 323 kritisiert. Dies mit der Begründung, dass auch bei der Gebrauchsüberlassung von Wohnungen man wie auch bei Geschäftsräumen abwägen müsse (vgl. hierzu zuletzt 5 Ob 149/14 v betreffend den Betrieb eines Hostels in einem allgemein als Geschäftslokal gewidmeten Wohnungseigentumsobjekt), ob es durch die Überlassung in Form von Kurzzeitverträgen tatsächlich zu einer Überschreitung des Verkehrsüblichen komme und nicht auf abstrakte Beeinträchtigungsmöglichkeiten abzustellen sei.

Den vorzitierten höchstgerichtlichen Entscheidungen kann somit entnommen werden, dass einerseits die Erbringung von zusätzlichen Dienstleistungen, die touristische Vermarktung und die Frequenz der kurzfristigen Vermietung als Tatbestandselemente eine Rolle spielen und somit die kurzfristige Vermietung von als Wohnung gewidmeten Wohnungseigentumsobjekten zu touristischen Zwecken einer Genehmigung durch sämtliche übrigen Wohnungseigentümer oder durch einen diese Zustimmung ersetzenden Beschluss des Außerstreitgerichtes bedürfen kann.

6.2. Der Gastgeber als Mieter

Ein Vermieter von Privatzimmern, der wiederum selbst nicht Eigentümer des Bestandobjektes, sondern nur Mieter dieses Bestandobjektes ist, leitet sein Recht zur Nutzung dieses Bestandobjektes obligatorisch vom Eigentümer des Bestandobjektes ab. Demgemäß kann eine Weitergabe des Bestandobjektes zu touristischen Zwecken an Dritte in den abgeschlossenen Mietvertrag zwischen Eigentümer und Vermieter eingreifen und den Eigentümer zur Ergreifung von rechtlichen Schritten, insbesondere auch zur Auflösung des Mietvertrages, berechtigen.

Die rechtliche Situation ist in Österreich im Mietrecht zersplittert und ist sohin eine Trennung der rechtlichen Beurteilung dahingehend vorzunehmen, ob die weitervermietete Wohnung oder nur Teile davon in den Voll- oder Teilanwendungsbereich des MRG fällt oder nur die Bestimmungen des ABGB auf den gegenständlichen Mietvertrag zur Anwendung kommen.

6.2.1. Rechtslage ABGB

Gemäß der Bestimmung des § 1098 ABGB ist der Vermieter dann nicht zur Untervermietung berechtigt, wenn dies entweder vertraglich ausgeschlossen wurde oder nicht ohne Nachteil des Eigentümers geschehen kann.

Als Untermiete wird die entgeltliche Überlassung des dem Mieter zustehenden Gebrauchsrechts oder eines Teils davon verstanden, somit die Überlassung einer Wohnung durch den Hauptmieter gegen Begleichung des Mietzinses und der Instandhaltungskosten oder die Einräumung der Mitbenützung des gesamten Bestandobjektes gegen ein bestimmtes Entgelt (*Pesek* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴, § 1098 Rz 92).

Nach der Rechtsprechung wird von dieser Bestimmung jede Art der Gebrauchsüberlassung des Bestandobjektes an einen Dritten erfasst (7 Ob 28/14 i; RS0020629), somit auch die Gebrauchsüberlassung in Form eine Leihe oder eines Prekariums, was für das Couchsurfing von Relevanz sein kann.

Sollte sohin die Weitergabe des Bestandobjektes durch den Mieter nicht vertraglich untersagt sein, muss durch die Gebrauchsüberlassung eine Schädigung der Interessen des Eigentümers zu erwarten sein (7 Ob 28/14 i). Gemäß Rechtsprechung muss sich dieser Nachteil des Eigentümers aus einer Änderung in der Benützungsort ergeben, etwa aus einer stärkeren Abnutzung oder bei Gewerbeausübung aus einer größeren Gefährlichkeit für das Bestandobjekt, aus einem rufschädigenden Verhalten des Gastes oder einer Überfüllung des Wohnraums (*Pesek* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ (2014), § 1098 Rz 99 samt Judikaturzitate).

Sollte das Verhalten des Vermieters nicht gleichzeitig den Kündigungsgrund des § 30 Abs. 2 Z 4 MRG (siehe nächstes Kapitel) verwirklichen, hat der Eigentümer nur einen Anspruch auf Unterlassung und Wiederherstellung der vertragsgemäßen Zustandes (7 Ob 28/14 i; RS0010377). Eine direkte Inanspruchnahme des Gastes durch den Eigentümer auf Räumung scheidet nach dieser Judikaturlinie aus (dagegen *Iro* in *KBB*⁴ (2014), § 1098 Rz 8).

Die vertragswidrige Weitergabe des Bestandgegenstandes gibt dem Vermieter auch nicht die Möglichkeit, das Mietverhältnis gem. § 1118 ABGB vorzeitig aus wichtigem Grund aufzulösen (*Tades/Hopf/Kathrein/Stabentheiner*, ABGB³⁷ (2009), § 1118 E 30, 31, 60).

Der Eigentümer hat jedoch im Falle einer unzulässigen Gebrauchsüberlassung des Bestandgegenstandes einen monetären Anspruch gegen den Vermieter, nämlich einen Verwendungsanspruch nach § 1041 ABGB (RS0019984; RS0058559; gegenteilig 5 Ob 662/89). Der rechtswidrig handelnde Vermieter hat aus diesem Rechtsgrund zwar nicht den gesamten erzielten Gewinn aus der Gebrauchsüberlassung an den Eigentümer

herauszugeben, die Höhe des Verwendungsanspruches bestimmt sich vielmehr nach dem angemessenen Entgelt, das der Vermieter für diesen Fall nach § 27 Abs. 2 lit. b MRG zulässig vereinbart hätte (RS0058559). Gemäß dieser Bestimmung im MRG darf dieser Betrag den Hauptmietzins für 10 Jahre nicht übersteigen.

6.2.2. Exkurs Untermietverbote im Vollenwendungsbereich des MRG

Im Vollenwendungsbereich des MRG kann sich der Eigentümer gem. § 11 Abs. 1 MRG nur dann auf ein vertragliches Verbot der Untervermietung berufen, wenn darüber hinaus ein wichtiger Grund gegen die Untervermietung vorliegt.

Diese wichtigen Gründe sind in Abs. 1 aufgezählt, wobei die Fälle des Abs. 1 Z 1, 2 den Kündigungsgründen des § 30 Abs. 2 Z 4 1. und 2. Fall MRG entsprechen. Eine Verwirklichung eines der beiden vorgenannten Tatbestände durch den Mieter berechtigt sohin den Vermieter zur Kündigung des Mietvertrages.

Das Vorliegen eines der Tatbestände des Abs. 1 Z 3 (die Anzahl der Bewohner einer Mietwohnung übersteigt die Anzahl der Wohnräume) und 4 (begründete Besorgnis einer Störung des Friedens der Hausgemeinschaft durch den Untermieter) gibt dem Vermieter wiederum nur einen Anspruch auf Unterlassung und Wiederherstellung des vertragsgemäßen Zustandes (Würth/Zingher/Konvanyi, Miet- und Wohnrecht I²² (2009), § 11 Rz 3).

Daneben hat der Vermieter in jedem Fall einen Verwendungsanspruch gem. § 1041 ABGB in der im vorigen Kapitel dargestellten Höhe.

6.2.3. Rechtslage Teil- und Vollenwendungsbereich des MRG

Im Teil- und Vollenwendungsbereich des MRG können Mietverträge vom Vermieter gem. § 30 Abs. 1 iVm § 33 Abs. 1 MRG nur aus wichtigem Grund gerichtlich gekündigt werden. Absatz 2 des § 30 MRG zählt solche wichtigen Kündigungsgründe des Vermieters als Spezialtatbestände auf, in § 30 Abs. 1 MRG findet sich darüber hinaus eine Generalklausel, um auch Kündigungsgründe zu erfassen, die in der Aufzählung der Spezialtatbestände in Abs. 2 nicht enthalten sind.

Die Generalklausel soll sohin den Spezialtatbeständen des § 30 Abs. 2 MRG gleichwertige Sachverhalte gleichsetzen (8 Ob 229/01 m), die Verletzung vertraglicher Pflichten stellt regelmäßig jedoch keinen Kündigungsgrund unter der Generalklausel des § 30 Abs. 1 MRG dar (6 Ob 628/94), außer durch diesen Verstoß werden wichtige Interessen des Vermieters in einer Weise verletzt werden, dass sie einer Gefährdung der wirtschaftlichen Existenz des

Vermieters gleichkommen (Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht I²² (2009), § 30 Rz 10), was regelmäßig nicht der Fall sein wird.

Die Weitergabe des Mietgegenstandes wird vom Spezialtatbestand des § 30 Abs. 2 Z 4 MRG umfasst, wobei nach der vorliegenden höchstgerichtlichen Rechtsprechung die Ziffer 4 gegenüber der Ziffer 6 (Nichtbenützung der Wohnung) als *lex specialis* zu beurteilen ist (RS0070500; 1 Ob 253/04 v). Jegliche Weitergabe, unabhängig von der Intensität der Benutzung durch den Dritten ist daher ausschließlich nach der Ziffer 4 zu beurteilen (*Hausmann* in Hausmann/Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht³, § 30 MRG Rz 35).

Die Ziffer 4 umfasst wiederum mehrere Kündigungstatbestände, die folgend getrennt dargestellt werden.

6.2.3.1. § 30 Abs. 2 Z 4 1. Fall MRG

Gemäß diesem Tatbestand berechtigt die gänzliche Weitergabe des Mietgegenstandes (mit oder ohne Einrichtungsgegenstände) an nicht nach § 14 Abs. 3 MRG eintrittsberechtigte Dritte zur Kündigung des Mietvertrages, sofern der Mieter den Mietgegenstand in naher Zeit nicht für sich oder eintrittsberechtigte Personen benötigt.

Im Sinne dieser Gesetzesbestimmung ist jede entgeltliche oder jede unentgeltliche Gebrauchsüberlassung zu verstehen (RS0070650; Prader, MRG⁴ (2013), § 30 MRG E 245), womit somit auch die leihweise oder prekaristische Überlassung des Mietgegenstandes (Couchsurfing) unter diesen Kündigungstatbestand fällt.

Keine gänzliche Überlassung des Mietgegenstandes liegt vor, solange der Mieter die Wohnung weiterhin regelmäßig (wenngleich nicht immer) benützt, auch wenn er einem Dritten die Benützung der ganzen Wohnung gestattet (RS0068823 [T3]).

Dem Tatbestand der gänzlichen Weitergabe des Mietgegenstandes gleichgestellt ist die nur teilweise Weitergabe des Mietgegenstandes, sofern darüber hinaus die nicht weitergegebenen Teile der Wohnung nicht zur Befriedigung des Wohnbedürfnisses des Mieters oder der eintrittsberechtigten Personen regelmäßig verwendet werden (4 Ob 170/98 y).

Darunter ist die regelmäßige Verwendung zu Wohnzwecken im Sinne der Rechtsprechung zum Kündigungsgrund zu Ziffer 6 (Nichtbenützung der Wohnung) zu verstehen (*Hausmann* in Hausmann/Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht³ (2013), § 30 MRG Rz 41).

Eine regelmäßige Verwendung der Wohnung ist nach vorliegender höchstgerichtlicher Rechtsprechung anzunehmen, wenn der Mieter die aufgekündigte Wohnung wenigstens

während eines beachtlichen Zeitraums im Jahr als wirtschaftlichen und familiären Mittelpunkt ausnützt (RS0079240). Demgemäß wird bei der Beurteilung dieses Tatbestandselementes nicht nur auf den Nutzungszeitraum abgestellt, sondern auch darauf, ob die Wohnung in dieser Zeit als wirtschaftlicher und familiärer Mittelpunkt genützt wird (1 Ob 631/94).

Selbst die Benützung mehrerer Wohnungen durch den Mieter erfüllt noch nicht den Kündigungstatbestand, solange der Mittelpunkt der Lebenshaltung zumindest zum Teil in der aufgekündigten Wohnung liegt (RS0079252). Nicht entscheidend ist es, ob dem Mieter im Hinblick auf das Vorhandensein einer Zweitwohnung die Aufgabe der aufgekündigten Wohnung unter Umständen zugemutet werden kann (RS0068874).

Von der Rechtsprechung wird jedoch die Verwendung der Wohnung nur ein- bis zweimal monatlich zu Nächtigungszwecken (9 Ob 96/03 p) oder als Absteigquartier oder nur aus Bequemlichkeit tagsüber (6 Ob 333/98 h) nicht als regelmäßige Verwendung zu Wohnzwecken beurteilt. Bei einem „Junggesellen“ wird jedoch kein allzu strenger Maßstab angelegt, da bei diesem ein familiärer Mittelpunkt schon begrifflich nicht in Betracht kommt und nur auf den Ort der Haushaltsführung als wirtschaftlicher Mittelpunkt abzustellen ist (RS0079241). Eine regelmäßige Verwendung liegt auch bei einem „Junggesellen“ nicht vor, wenn in dieser Wohnung nur zeitweise ausschließlich das Mittagessen eingenommen wird (1 Ob 674/88) oder gelegentliche Verrichtungen wie Baden und Wäsche waschen vorgenommen werden (7 Ob 516/89).

Die Nutzung der Wohnung durch den Mieter nur als „Freizeitwohnung“, wenn auch in einem beträchtlichen Ausmaß, verwirklicht jedenfalls den Kündigungsgrund des § 30 Abs. 2 Z 6 MRG (10 Ob 46/00 p).

Schon aus der vorab dargestellten kasuistischen Rechtsprechung geht hervor, dass die Beurteilung der Frage, ob von einer regelmäßigen Verwendung zu Wohnzwecken gesprochen werden kann, von den Umständen des konkreten Einzelfalles abhängig ist (7 Ob 273/06 g) und demgemäß generalisierende Aussagen nur unter diesem Vorbehalt möglich sind.

Sowohl im Fall der gänzlichen als auch teilweisen Weitergabe des Mietgegenstandes durch den Mieter kann der Mieter die Kündigung abwehren, wenn er beweist, dass er oder eine eintrittsberechtigte Person die Wohnung offenbar in naher Zeit dringend benötigt (RS0070679), wobei der Bedarf bereits zum Zeitpunkt der Weitergabe für den Mieter absehbar gewesen sein muss (ÖVI/Dirnbacher, MRG 2013, S. 507).

Der Mieter muss einen konkreten künftigen Bedarf nachweisen, der dann nicht vorliegt, wenn der Mieter selbst nicht konkret angeben kann, wann er die Wohnung für sich benötigen wird

(5 Ob 594/78; RS0068919). Bei dem Tatbestandselement „offenbar in naher Zeit“ kommt es nicht so sehr auf den Zeitraum, der auch ein Jahr erheblich übersteigen kann, an, sondern auf eine gesicherte Zukunftsprognose (1 Ob 179/04 m; 5 Ob 142/08 f).

6.2.3.2. § 30 Abs. 2 Z 4 2. Fall MRG

Gemäß dem 2.Fall des Kündigungstatbestandes des § 30 Abs. 2 Z 4 MRG kann auch die (teilweise) Überlassung des Mietgegenstandes durch den Mieter an einen Dritten gegen eine unverhältnismäßig hohe Gegenleistung den Vermieter zur Kündigung berechtigen.

Das Tatbestandselement der Gegenleistung wird im Regelfall durch eine Untervermietung verwirklicht, die leihweise oder prekaristische Überlassung (Couchsurfing) des Mietgegenstandes kommt daher nicht in Betracht. Die Gestattung der Untervermietung gibt dem Mieter nicht das Recht, aus der Untervermietung einen unverhältnismäßig hohen Vorteil zu ziehen (RS0070583).

Durch diese Bestimmung soll verhindert werden, dass der Hauptmieter unter Ausnützung des Mieterschutzes einem ihm nicht zustehenden Gewinn erzielt. Der Hauptmieter soll keinen unbilligen Vorteil ziehen (RS0070606).

Ob eine unverhältnismäßig hohe Gegenleistung vorliegt, ist vom erkennenden Gericht auf Grund der konkreten Umstände einzelfallbezogen nach pflichtgemäßem Ermessen zu beurteilen (RS0106983).

Bei der Beurteilung der Frage, ob eine unverhältnismäßig hohe Gegenleistung vorliegt, ist der Untermietzins den auf die untervermieteten Räume entfallenden Leistungen des Hauptmieters an den Vermieter gegenüberzustellen, wobei prinzipiell hierfür der Zeitpunkt der Aufkündigung maßgebend ist (RS0070593). Die zulässigen Zuschläge, die noch keine "unverhältnismäßig hohe Gegenleistung" darstellen, sind - abgesehen von sonstigen vom Hauptmieter dem Untermieter erbrachten Leistungen - auf den Hauptmietzins zuzüglich Betriebskosten, Umsatzsteuer und Erhaltungsbeitrag zu beziehen (9 Ob 88/03 m).

Bei einer teilweisen Untervermietung ist der auf die untervermieteten Räumlichkeiten entfallende aliquote Hauptmietzins als Vergleichsmaßstab heranzuziehen (MietSlg 46.371, 45.401), werden Räumlichkeiten vom Mieter und Untermieter gemeinsam benützt, ist die Verteilung aliquot vorzunehmen und daher der auf diese Räume entfallende Betrag zu halbieren (Reiber/Liehl, Die Kündigung im Mietrecht (2001), Rz 179).

Investitionen des Mieters, von denen der Untermieter profitiert, wie z.B. vom Vermieter angeschaffte und mitvermietete Einrichtungsgegenstände (9 Ob 97/97 y), sind zu berücksichtigen (5 Ob 121/08 t), wofür der Mieter beweispflichtig ist (8 Ob 517/90).

Investitionen des Untermieters auf das Bestandsobjekt sind jedoch unberücksichtigt zu lassen (4 Ob 508/87).

Aus der naturgemäß kasuistischen Judikatur des OGH zum übermäßigen Entgelt kann zusammengefasst generalisierend festgehalten werden, dass eine Überschreitung von 65-70 % als tolerabel angesehen wird, eine Überschreitung von 78,45 % als „gerade nicht“ überhöht, sowie eine Überschreitung von 84 % und darüber (jedenfalls ab 100 %) als überhöht (RS0068141; RS0070593; Prader, MRG⁴ (2013), § 30 MRG, E 298; ÖVI/Dirnbacher, MRG 2013, S. 508; *Winalek* in Lenk/Nikodem/Weinzinger/Winalek, MRG (2013), § 30 Rz 91, 92).

6.2.3.3. Das übermäßige Entgelt bei kurzfristiger Vermietung

Bei einer kurzfristigen Vermietung, die bei der Vermietung von Privatzimmern über Vermittlungsplattformen wohl der Regelfall sein wird, ist zu berücksichtigen, dass im Hinblick auf das Vorliegen eines übermäßigen Entgeltes nicht auf den Zeitpunkt der Kündigung abgestellt wird (MietSlg 23.391; Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht I²² (2009), § 30 MRG Rz 36; *Illedits-Lohr* in Illedits/Reich-Rohrwig, Wohnrecht-Kurzkommentar² (2015), § 30 MRG Rz 96; gegenteilig *Hausmann* in Hausmann/Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht³ (2013), § 30 MRG Rz 45).

Bei einer solchen Vermietung ist weiters, losgelöst von vorhergehenden und nachfolgenden Weitergaben (*Hausmann* in Hausmann/Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht³ (2013), § 30 MRG Rz 45), das Entgelt auf einen längeren Zeitraum zu verteilen, was bei einer ganz kurzfristigen Weitergabe ansonsten zu einer Verzerrung führen würde (4 Ob 2302/96 z; MietSlg 23.391;) und in einem solchen Fall nicht von der Erzielung eines dem Mieter nicht zustehenden Gewinns gesprochen werden kann (Reiber/Liehl, Die Kündigung im Mietrecht (2001), Rz 180).

Begründet wird dies vom OGH wie folgt (6 Ob 149/71 veröffentlicht in MietSlg 23.391):

Der Begriff des Verwertens enthält als notwendiges Tatbestandsmerkmal eine längere Dauer der Entgegennahme der unverhältnismäßig hohen Gegenleistung. Bei vorübergehender und kurzfristiger Untervermietung geht es daher nicht an, den für die kurze Zeitspanne der Untervermietung dem Hauseigentümer bezahlten Zins dem Untermietzins gegenüberzustellen. Bei anderer Ansicht müsste schon der Umstand, dass der Mieter jemanden für einen Tag zu einem höheren Betrag in die Wohnung aufnimmt, einen Kündigungsgrund abgeben. Das Gesetz will aber bloß verhindern, dass die Wohnung zu einer Erwerbsquelle wird, was man von einer von Anfang an nur auf kurze Zeit beabsichtigten Vermietung nicht sagen kann.

6.2.3.4. Conclusio

Die Geltendmachung eines der Kündigungstatbestände des § 30 Abs. 2 Z 4 MRG durch den Vermieter im Falle einer tatbestandmäßigen (teilweisen) Weitergabe des Mietgegenstandes durch den Mieter im Rahmen einer jeweils kurzfristigen Vermietung erscheint insbesondere dann, wenn der Mieter selbst die Wohnung noch teilweise weiterbenützt, nur schwer durchsetzbar.

Die Frage, ob durch eine solche entgeltliche Weitergabe ein übermäßiges Entgelt erzielt wird, kann im Sinne der vorab dargestellten Rechtsprechung nur jeweils einzelfallbezogen beurteilt werden. Bei einer kurzfristigen Untervermietung ist gemäß Rechtsprechung der erzielte Mietzins auf einen längeren Zeitraum aufzuteilen und ist jede der kurzfristigen Untervermietungen gesondert zu betrachten.

Der Vermieter hat – wie bereits bei der Bestimmung des § 1098 ABGB und § 11 MRG ausgeführt – daneben jedenfalls gegenüber dem vertragsbrüchigen Mieter einen Anspruch auf Unterlassung und einen Verwendungsanspruch gem. § 1041 ABGB, der dem Entgelt iSd § 27 Abs. 2 lit. b MRG entspricht.

6.2.3.5. Exkurs Weitergabe der Wohnung durch den Untermieter

Dem Untervermieter stehen im Rechtsverhältnis zum Untermieter gegenüber grundsätzlich die gleichen Kündigungsgründe zu, wie sie dem Vermieter gegen dem Mieter gem. § 30 Abs. 1 und Abs. 2 MRG zukommen (9 Ob 51/00 s; 1 Ob 2149/96 b).

Darüber hinaus kann ein Untermietverhältnis gem. § 30 Abs. 2 Z 12 MRG auch bei Verletzung wichtiger Interessen des Untervermieters aufgekündigt werden.

Wichtige Interessen des Untervermieters, in deren Verletzung dieser Kündigungsgrund besteht, sind alle Momente, die für den Untervermieter vom Standpunkt seiner Familieninteressen oder seiner geschäftlichen Bedürfnisse von maßgeblicher Bedeutung sind, ohne dass es sich geradezu um Lebensnotwendigkeiten handeln muss. Zu diesen Interessen gehört auch der Eigenbedarf, aber unter Anlegung eines weniger strengen Maßstabes als bei der Aufkündigung einer Hauptmiete und ohne Interessenabwägung oder Ersatzbeistellung (RS0070689).

Auch rein wirtschaftliche Interessen des Untervermieters können diesen Kündigungstatbestand verwirklichen, z.B. ein den Hauptmietzins nicht deckender Untermietzins (RS0070699).

7. Öffentlich rechtliche Beschränkungen der freien Vermietbarkeit zu touristischen Zwecken durch Raumordnungs-/Grundverkehrsvorschriften

7.1. Rechtslage

Mehrere landesgesetzliche Vorschriften sehen Beschränkungen für sog. „Freizeitwohnsitze“ vor, die dementsprechend Einfluss auf die Nutzung von Wohnsitzen durch kurzfristige Vermietungen zu touristischen Zwecken durch die Verfügungsberechtigten haben können.

Es sind dies

- in Salzburg das Salzburger Raumordnungsgesetz 2009 idF LGBl. Nr. 53/2011 (ROG 2009) iVm dem Grundverkehrsgesetz 2001 idF LGBl. Nr. 70/2012 (GVG 2001)
- in Tirol das Tiroler Raumordnungsgesetz 2011 idF LGBl. Nr. 130/2013 (TROG 2011) iVm Tiroler Grundverkehrsgesetz 1996 idF LGBl. Nr. 130/2013 (GVG 2001)
- in Kärnten das Kärntner Grundverkehrsgesetz 2002 idF LGBl. Nr. 85/2013 (K-GVG)
- in Oberösterreich das Oö Grundverkehrsgesetz 1994 idF LGBl. Nr. 90/2013 (Oö. GVG 1994)
- im Burgenland das Burgenländische Grundverkehrsgesetz 2007 idF LGBl. Nr. 26/2014 (Bgl. GVG 2007)
- in der Steiermark das Steiermärkische Grundverkehrsgesetz idF LGBl. Nr. 155/2014 (Stmk. Grundverkehrsgesetz) sowie
- in Vorarlberg das Gesetz über den Verkehr mit Grundstücken idF LGBl. Nr. 44/2013 (Grundverkehrsgesetz).

7.2. Gemeinsame Bestimmungen

Unter einem Freizeitwohnsitz (in Salzburg und der Steiermark: Zweitwohnsitz; in Vorarlberg: Ferienwohnung) wird im raumordnungsrechtlichen Sinne ein Wohnsitz verstanden, der ausschließlich oder überwiegend dem vorübergehenden Wohnbedarf zum Zwecke der Erholung oder Freizeitgestaltung dient. Die vorgenannten Landesgesetze sehen Beschränkungen der zivilrechtlichen Rechtserwerbe unter Lebenden an Grundstücken oder Grundstücksteilen (z.B. Wohnung) vor, wenn durch diesen Rechtserwerb ein Freizeitwohnsitz geschaffen werden soll.

Weiters ist den vorgenannten landesgesetzlichen Raumordnungsvorschriften gemein, dass die Begründung eines Freizeitwohnsitzes nicht bei der Wohnsitznahme in

Gastgewerbebetrieben oder in Wohnräumen, die im Rahmen der Privatzimmervermietung vermietet werden, vorliegen soll und dementsprechend die vorgesehenen Beschränkungen des zivilrechtlichen Rechtsverkehrs bei diesen Sachverhalten nicht gelten.

Demgemäß bestehen bei einer Privatzimmervermietung zu touristischen Zwecken keine Beschränkungen durch raumordnungsrechtliche Vorschriften, da durch eine solche (jeweils kurzfristige) Vermietung kein Freizeitwohnsitz (Zweitwohnsitz, Ferienwohnung) geschaffen wird.

Ausnahmen bestehen in den Bundesländern Salzburg und Tirol, welche offensichtlich gesetzgeberisch auch Fälle einer Vermietung zu touristischen Zwecken raumordnungsrechtlich erfassen wollten.

7.3. Sonderfall Salzburg

Gemäß § 31 ROG 2009 idF LGBl. Nr. 53/2011, welcher am 01.06.2011 in Kraft getreten ist, ist eine Verwendung als Zweitwohnung nur in ausgewiesenen Zeitwohnungsgebieten zulässig. Der Begriff des Zweitwohnsitzes wird im GVG 2001 nicht definiert und wird auf Grund des gegebenen sachlichen Zusammenhanges des GVG 2001 mit dem ROG 2009 für die Begriffsbestimmung des Zweitwohnsitzes auf die Festlegung in § 31 Abs. 2 ROG 2009 zurückgegriffen (VwGH, 2013/02/0223).

Gemäß § 31 Abs. 2 ROG 2009 liegt eine Verwendung als Zweitwohnung dann vor, wenn Wohnungen oder Wohnräume dem Aufenthalt während des Urlaubs, des Wochenendes oder sonstigen Freizeit Zwecken dienen und diese Nutzung nicht im Rahmen des Tourismus (gewerbliche Beherbergung, Privatzimmervermietung udgl.) erfolgt. Verfügungsrechte über Wohnungen und Wohnräume, die über den typischen Beherbergungsvertrag hinausgehen, schließen die Annahme einer Nutzung im Zusammenhang mit dem Tourismus aus.

Aus dieser Definition folgt, dass eine kurzfristige Vermietung von Wohnungen zu touristischen Zwecken (auch über Onlineplattformen) nicht eine Verwendung als Zweitwohnung im Sinne des § 31 Abs. 2 ROG 2009 darstellt. Der VwGH hat in der vorzitierten Entscheidung vom 12.12.2013, 2013/06/0078, klargestellt, dass die im letzten Satz des § 31 Abs. 2 ROG 2009 genannten Verfügungsrechte nur auf das „Einräumen von längerfristigen Mietrechten“ Bezug nimmt, keineswegs aber „bei nur tage- bzw. wochenweiser“ Vermietung.

Betreffend touristische Nutzungen regelt Abs. 5 dieser Bestimmung, dass eine touristische Nutzung von Wohnungen außerhalb von ausgewiesenen Zweitwohnungsgebieten Bauten mit mehr als 5 Wohnungen nicht zulässig ist. Daraus folgt im Umkehrschluss, dass eine touristische Nutzung von Wohnungen in Bauten mit weniger als 5 Wohnungen sehr wohl

zulässig ist. Für die Feststellung der Anzahl der vorhandenen Wohnungen im Sinne dieser Vorschrift ist nicht auf die zivilrechtlichen Eigentumsverhältnisse abzustellen, sondern ist ausschließlich die baubehördliche Bewilligungslage im Hinblick auf die Wohnungen maßgeblich (LVwG-3/53/18-2014; LVwG-3/54/18-2014: jeweils noch nicht rechtskräftig gemäß Telefonat mit LVwG Salzburg am 05.02.2015).

Bei Bauten mit mehr als 5 Wohnungen gilt dieses Verbot auch dann nicht, wenn es sich um Betriebe zur gewerblichen Beherbergung handelt, Apartmenthäusern, die als solche vor dem 01.01.1973 oder später auf Grund einer unter Anwendung des Art. III Abs. 2 der Raumordnungsgesetz-Novelle 1972, LGBl. Nr. 126, baubehördlich bewilligt worden sind oder für Wohnungen, die bereits vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes (01.04.2009 gem. § 81 Abs. 1 ROG 2009) rechtmäßig touristisch genutzt worden sind.

Zu letzterem Ausnahmetatbestand hat das Landesverwaltungsgericht Salzburg zur Frage, was unter einer „rechtmäßig touristischen Nutzung“ vor dem 01.04.2009 zu verstehen ist, festgehalten, dass in dem bis 31.03.2009 geltenden ROG 1998 eine § 31 Abs. 5 3. Satz ROG 2009 vergleichbare gesonderte Bewilligungspflicht für die „touristische Nutzung„ einer Wohnung nicht vorgesehen war und somit ein alleiniges Abstellen auf die bloße raumordnungsrechtliche Zulässigkeit der touristischen Nutzung der Wohnungen nicht in Betracht kommt (LVwG-3/53/18-2014; LVwG-3/54/18-2014: jeweils noch nicht rechtskräftig gemäß Telefonat mit LVwG Salzburg am 05.02.2015).

Demgemäß geht das LVwG Salzburg davon aus, dass für die Annahme einer „rechtmäßigen“ touristischen Nutzung einer Wohnung iSd § 31 Abs. 5 Z 3 ROG 2009 jedenfalls die ordnungsgemäßen Abgabemeldungen (bzw. Abgabenerklärungen) und die Entrichtung der Tourismusabgabe (allgemeine Ortstaxe) nach dem Ortstaxengesetz für den maßgeblichen Zeitraum vor dem Stichtag (01.04.2009) nachzuweisen sind (LVwG-3/12/5-2014: rechtskräftig gemäß Telefonat mit LVwG Salzburg am 05.02.2015).

7.4. Sonderfall Tirol

§ 13 Abs. 1 TROG 2011 bestimmt, dass neben Gastgewerbebetrieben zur Beherbergung von Gästen sowie Kur- und Erholungsheimen auch Gebäude mit höchstens 3 Wohnungen mit insgesamt höchstens 12 Betten, die während des Jahres kurzfristig an wechselnde Personen vermietet werden (Ferienwohnungen) und Wohnräume, die der Privatzimmervermietung dienen, jeweils nicht als Freizeitwohnsitz gelten.

Gemäß den erläuternden Bemerkungen zum Entwurf eines Gesetzes, mit dem das TROG 2006 geändert wird, sollten im Bereich der Beherbergung Betriebe, die nach außen zwar als Gastgewerbebetriebe zur Beherbergung von Gästen geführt werden, die jedoch nicht die

grundlegenden Mindestmerkmale solcher Betriebe, wie regelmäßige Raumreinigung und regelmäßiges Wechseln der Wäsche, ständige Erreichbarkeit einer Ansprechperson im Betrieb (Rezeption), aufweisen, dem Freizeitwohnsitzregime unterstellt werden.

Hinsichtlich der Ferienwohnungen erfolgt eine Einschränkung für Neubauten, für welche eine Baubewilligung erst nach dem 01.02.1996 rechtskräftig erteilt worden ist. Diese gelten nur dann nicht als Freizeitwohnsitze, wenn der Vermieter der Ferienwohnungen im betreffenden Gebäude seinen Hauptwohnsitz hat. Ferienwohnungen in Gebäuden, die in einem räumlichen Naheverhältnis stehen und eine einheitliche Gesamtplanung aufweisen, sind zusammenzuzählen.

Für den (in der Praxis durchaus häufig anzutreffenden) Fall einer kumulierten Vermietung von Ferienwohnungen und Wohnräumen im Rahmen einer Privatzimmervermietung sieht diese Bestimmung weiters vor, dass dann, wenn in einem Gebäude oder in Gebäuden, die in einem räumlichen Naheverhältnis stehen und eine einheitliche Gesamtplanung aufweisen, Ferienwohnungen und Wohnräume, die der Privatzimmervermietung dienen, untergebracht sind, die Zahl der Betten insgesamt 12 nicht überschreiten darf.

Erwähnenswert ist auch die Bestimmung in § 17 Abs. 2 TROG 2011 betreffend die nachträgliche Anmeldung von Freizeitwohnsitzen, da darin eine tatbestandsmäßige Verknüpfung zwischen Wohnungseigentums- und Raumordnungsrecht hergestellt wird.

Gemäß dieser Bestimmung ist bei Gebäuden mit mehr als drei im Wohnungseigentum stehenden Wohnungen, für die die Baubewilligung nach dem 21.09.1973 erteilt worden ist, weiters ein einstimmiger Beschluss aller Wohnungseigentümer oder an dessen Stelle eine gerichtliche Entscheidung vorzulegen ist, wonach der Verwendung der betreffenden Wohnung als Freizeitwohnsitz zugestimmt wird.

Diese Bestimmung berücksichtigt gemäß den erläuternden Bemerkungen zum Entwurf eines Gesetzes, mit dem das TROG 2006 geändert wird, die Entscheidung des VfGH, B 694/05. Gemäß dieser Entscheidung zum TROG 1997 hat nach dem Wohnungseigentumsgesetz keiner der Wohnungseigentümer die Befugnis, ohne Zustimmung der anderen Wohnungseigentümer die Verfügungsmöglichkeit über das Wohnungseigentum zu beeinträchtigen. Wenn die Inanspruchnahme von drei Wohnungen als Freizeitwohnsitz die Benützung von Wohnungen als Freizeitwohnsitz durch andere Wohnungseigentümer ausschließt, so ist dafür grundsätzlich ein einstimmiger Beschluss der Wohnungseigentümer erforderlich.

Gemäß einem Bericht in der Tiroler Tageszeitung vom 07.02.2015 (Autor: Peter Nindler) soll auf Grund der unverminderten Nachfrage nach Freizeitwohnsitzimmobilien und der dadurch

verbundenen Preisentwicklungen am Baulandmarkt das TROG 2011 noch im Laufe des Jahres novelliert werden.

8. Steuern & Abgaben

8.1. Ausgangslage

Neben den zivil- und gewerberechtlichen Rahmenbedingungen der Privatzimmervermietung ist auch der steuerliche und abgabenrechtliche Aspekt einer solchen Vermietung einer näheren Betrachtung zu unterziehen.

Fall 1: Wenn schon eine gewerbliche Tätigkeit vorliegt und die Online-Plattform Airbnb nur als „Vermarktungsforum“ verwendet wird, sind die Einkünfte bereits bisher im Gewerbebetrieb enthalten gewesen und es ergibt sich keine Änderung der Verhältnisse, bzw. sind die Einkünfte aus der Zimmervermietung bei den Erlösen aus der gewerblichen Tätigkeit zu berücksichtigen.

Fall 2: Ähnliches gilt, wenn bereits eine Vermietung (und Verpachtung) vorgenommen wird, welche bereits beim Finanzamt gemeldet ist und Einkünfte erklärt werden. Da die Vermietung der Zimmer schon bisher steuerlich erfasst wurde, ergibt sich auch keine Änderung der Verhältnisse, da es sich auch hier nur um eine neue Vermarktungsform handelt (sofern nicht zusätzliche Zimmer vermietet werden).

Fall 3: Bisher wurden nur negative Einkünfte aus der Vermietung erzielt (Liebhaberei): Eine neue Vermarktung (z.B. online-Buchungen) kann eine Änderung der Bewirtschaftung nach sich ziehen, damit eine Änderung der Verhältnisse, und das kann eine neue Liebhabereiprüfung nach sich ziehen, wodurch wieder Einkünfte vorliegen können (vgl. Jakom, Kommentar EStG, § 2 EStG Rz 254).

Fall 4: Bisher keine Vermietungseinkünfte: Es wird erstmals eine Wohnung gegen Entgelt vermietet.

Die nachfolgenden Regelungen beziehen sich auf die Fälle 3 und 4 (Änderung bzw. Neufälle der Verhältnisse):

8.2. Beginn einer Vermietung

Gemäß § 120 Bundesabgabenordnung idF BGBl. Nr. I 105/2014 (BAO) sind dem Finanzamt binnen einem Monat alle Umstände anzuzeigen, welche eine Abgabepflicht begründen, ändern oder beenden. Ein meldepflichtiger Sachverhalt liegt vor, wenn Einkünfte erzielt werden, wobei die Vermietung von Wohnraum entweder unter die Einkunftsart Gewerbebetrieb, Vermietung und Verpachtung oder Land- und Forstwirtschaft (Nebenerwerb) fallen kann.

Wurde eine Wohnung schon bisher vermietet und laut Finanzamt als Liebhaberei eingestuft (da laufend Verluste entstanden sind), hat durch die Änderung der Vermarktung eine Neubeurteilung zu erfolgen, sodass ab diesem Zeitpunkt wieder Einkünfte vorliegen können.

8.3. Liebhaberei – negative Einkünfte

Werden aus einer Betätigung (Einkunftsquelle) keine Gewinne bzw. Überschüsse der Einnahmen über die Werbungskosten erzielt, sondern ständig nur Verluste erwirtschaftet, so kann unter Umständen „Liebhaberei“ vorliegen. Liebhaberei liegt gemäß § 1 Abs. 2 Z. 3 Liebhabereiverordnung II idF BGBl. II Nr. 15/1999 (LVO II) dann vor, wenn aus der Bewirtschaftung von Eigenheimen, Eigentumswohnungen und Mietwohngrundstücken mit qualifizierten Nutzungsrechten ständig Verluste erzielt werden. Dabei kann nicht einfach vom Steuerpflichtigen behauptet werden, dass „Liebhaberei“ vorliege, vielmehr ist dies anhand objektiver Kriterien festzustellen. Damit diese Beurteilung gemacht werden kann, sind die Einnahmen den Werbungskosten gegenüberzustellen und ist im Regelfall eine Prognoserechnung für die nächsten 20 Jahre zu erstellen. Stellt sich aufgrund dieser Prognoserechnung heraus, dass in diesem Zeitraum kein positiver Gesamtüberschuss erzielt werden kann, wird das Finanzamt die Vermietung als Liebhaberei beurteilen.

Liegt Liebhaberei vor, sind diese Einkünfte steuerlich unbeachtlich, dh sie wirken sich nicht auf das Einkommen aus. Liegen jedoch Gewinne (Überschüsse) vor bzw. kann innerhalb der nächsten 20 Jahre ein Gesamtüberschuss erwirtschaftet werden, dann wird keine Liebhaberei unterstellt und sind die aus der Vermietung erzielten Einkünfte steuerlich beachtlich (gemäß LVO II beträgt der Beobachtungszeitraum für die Erzielung eines Gesamtüberschusses bei einer kleinen Vermietung 20 Jahre ab Beginn der entgeltlichen Überlassung, maximal 23 Jahre ab dem erstmaligen Anfallen von Aufwendungen).

Bei der Vermietung von Wohnungen ist grundsätzlich jede einzelne Wohnung alleine zu betrachten und zu beurteilen; eine Wohnung in einem Einfamilienhaus ist ebenfalls als eigene Beurteilungseinheit zu sehen (VwGH, 2005/14/0125).

Wenn nach Größe und Bauart des Objekts ausgeschlossen werden kann, dass es sich für die Nutzung im Rahmen der privaten Lebensführung eignet, gilt diese Betätigung auch bei Vorliegen von Verlusten im Anlaufzeitraum als Einkunftsquelle. (Jakom, Kommentar EStG, § 2 EStG Rz. 249). Der Anlaufzeitraum beträgt hier 3 Jahre ab Beginn einer Betätigung bzw. innerhalb der ersten fünf Kalenderjahre ab dem erstmaligen Anfallen von Aufwendungen (§ 2 Abs. 2 iVm § 1 Abs. 1 LVO II). Fallen nach dem Anlaufzeitraum weitere Verluste an, ist innerhalb von 25 Jahren ab Beginn der Betätigung (bzw. 28 Jahre ab Anfallen von Aufwendungen) nachzuweisen, dass die Absicht besteht, einen Gesamtgewinn zu erzielen.

Diese Absicht kann insbesondere durch das marktkonforme Verhalten sowie der Bemühungen zur Verbesserung der Ertragslage nachgewiesen werden.

8.4. Wann liegen welche Einkünfte vor

Eine gewerbliche oder betriebliche Tätigkeit liegt grundsätzlich bereits dann vor, wenn Einkünfte aus einer selbständigen, nachhaltigen Betätigung mit Gewinnerzielungsabsicht und Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr vorliegt. Dieser Tatbestand wird bereits durch eine zweimalige Vermietung einer Wohnung verwirklicht (= nachhaltig).

Ob nun ein Gewerbebetrieb (betrieblich) oder eine Vermietung und Verpachtung (außerbetrieblich) vorliegt, hängt vom Umfang der Leistungen ab, insbesondere ob Nebenleistungen erbracht werden, wie beispielsweise ob nur ein Zimmer vermietet wird, oder auch Nebenleistungen (zB ein Frühstück) verabreicht wird, bzw. in welchem Umfang (Bettenanzahl, Anzahl der Apartments) diese Vermietung stattfindet.

Werden maximal zehn Betten mit Frühstück, oder fünf Apartment ohne Nebenleistungen vermietet, liegt noch eine außerbetriebliche Vermietung und Verpachtung vor. Wird diese Grenze überschritten, liegen betriebliche Einkünfte vor, welche als „Einkünfte aus Gewerbebetrieb“ zu erfassen sind (in § 6 Abs. 2 LuF-Pausch VO 2011 werden zehn Betten als Obergrenze angeführt; die kurzfristige Vermietung von fünf mit Kochgelegenheit ausgestatteten Apartments an Saisongäste fällt gemäß VwGH, GZ 93/14/0134 noch unter Vermietung und Verpachtung).

Eine Sonderform gibt es bei einer Zimmervermietung im Rahmen eines land- und forstwirtschaftlichen Nebenerwerbs. Darunter sind Nebentätigkeiten zu verstehen, die nach ihrer wirtschaftlichen Zweckbestimmung dem land- und forstwirtschaftlichen Hauptbetrieb untergeordnet sind. Das klassische Beispiel ist „Urlaub am Bauernhof“. Unter einer Privatzimmervermietung im Rahmen des land- und forstwirtschaftlichen Betriebes können maximal zehn Fremdenbetten bzw. fünf mit Kochgelegenheiten ausgestatteten Apartments berücksichtigt werden (Rz 5073 EStR iVm VwGH, 82/14/0248). Hier zählen zehn Betten mit Frühstück oder fünf Apartment noch zum Nebenerwerb und damit zu den land- und forstwirtschaftlichen Einkünften (und gehören damit zu den betrieblichen Einkünften). Liegen mehr Fremdenbetten oder Apartments vor, handelt es sich um einen Gewerbebetrieb.

Die Unterscheidung, ob betriebliche oder außerbetriebliche Einkünfte vorliegen ist entscheidend für die Ermittlung der Einkünfte (Pauschalierung, Überschussrechnung, Abschreibungssätze) sowie ob eine Sozialversicherungspflicht vorliegt.

Für das Vorliegen von Einkünften reicht es grundsätzlich aus, wenn Einnahmen erzielt werden, dabei ist es in der Regel unerheblich wie hoch diese Einnahmen sind.

8.5. Wie ist der Überschuss (Gewinn) zu ermitteln

Im betrieblichen Bereich kann der Gewinn durch Betriebsvermögensvergleich (Bilanz), Einnahmen-Ausgaben-Rechnung oder Pauschalierung ermittelt werden. Welche Gewinnermittlungsart anzuwenden ist, hängt im wesentlichen vom Umsatz und der Rechtsform des Betriebes ab. Der betriebliche (gewerbliche) Bereich soll hier nicht näher erläutert werden, da in diesen Fällen regelmäßig ein Hotel- oder Gastgewerbebetrieb vorliegt, welcher ohnedies bereits steuerlich erfasst ist.

Bei einem land- und forstwirtschaftlichen Nebenerwerb ist der Gewinn aus der Privatzimmervermietung durch Einnahmen-Ausgaben-Rechnung zu ermitteln, dabei können die Ausgaben mit 50% der Betriebseinnahmen angesetzt werden (§ 6 Abs. 2 LuF-Pausch VO). Die Einkünfte aus dem Nebenerwerb sind zusätzlich zu den pauschalierten land- und forstwirtschaftlichen Einkünften anzusetzen.

Im außerbetrieblichen Bereich (Vermietung und Verpachtung) ist eine Überschussrechnung zu erstellen. Dabei müssen alle Einnahmen und Werbungskosten wie beispielsweise Betriebskosten, Hausversicherung, Grundsteuer, etc. berücksichtigt werden. Maßgeblich ist das Zahlungsdatum. Daneben können noch Zinsen und Abschreibungen berücksichtigt werden. Daraus ist der Überschuss zu ermitteln. Im außerbetrieblichen Bereich (Vermietung und Verpachtung) gibt es keine Pauschalierungsmöglichkeit.

Sollten im Rahmen der Vermietung Dienstnehmer beschäftigt werden, sind die Kosten dafür als Werbungskosten abzugsfähig und vermindern den Überschuss. Dabei dürfen diese Dienstnehmer keine Leistungen an die Gäste erbringen, sondern lediglich Hilfstätigkeiten, wie beispielsweise Reinigungstätigkeiten. Zu beachten ist, dass die Dienstnehmer immer vor Arbeitsbeginn bei der GKK angemeldet werden müssen, auch wenn deren Lohn die Geringfügigkeitsgrenze nicht übersteigt oder nur ein kurzfristiges Beschäftigungsverhältnis vorliegt. Wenn die Geringfügigkeitsgrenze überschritten wird, ist für die Dienstnehmer Sozialversicherung zu entrichten (Gebietskrankenkasse) – eventuell auch Lohnsteuer, abhängig der Lohnhöhe.

Bei einer Vermietung und Verpachtung gibt es keinen Kollektivvertrag, aber eine „Mindestentlohnung“ (angelehnt an Hotel-KV) muss auch für geringfügig Beschäftigte eingehalten werden. Lohnnebenkosten (Dienstgeberbeitrag, Zuschlag zum Dienstgeberbeitrag, Kommunalsteuer) können anfallen, wenn die Lohnsumme aller Dienstnehmer die maßgeblichen Grenzwerte überschreitet. So besteht beispielsweise

Kommunalsteuerpflicht wenn die Bemessungsgrundlage (Summe der Arbeitslöhne) den Grenzwert von EUR 1.460 im Kalendermonat übersteigt; darunter gibt es einen Freibetrag von EUR 1.095 (siehe § 9 Kommunalsteuergesetz 1993 idF BGBl. I Nr. 76/2011 [KommStG 1993]).

Die Dienstnehmer müssen den bezogenen Lohn in der persönlichen Einkommensteuererklärung angeben und auch entsprechend versteuern.

8.6. Einkommensteuer

Grundsätzlich besteht ab dem ersten EURO Einkommensteuerpflicht, dabei werden alle Einkünfte zusammengerechnet (Einkommen) und daraus wird die Einkommensteuer berechnet. Für die ersten EUR 11.000 beträgt die Einkommensteuer EUR 0,00 danach steigt der Steuersatz progressiv an (über EUR 60.000 beträgt der Steuersatz 50%).

Das Einkommensteuergesetz kennt 7 Einkunftsarten. Für jede Einkunftsart ist der Gewinn (Überschuss) zu ermitteln, und im Anschluss werden alle Einkunftsarten zusammen gerechnet.

Beispiel:

Einkünfte aus Gewerbebetrieb EUR 20.000,00 und Einkünfte als Dienstnehmer (Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit) EUR 16.000,00 und Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung EUR 3.000,00 => somit beträgt das Gesamteinkommen EUR 39.000,00 und daraus ergibt sich eine Steuerbelastung von EUR 11.160,00 bzw. ein Durchschnittssteuersatz 28,62% (ohne Berücksichtigung von Absetzbeträgen, Sonderausgaben, etc.).

Besteht nur ein Dienstverhältnis (Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit) dürfen daneben pro Jahr EUR 730,00 steuerfrei dazu verdient werden (= Veranlagungsfreibetrag); beträgt der Zuverdienst zwischen EUR 730 und 1.460 gibt es eine Einschleifregelung, die Einkünfte sind aber jedenfalls in die Einkommensteuererklärung aufzunehmen und damit einkommensteuerpflichtig.

8.7. (Gewerbliche) Sozialversicherung

Einkünfte aus der Vermietung von Wohnungen zählen zu den außerbetrieblichen Einkünften, deshalb fällt dafür keine gewerbliche Sozialversicherung an.

Liegen betriebliche (gewerbliche) Einkünfte vor, unterliegen diese im Regelfall der gewerblichen Sozialversicherungspflicht. Einkünfte aus einer Zimmervermietung im Rahmen eines land- und forstwirtschaftlichen Nebenerwerbs zählen zu den betrieblichen Einkünften

(Einkünfte aus Land- und Forstwirtschaft) und erhöhen damit die Bemessungsgrundlage für die Sozialversicherung der Bauern.

8.8. Ortstaxen/Tourismusabgaben

Ortstaxen werden für Nächtigungen in Gemeindegebieten eingehoben, die nicht dem dauernden Wohnbedarf dienen. Der Ortstaxe unterliegen insbesondere alle Nächtigungen in Räumen, die der Beherbergung von Gästen im Rahmen des Gastgewerbes oder der Privatzimmervermietung dienen. Die Höhe der Ortstaxe wird in einzelnen Landesgesetzen geregelt und von der Gemeindevertretung mit Verordnung festgesetzt.

Die Ortstaxe ist eine Tourismusabgabe, welche im wesentlichen der Finanzierung der Tourismus-Infrastruktur dient. Die gesetzlichen Regelungen finden sich in den jeweiligen Landesgesetzen, wobei es zum Teil erhebliche Unterschiede zwischen den einzelnen Bundesländern gibt.

8.8.1. Ortstaxen/Nächtigungsabgaben nach Bundesland für Privatzimmervermieter:

Salzburg (*Salzburger Ortstaxengesetz 2012 idF LGBl. Nr. 42/2014*):

Für Gemeinden in denen kein Tourismusverband besteht, ist eine Ortstaxe von höchstens EUR 2,00 zu entrichten; in all jenen, in denen ein Tourismusverband besteht, iHv max. EUR 1,50.

Wien (*Wiener Tourismusförderungsgesetz idF LGBl. Nr. 50/2013*):

Die Höhe der Abgabe wird wie folgt berechnet:

3,2 % des Beherbergungsentgeltes

-UST

-Frühstück

- 11% Pauschalabzug

Niederösterreich (*NÖ Tourismusgesetz 2010 idF LGBl. Nr. 7400-2*):

Hier wird keine Ortstaxe, sondern eine Nächtigungstaxe erhoben. Die Höhe wird aufgrund der Ortsklasse festgesetzt:

Ortsklasse I- Kurorte:	EUR 2,20
Ortsklasse I:	EUR 1,50
Ortsklasse II- Kurorte:	EUR 1,30
Ortsklasse II:	EUR 1,00
Ortsklasse III:	EUR 0,50

Kärnten (*Kärntner Orts- und Nächtigungsgesetz idF LGBl. Nr. 85/2013*):

Die Ortstaxe ist durch Verordnung des Gemeinderates je Person und Nächtigung zwischen EUR 0,36 und EUR 2,00 festzusetzen.

Steiermark (*Steiermärkisches Nächtigungs- und Ferienwohnungsabgabegesetz 1980 idF LGBl. Nr. 56/2014*):

Die Ortstaxe für Privatzimmervermieter beträgt EUR 1,50.

Burgenland (*Burgenländisches Tourismusgesetz 2014 idF LGBl. Nr. 63/2014*):

Die Höhe der Ortstaxe beträgt EUR 1,50 pro Person und Nächtigung im Gemeindegebiet (nicht bei Kurorten).

Vorarlberg (*Gesetz über die Förderung und den Schutz des Tourismus idF LGBl. Nr. 44/2013*):

Die Gästetaxe ist mit höchstens EUR 2,10 je Nächtigung festzusetzen.

Tirol (*Tiroler Aufenthaltsabgabegesetz 2003 idF LGBl. Nr. 150/2012*):

Die Abgabe für Nächtigungen in Beherbergungsbetrieben beträgt EUR 0,55 je Person und Nächtigung. Die Landesregierung hat durch Verordnung für das Gebiet eines Tourismusverbandes die Abgabe höchstens mit EUR 3,00 festzusetzen, sofern dies zur Erfüllung der Aufgaben des Tourismusverbandes erforderlich ist.

Oberösterreich (*Tourismusabgabe-Gesetz 1991 idF LGBl. Nr. 117/2012*):

Die Tourismusabgabe ist vom Gemeinderat mit min EUR 0,23 und höchstens EUR 2,00 pro Nächtigung festzusetzen.

8.8.2. Tourismusabgaben/Interessentenbeiträge nach Bundesland für Privatzimmervermieter

Salzburg (*Salzburger Tourismusgesetz 2003 idF LGBl. Nr. 106/2013*):

Die Tourismusabgabe beträgt 3,6‰ des beitragspflichtigen Umsatzes, mindestens jedoch EUR 25,00.

Wien:

In Wien wird neben der Ortstaxe keine Tourismusabgabe erhoben.

Niederösterreich (NÖ Tourismusgesetz 2010 idF LGBl. Nr. 7400-2):

Bei Privatzimmervermietern ist der Beitrag vom Jahresumsatz zu bemessen. Als Jahresumsatz gilt die Summe der eingenommenen Nächtigungs- und Verpflegungsentgelte (Preis für Nächtigung und Verpflegung ohne Umsatzsteuer). Es gelten dabei folgende Prozentsätze:

Ortsklasse I - Kurorte:	3 %, höchstens EUR 500,00
Ortsklasse I:	3 %, höchstens EUR 330,00
Ortsklasse II – Kurorte:	1 %, höchstens EUR 170,00
Ortsklasse II:	1 %, höchstens EUR 110,00
Ortsklasse III:	1 %, höchstens EUR 60,00

Kärnten (Kärntner Tourismusabgabegesetz idF LGBl. Nr. 18/2012):

Die Höhe der Abgabe beträgt für den Abgabepflichtigen in Gemeinden mit Nächtigungen je Einwohner für die Abgabegruppe A (Privatzimmer):

bis zu 40	von 40 bis 80	über 80
3,58 ‰	3,78 ‰	3,98 ‰

ihres im Land Kärnten im zweitvorangegangenen Jahr erzielten abgabepflichtigen Umsatzes, mindestens jedoch EUR 16,30.

Steiermark (Steiermärkisches Tourismusgesetz 1992 idF LGBl. Nr. 57/2014):

Die Höhe des Interessentenbeitrages ergibt sich unter Berücksichtigung der für den Tourismusinteressenten zutreffenden Beitragsgruppe, Umsatzstufe und der Ortsklasse, in der jene Tourismusgemeinde eingestuft ist, in der die Beitragspflicht des Tourismusinteressenten besteht, aus der im Anhang angefügten Interessentenbeitragstabelle (Annahme des Umsatzes < 36.337,00):

Ortsklasse A:	EUR 93
Ortsklasse B:	EUR 70
Ortsklasse C und Stadt Graz:	EUR 46

Interessensbeitragstabelle Steiermark – Privatzimmervermietung

Umsatzstufe (in Euro)	Ortssklasse A	Ortssklasse B	Ortssklasse C und Stadt Graz
ab 3,633.642,00	17.176,--	12.881,--	8.588,--
2,906.913,00 bis < 3,633.642,00	13.676,--	10.305,--	6.869,--
2,180.185,00 bis < 2,906.913,00	10.305,--	7.728,--	5.151,--
1,962.167,00 bis < 2,180.185,00	9.274,--	6.955,--	4.637,--
1,744.148,00 bis < 1,962.167,00	8.243,--	6.182,--	4.121,--
1,526.130,00 bis < 1,744.148,00	7.213,--	5.410,--	3.605,--
1,308.111,00 bis < 1,526.130,00	6.182,--	4.637,--	3.091,--
1,090.093,00 bis < 1,308.111,00	5.151,--	3.864,--	2.575,--
872.074,00 bis < 1,090.093,00	4.121,--	3.091,--	2.059,--
654.056,00 bis < 872.074,00	3.091,--	2.318,--	1.544,--
436.037,00 bis < 654.056,00	2.059,--	1.544,--	1.029,--
218.019,00 bis < 436.037,00	1.029,--	771,--	513,--
72.673,00 bis < 218.019,00	341,--	256,--	170,--
36.337,00 bis < 72.673,00	190,--	141,--	93,--
< 36.337,00	93,--	70,--	46,--

Burgenland (*Burgenländisches Tourismusgesetz 2014 idF LGBl. Nr. 63/2014*):

Der Tourismusförderungsbeitrag ist von den Privatzimmervermietern in Form eines jährlichen Pauschalbetrages zu entrichten. Dieser beträgt für die

- Ortsklasse I: EUR 65,41
- Ortsklasse II: EUR 48,99
- Ortsklasse III: EUR 32,64
- Ortsklasse IV: EUR 16,32

Tirol (*Tiroler Tourismusgesetz 2006 idF LGBl. Nr. 15/2015*):

Beitragsgruppe I: Privatzimmervermieter: Die Grundzahl ist ein Prozentsatz des im Bemessungszeitraum in Tirol erzielten beitragspflichtigen Umsatzes (die Summe der steuerbaren Umsätze im Sinn des § 1 Abs. 1 Z 1 Umsatzsteuergesetz 1994 idF BGBl. I Nr. 40/2014 [UStG 1994]) oder der sonstigen Bemessungsgrundlage. Dieser Prozentsatz beträgt für die Beitragsgruppe I 100 v. H. Der Promillesatz ist der Wert des Quotienten aus der Summe der für erforderlich erachteten Einnahmen aus den Beiträgen der Pflichtmitglieder des Tourismusverbandes dividiert durch ein Tausendstel der zu erwartenden Summe aus den Grundzahlen der Pflichtmitglieder nach Abs. 2, den Mindestgrundzahlen der Pflichtmitglieder nach Abs. 6 und den fiktiven Grundzahlen der Pflichtmitglieder, die dem Beitrag von Kleinunternehmern nach Abs. 8 entsprechen. Er ist von der Vollversammlung mit höchstens einer Dezimalstelle festzusetzen und darf nicht niedriger als 6 v. T. und nicht höher als 15,8 v. T sein.

Jedoch gilt für Kleinstunternehmer:

- Ortsklasse A: EUR 54,00
- Ortsklasse B/Innsbruck u Feriendörfer: EUR 46,00
- Ortsklasse C: EUR 38,00

Vorarlberg (*Gesetz über die Förderung und den Schutz des Tourismus 2014 idF LGBl. 44/2013*):

Die Höhe des Tourismusbeitrages ergibt sich aus der Vervielfachung der Bemessungsgrundlage mit dem Hebesatz. Abgabegruppe 1: Privatzimmervermieter 90 v.H. Bemessungsgrundlage für das Jahr, in dem die abgabepflichtige Tätigkeit aufgenommen worden ist, ist der im vorher erwähnte Hundertsatz des in diesem Kalenderjahr erzielten abgabepflichtigen Umsatzes. Für das zweite und dritte Jahr ist Bemessungsgrundlage der Hundertsatz des im ersten Kalenderjahr erzielten abgabepflichtigen Umsatzes, erhöht um den Betrag, der nach allgemeinen wirtschaftlichen Erfahrungen bei einer ganzjährig ausgeübten Tätigkeit erzielt worden wäre.

Hebesatz:

(1) Die Gemeindevertretung hat durch Verordnung jährlich den Hebesatz festzusetzen. Dieser ergibt sich aus dem veranschlagten Gesamtaufkommen, geteilt durch die Summe der Bemessungsgrundlagen der für das vorangegangene Kalenderjahr zu entrichtenden Tourismusbeiträge.

(2) Das veranschlagte Gesamtaufkommen darf die Summe der Beträge, die unter Zugrundelegung der Ergebnisse des dem Beitragszeitraum zweitvorangegangenen Jahres zu ermitteln sind aus

a) der Anzahl der Gästenächtigungen in der Gemeinde, vervielfacht mit 50 v.H. des in diesem Zeitraum für die Gästetaxe gemäß § 16 Abs. 3 höchstzulässigen Betrages,

b) 0,5 v.H. des Ertrages an gemeindeeigenen Steuern zuzüglich 0,5 v.H. der Ertragsanteile der Gemeinden an den gemeinschaftlichen Bundesabgaben und der von der Landesregierung nach einem festen Schlüssel verteilten Bedarfszuweisungen, nicht überschreiten.

(3) Zur erstmaligen Berechnung des Hebesatzes haben die Abgabenschuldner innerhalb von drei Monaten nach Aufforderung durch die Gemeinde dieser jenen Umsatz bekannt zu geben, der für die Beitragsbemessung des Vorjahres maßgebend gewesen wäre.

(4) In der Berechnung nach Abs. 2 lit. a ist statt mit 50 v.H. mit 130 v.H. des höchstzulässigen Betrages zu vervielfachen, wenn in der Gemeinde im zweitvorangegangenen Jahr auf je einen Einwohner mindestens 80 Gästenächtigungen fielen. Bevor eine Gemeindevertretung den Hebesatz unter Inanspruchnahme dieser Bestimmung festsetzt, hat sie den für Angelegenheiten des

Oberösterreich (Tourismusabgabe-Gesetz 1991 idF LGBl. 117/2012):

	Prozentsätze	Mindestbeiträge
Ortsklasse A	0,35	EUR 43,00
Ortsklasse B	0,30	EUR 29,00
Ortsklasse C	0,20	EUR 29,00
Linz, Wels, Steyr	0,20	EUR 29,00

8.9. Umsatzsteuer

Wenn die Einnahmen (Erlöse) die Kleinunternehmergrenze (EUR 30.000 als Nettogröße) übersteigen, besteht Umsatzsteuerpflicht. In diesem Fall muss von den Erlösen Umsatzsteuer entrichtet werden, für Beherbergungserlöse im Regelfall 10%.

Es ist zu unterscheiden, ob es sich um Wohnungen für Wohnzwecke handelt (im Regelfall dauerhaft von einer/mehreren Personen für eigene Wohnzwecke verwendet), oder ob es sich um Beherbergung handelt (Beherbergung liegt vor, wenn die Wohnung beispielsweise kurzfristig an Gäste vermietet wird).

Wird eine Wohnung als Ganzes an einen Betreiber vermietet und der Betreiber vermietet danach die Wohnung an Gäste, ist zu unterscheiden: die Vermietung der Wohnung vom Eigentümer an den Betreiber ist grundsätzlich umsatzsteuerfrei, da es sich um Geschäftsräumlichkeiten handelt (VwGH, 2007/15/0245, siehe auch Rz 1187 EStR) allerdings ist eine Option zur Umsatzsteuerpflicht mit 20% Umsatzsteuer möglich; der Betreiber vermietet an die Gäste grundsätzlich wieder mit 10% Umsatzsteuer (Beherbergung, kein Wahlrecht).

Diese Unterscheidung ist nicht immer leicht zu treffen, ein wesentliches Indiz ist die Rechnungslegung bzw. ob der Eigentümer noch Leistungen erbringt (wie beispielsweise Reparaturen, Zimmerreinigung, Übergabe).

Wenn Umsatzsteuerpflicht besteht, kann von den Werbungskosten die Vorsteuer zurück erstattet werden. Zu beachten ist immer, dass die Vorsteuer nur von den anteiligen Kosten erstattet werden kann (wird beispielsweise nur ein Drittel der Wohnung vermietet, dann kann auch nur von einem Drittel der Betriebskosten die Vorsteuer erstattet werden).

Zu beachten ist, dass für die Ermittlung der Kleinunternehmergrenze nicht nur die Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung sondern auch die anderen Einkünfte berücksichtigt werden müssen (insbesondere Einkünfte aus Land- und Forstwirtschaft, selbständige Einkünfte, Einkünfte aus Gewerbebetrieb).

Beispiel:

Ein Arzt erzielt Umsatzerlöse in Höhe von EUR 40.000,00 und vermietet daneben noch eine Wohnung mit Vermietungserlösen von netto EUR 2.000,00 (Zahlungseingang brutto EUR 2.200,00) => damit wird insgesamt die Kleinunternehmergrenze überschritten (Umsatzerlöse iHv EUR 42.000,00) => die Umsätze aus der ärztlichen Tätigkeit sind umsatzsteuerfrei, für die Umsatzerlöse aus der Vermietung sind 10% Umsatzsteuer (EUR 200,00) zu entrichten.

Auf die Kleinunternehmergrenze kann auch verzichtet werden. Dies wird dann sinnvoll sein, wenn hohe Investitionen anfallen. Wird die Vermietung innerhalb von 20 Jahren beendet, muss die Vorsteuer aus den Anschaffungskosten anteilig wieder zurückgezahlt werden.

Muss der Vermieter eine Provision für die Vermittlung der Wohnung bezahlen, so hängt die umsatzsteuerliche Behandlung davon ab, ob die Provision an ein österreichisches Unternehmen bezahlt wird (dann fallen im Regelfall immer 20% Umsatzsteuer an) oder ob die Provision an ein ausländisches Unternehmen bezahlt wird. In diesem Fall ist wie folgt zu unterscheiden:

- a) Der Vermieter ist umsatzsteuerlich Unternehmer, führt Umsatzsteuer ab und holt sich die Vorsteuer zurück => in diesem Fall stellt das ausländische Unternehmen (Provisionsempfänger) eine Rechnung ohne Umsatzsteuer aus, mit dem Hinweis auf „Übergang der Steuerschuld auf den Rechnungsempfänger – reverse charge“: In diesem Fall schuldet der Vermieter die Umsatzsteuer und kann sich diese sofort wieder als Vorsteuer abziehen (Umsatzsteuersatz 20%).
- b) Gleicher Sachverhalt wie unter a): Allerdings ist der Vermieter ein Kleinunternehmer => in diesem Fall kommt es ebenfalls zu einem Übergang der Steuerschuld auf den Vermieter, allerdings kann sich dieser die Umsatzsteuer nicht als Vorsteuer abziehen, und muss diese an das Finanzamt abführen, Steuersatz 20% (vgl. Rz. 638o UStR: Kleinunternehmer und pauschalierte Land- und Forstwirte fallen unter den Unternehmerbegriff des § 2 UStG 1994).
- c) Die Vermietung wurde als Liebhaberei eingestuft => in diesem Fall gilt die Vermietung aus umsatzsteuerlicher Sicht als „Nichtunternehmer“ (§ 2 Abs. 5 Z. 2 UStG 1994), eine Vermittlungsleistung an einen Nichtunternehmer bzw. in Verbindung mit einem Grundstück wird am Ort der vermittelten Leistung = Grundstücksort ausgeführt => in diesem Fall muss sich der Provisionsempfänger in Österreich registrieren lassen und unterliegt der österreichischen Umsatzsteuer.

8.10. Was ist noch zu beachten

Der Verkauf einer Wohnung (Haus) ist einkommensteuerpflichtig. Seit 01.04.2012 ist vom Veräußerungsgewinn (Verkaufserlös abzüglich Anschaffungskosten bzw. Buchwert) Einkommensteuer in Höhe von 25% zu entrichten (für Altfälle kann der Steuersatz auch 3,5% bzw. 15% des Verkaufserlöses betragen). Wurde die Wohnung von Beginn an und mindestens 2 Jahre, oder innerhalb der letzten 10 Jahre zumindest 5 Jahre als Hauptwohnsitz verwendet, gibt es eine Steuerbefreiung für Gebäude und Grundstück. Voraussetzung ist allerdings, dass die Wohnung zu mindestens 2/3 als Hauptwohnsitz verwendet wurde. Wurde mehr als 1/3 der Wohnung vermietet, steht die Hauptwohnsitzbefreiung nicht mehr zu und es besteht volle Einkommensteuerpflicht.

Herstellerbefreiung: Wurde ein Haus selbst hergestellt, ist der Gewinn aus dem Verkauf des Gebäudes einkommensteuerfrei (Grundstück ist einkommensteuerpflichtig). Wurden jedoch innerhalb der letzten 10 Jahre (Vermietungs-)Einkünfte erzielt, ist der Verkauf in jedem Fall einkommensteuerpflichtig (mit 25% des Veräußerungsgewinns).

Die Einkünfte aus der Vermietung einer Wohnung können sich auf das Kinderbetreuungsgeld, den Alleinverdienerabsetzbetrag, Wohnbauförderung, etc. auswirken.

8.11. Varianten / Rechenbeispiele für steuerliche Belastung

Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung:

- Erlös pro Tag EUR 55,00, es wird an 100 Tagen vermietet = Erlöse EUR 5.500 p.a.
- Vermittlungsprovision von EUR 5,00 pro Tag = EUR 500 p.a.
- Die Anschaffungskosten des Gebäudes betragen EUR 200.000,00 (davon 80% Gebäude, davon 1,5% Abschreibung pro Jahr = 2.400 pro Jahr) => Annahme: vom Gebäude werden 35% vermietet (von nutzbarer Fläche) => abzugsfähige Abschreibung anteilig EUR 230,14
- Betriebskosten (Heizung, Wasser, etc.) EUR 275 pro Monat = anteilig EUR 316,44 p.a.
- Strom, Internet, Kabel-TV EUR 80 pro Monat = anteilig EUR 92,05 p.a.
- Überschuss der Einnahmen (Gewinn) = EUR 4.361,37
- Annahme: Ortstaxe wird extra kassiert und in voller Höhe an Stadt/Gemeinde abgeführt (Erlös = Werbungskosten)

Beispiel 1 – Pensionist, Vermietung, Kleinunternehmer:

Der Steuerpflichtige erhält eine Pension von EUR 15.259,96 pro Jahr (Einkünfte aus lohnsteuerpflichtigen Einkünften), dafür wurde Lohnsteuer in Höhe von EUR 1.248,32 einbehalten; zusätzlich wird nun eine Wohnung vermietet, mit jährlichen Einkünften (Überschuss, Gewinn) von EUR 4.361,37 => daraus ergibt sich eine Einkommensteuernachzahlung von EUR 1.592,00 (der Durchschnittssteuersatz auf das gesamte Einkommen beträgt 8,14% bzw. vom Vermietungsgewinn fallen 36,50% Einkommensteuern = 1.592,00 an); da der Steuerpflichtige Kleinunternehmer ist, fällt keine Umsatzsteuer an => sollte die Vermittlungsprovision an einen ausländischen Unternehmer bezahlt werden, dann muss dennoch Umsatzsteuer in Höhe von EUR 100,00 abgeführt werden (= 20% der Vermittlungsprovision iHv EUR 500,00; Reverse Charge, Übergang der Steuerschuld auf den Vermieter, jedoch kein Vorsteuerabzug da Kleinunternehmer).

Beispiel 2 – Arzt, Vermietung:

Annahme: Die Einkünfte aus der ärztlichen Tätigkeit betragen EUR 66.100,00 pro Jahr. Daneben gibt es noch Vermietungseinkünfte von EUR 4.361,37 => daraus ergibt sich eine Einkommensteuerzahlung von EUR 25.436,00 (der Durchschnittssteuersatz auf das gesamte Einkommen beträgt 36,13% bzw. für die Vermietungseinkünfte müssen 50% Einkommensteuer = EUR 2.181,00 abgeführt werden); der Arzt ist umsatzsteuerlich Unternehmer, dh von den Vermietungserlösen muss 10% Umsatzsteuer abgeführt werden = EUR 550,00 (in diesem Fall würde der Brutto-Preis pro Tag EUR 60,50 betragen = Erlös 55,00 + 10% Ust).

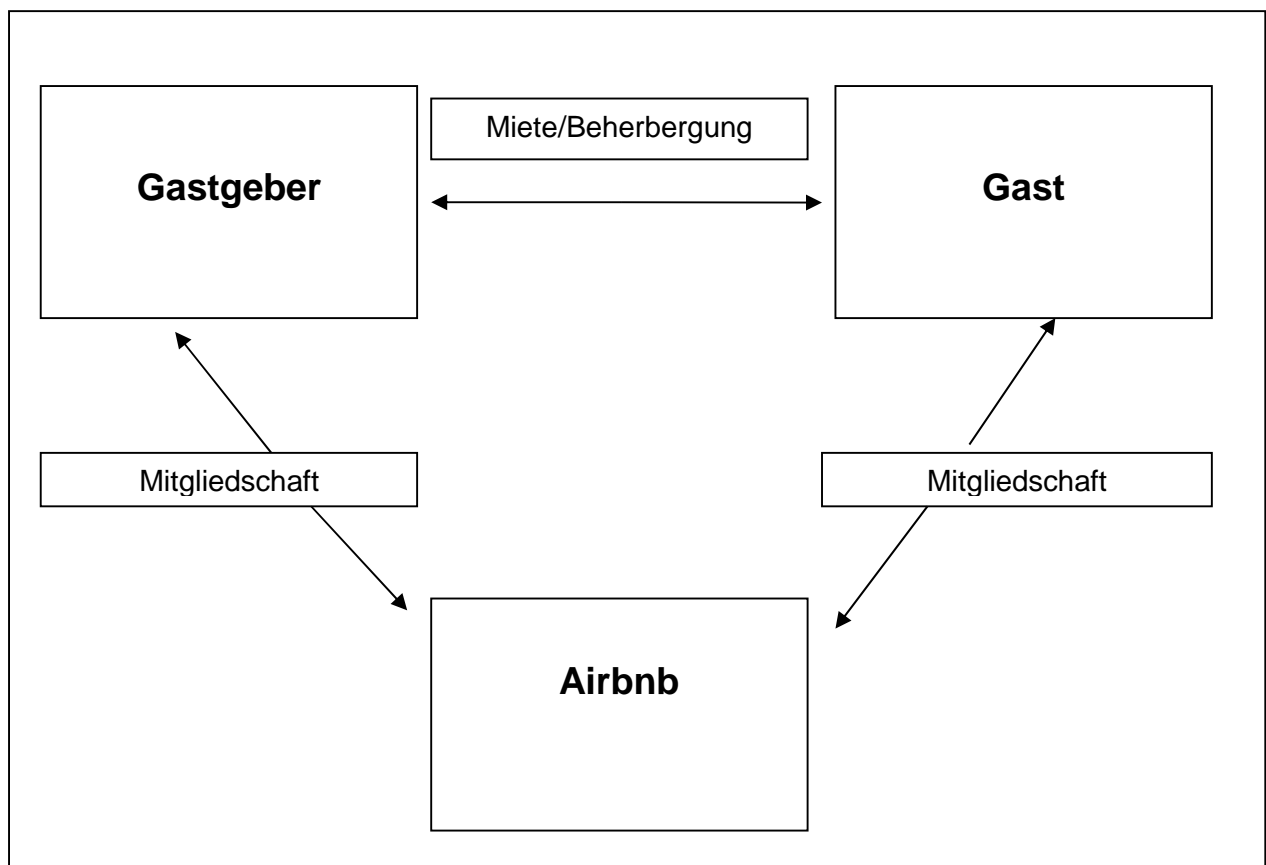
9. Die Vermietung von Unterkünften über die Onlineplattform Airbnb

9.1. Rechtsverhältnisse

Der Vertrieb von Wohnraum zu touristischen Zwecken über eine Onlinevertriebsplattform bedingt, dass drei Vertragsparteien Rechtsverhältnisse untereinander abschließen, wobei unabhängig von der zivil- und gewerberechtlichen Qualifikation des abgeschlossenen Vertrages betreffend die kurzfristige Überlassung von Wohnraum zu touristischen Zwecken das Wording von Airbnb für die Vertragsparteien „Gastgeber“ und „Gast“ sowie für das Bestandobjekt „Unterkunft“ verwendet wird:

Folgende Vertragsverhältnisse sind zu unterscheiden:

- Gastgeber – Airbnb
- Gastgeber – Gast
- Gast – Airbnb



Im Rahmen dieser Studie wird auf das Rechtsverhältnis Gastgeber – Airbnb und auf das Rechtsverhältnis Gastgeber – Gast im Hinblick auf anwendbare Normen des internationalen Privatrechts eingegangen.

9.2. Rechtsverhältnis Gastgeber – Airbnb

Gemäß den auf <https://www.airbnb.at/terms> veröffentlichten Bedingungen (Stand 13.02.2015) gelten im Rechtsverhältnis zwischen Airbnb und Gastgebern folgende rechtsgeschäftliche Bedingungen, welche der Gastgeber durch Erstellung eines Airbnb - Kontos und Erwerb einer Mitgliedschaft, die Voraussetzung ist, um eine Unterkunft zu buchen oder ein Inserat zu stellen, akzeptiert:

- Nutzungsbedingungen
- Datenschutzregeln
- Gastgeber-Garantie
- Rückzahlung für Gäste
- IP-Richtlinie
- Safe Harbor

Diese Bedingungen werden ergänzt u.a. durch unter https://www.airbnb.de/home/cancellation_policies abrufbare Stornierungsbedingungen.

Die nachfolgende Darstellung beschränkt sich auf Regelungen in den Nutzungsbedingungen, der Gastgeber-Garantie, der Rückzahlung für Gäste sowie den Stornierungsbedingungen.

9.2.1. Anwendbares Recht

Gemäß Hinweis in den Nutzungsbedingungen erfolgte die letzte Aktualisierung am 30.06.2014.

Wenn der Gastgeber „außerhalb der USA“ wohnt (somit seinen gewöhnlichen Aufenthalt nicht in den USA hat), ist der Vertragspartner Airbnb Ireland. Weitere Angaben zu Airbnb Ireland betreffend Rechtsform, Adresse, etc., finden sich in den unter <https://www.airbnb.at/terms> abrufbaren Nutzungsbedingungen nicht (Stand 13.02.2015). In den unter <https://www.airbnb.de/terms> abrufbaren Nutzungsbedingungen (Stand 13.02.2015) findet sich am Schluss noch der Punkt „Impressum“ und werden dort folgende unternehmensbezogene Informationen offengelegt:

Airbnb Ireland

The Watermarque Building, South Lotts Road

Ringsend, Dublin 4

Ireland

Umsatzsteuer-Identifikationsnummer: 9827384L

Firmennummer (Irish Companies Registration Office): 511825

Es wird für Gastgeber mit einem gewöhnlichen Aufenthalt außerhalb der USA eine Rechtswahl auf irisches Recht getroffen. Diese Rechtswahl ist gem. Art. 3 Rom I-VO zulässig. Sollte es sich beim Gastgeber um einen Verbraucher iSd KSchG handeln, ist zu berücksichtigen, dass gem. Art. 6 Abs. 2 Rom I-VO diese Rechtswahl nicht dazu führen darf, dass dem Verbraucher der Schutz der Normen des sonst gem. Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO grundsätzlich anzuwendenden Recht des Verbraucherstaats entzogen wird und ist diesbezüglich ein Günstigkeitsvergleich vorzunehmen (*Musger* in KBB⁴ (2014), Art. 6 Rom I-VO Rz 5).

Weiters ist in § 13a Abs. 2 KSchG bei Verbraucherverträgen mit Auslandsbezug geregelt, dass § 6 KSchG und die §§ 864a, 879 Abs. 3 ABGB zum Schutz des Verbrauchers ohne Rücksicht darauf anzuwenden sind, welchem Recht der Vertrag unterliegt, wenn dieser im Zusammenhang mit einer in Österreich entfalteten, auf die Schließung solcher Verträge gerichteten Tätigkeit des Unternehmers zustande gekommen ist. Bei dieser Bestimmung handelt es sich um eine Eingriffsnorm iSd Art. 9 Rom I-VO und können die vorgenannten Bestimmungen sowohl das Recht eines EWR-Mitgliedsstaates als auch das Recht eines Drittstaates verdrängen, wenn das anzuwendende Recht für den Verbraucher nachteiliger ist als das österreichische (*Kathrein/Schoditsch* in KBB⁴ (2014), § 13a KSchG Rz 2).

Dass Airbnb verbraucherschutzrechtlich offensichtlich im Zusammenhang mit Mitgliedern, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland haben, bereits ein Problembewusstsein entwickelt hat, kann man daraus ersehen, dass in den Nutzungsbedingungen „*Sonderbestimmungen für Nutzer in Deutschland*“ enthalten sind, die sich vor dem Hintergrund der §§ 305-310 (Gestaltung rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse durch Allgemeine Geschäftsbedingungen) des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 22. Juli 2014 (BGBl. I S. 1218) geändert worden ist (BGB), mit der gegenüber den allgemeinen Regelungen eingeschränkten Möglichkeit der einseitigen Änderung der Geschäftsbedingungen durch Airbnb und der Haftungsbeschränkung von Airbnb beschäftigen.

9.2.2. Nutzerverhalten

In den Nutzungsbedingungen finden sich an mehreren Stellen Vorgaben an das Nutzerverhalten, wonach insbesondere die Gastgeber durch ihre Angebote nicht gegen „*örtliche, staatliche, Landes-, Bundes-, oder nationale Gesetze oder Vorschriften oder Gerichtsanordnungen, insbesondere Beschränkungen nach Bauordnungsrecht und Steuervorschriften*“ sowie gegen Vereinbarungen, die der Gastgeber mit Dritten geschlossen hat, wie z.B. „*gegen Verträge mit Wohnungseigentümergeinschaften oder gegen Eigentumswohnungs-, Leasing- oder Mietverträge*“ verstoßen dürfen.

Aus diesen Bestimmungen erhellt, dass sich Airbnb offensichtlich bewusst ist, dass die konkrete Form der Vermietung durch die Gastgeber je nach lokalen zivil- und öffentlich-rechtlichen Rahmenbedingungen am gewöhnlichen Aufenthaltsort des Gastgebers problematisch sein kann.

Prinzipiell ist es somit Aufgabe des Gastgebers für die Abführung von Kommunalsteuern, sofern welche anfallen, Sorge zu tragen. In diesem Zusammenhang wird festgehalten, dass Airbnb in bestimmten Jurisdiktionen nach eigenem Ermessen gegebenenfalls entscheiden kann, *die Erhebung und Abführung von Beherbergungssteuern gegenüber Gästen im Namen und an Stelle von Gastgebern zu erleichtern, wenn das Steuerrecht in dieser Jurisdiktion Airbnb oder Gastgebern eine Pflicht zur Erhebung und Abführung von Beherbergungssteuern auferlegt.*“

Für Wien werden auf der Website unter <https://www.airbnb.at/help/article/897> (Stand 13.02.2015) Informationen zur Ortstaxe gem. Wiener Tourismusförderungsgesetz (Stand Dezember 2013) bereit gehalten und zur Berechnung der Ortstaxe eine Verlinkung zur Website der WKO unter https://www.wko.at/Content.Node/branchen/w/Hotellerie/Wiener_Ortstaxe_ab_01-01-2013.pdf hergestellt.

Laut ergänzenden Angaben in „Welche Kommunalsteuern werden für meine Unterkunft erhoben und wie ziehe ich diese ein?“ (Stand 13.02.2015) zieht Airbnb an folgenden Standorten Steuern ein und gibt sie an die jeweilige Kommune weiter:

- Multnomah County und Portland, Oregon, USA
- San Francisco, CA, USA
- Amsterdam, NL
- San Jose, CA, USA
- Chicago, IL, USA
- Distrikt Columbia, USA

9.2.3. Rolle von Airbnb

Airbnb tritt als Reisemittler auf und ist im Hinblick auf die Zurverfügungstellung der Onlineplattform an Dritte (Mitglieder) Hostprovider iSd § 16 E-Commerce-Gesetz idF BGBl. I Nr. 152/2001 (ECG). Es wird in den Nutzungsbedingungen mehrmals explizit festgehalten, dass Airbnb nicht Partei der zwischen Gastgeber und Gast abgeschlossenen Verträge wird und nicht verantwortlich ist für die geschalteten Inserate sowie die angebotenen Unterkünfte.

Für die vorgenannten Tätigkeiten erhält Airbnb vom Gast eine „Gastgebühr“ in Höhe von 6-12 % des Buchungspreises und vom Gastgeber eine „Gastgebergebühr“ in Höhe von 3 %

des Betrages, der von Airbnb an den Gastgeber ausgezahlt wird, jeweils zuzüglich allfälliger Umsatzsteuer. Die beiden vorgenannten Gebühren werden zusammengefasst als „Service-Gebühren“ bezeichnet („Was sind die Servicegebühren?“, Stand 13.02.2015).

Die Service-Gebühren werden zum Zeitpunkt der Buchungsbestätigung durch den Gastgeber durch Airbnb vom Gast eingezogen, ebenfalls die zwischen dem Gastgeber und Gast autonom festgelegte „Unterkunftsgebühr“ plus optionale „Reinigungsgebühr“ für die Anfangsreinigung der Unterkunft. Airbnb leitet die Zahlung der Unterkunftsgebühr abzüglich der Gastgebergebühr und die auf die Gastgebergebühr anfallenden Steuern, wie z.B. Umsatzsteuer, innerhalb von 24 Stunden nach Ankunft des Gastes an den Gastgeber weiter.

Die vorgenannte Gebührenregelung bedingt, dass Airbnb rechtsgeschäftlich als Vertreter des Gastgebers für die Einziehungen von Zahlungen agiert, um Zahlungen von Gästen im Namen des Gastgebers anzunehmen und liegt demgemäß im vorgenannten Umfang eine direkte Stellvertretung des Gastgebers durch Airbnb vor.

Sollte der Gastgeber eine Kautions vom Gast verlangen, wird ebenfalls Airbnb als Vertreter des Gastgebers bei der Einziehung entsprechender Zahlungen des Gastes vor der Ankunft des Gastes tätig.

9.2.4. Zustand der Unterkunft

Betreffend den Zustand der von einem Gastgeber zur Verfügung gestellten Unterkunft empfiehlt Airbnb unter dem Titel „Sauberkeit“ u.a. folgende Schritte:

- *Reinige jedes Zimmer, zu dem Dein Gast während seines Aufenthalts Zugang hat. Richte dabei besonderes Augenmerk auf das Badezimmer und die Küche.*
- *Stelle frisch gewaschene Handtücher und Bettwäsche zur Verfügung.*

Sofern ein Gastgeber in einer Unterkunft nur diese Dienstleistungen gegenüber dem Gast erbringt (Anfangsreinigung und einmalige Bereitstellung von Bettwäsche und Handtüchern), wird weder der Rahmen des zivil- noch des gewerberechtlichen Erlaubten bei reiner Privatzimmervermietung verlassen.

9.2.5. Stornierung

9.2.5.1. Stornierung durch den Gast

Gemäß den unter https://www.airbnb.de/home/cancellation_policies (Stand 13.02.2015) betreffend Stornierungen durch den Gast kann der Gastgeber zwischen standardisierten

Stornierungsbedingungen wählen, nämlich flexibel, moderat, streng, sehr streng oder Langzeitmiete.

- Flexible Stornierung: Stornomöglichkeit bis 1 Tag vor Reisebeginn und Rückerstattung des Buchungsbetrages abzüglich der angefallenen Servicegebühren (*Anmerkung:* von Airbnb empfohlen für deutsche Inserate)
- Moderate Stornierung: Stornomöglichkeit bis 5 Tage vor Reisebeginn und Rückerstattung des Buchungsbetrages abzüglich der angefallenen Servicegebühren
- Strenge Stornierung: Stornomöglichkeit bis 1 Woche vor Reisebeginn und Rückerstattung des Buchungsbetrages in Höhe von 50 % abzüglich der angefallenen Servicegebühren
- Sehr strenge Stornierung: Stornomöglichkeit bis 30 Tage vor Reisebeginn und Rückerstattung des Buchungsbetrages in Höhe von 50 % abzüglich der angefallenen Servicegebühren
- Langzeitmiete: Eine solche liegt vor bei einem Buchungszeitraum von über 28 Tagen. Wird eine solche Langzeitmiete vor Reisebeginn storniert, wird eine Stornogebühr in Höhe der ersten Monatszahlung fällig. *Anmerkung:* Einzelfallbezogen zu prüfen ist in diesem Fall, ob im Hinblick auf die jeweilige Vertragsdauer und das Bestehen eines sonstigen gewöhnlichen Aufenthalt des Mieters tatsächlich noch die Vermietung einer Freizeit-/Zweitwohnung iSd § 1 Abs. 1 Z 4 MRG vorliegt.

Bei sämtlichen Stornierungsbedingungen findet sich der Hinweis, dass Airbnb vermittelt, „*wenn es notwendig ist, und hat das letzte Wort in allen Streitfragen.*“

Dies bedeutet im Endeffekt, dass Airbnb entgegen der vorab genannten Darstellung sehr wohl Einfluss auf das Rechtsverhältnis zwischen Gast und Gastgeber nimmt, wobei man die Wendung, dass Airbnb „*das letzte Wort in allen Streitfragen*“ hat, objektiv aus Sicht eines redlichen Erklärungsempfängers iSd § 863 ABGB auch so verstehen kann, dass der Rechtsweg für Streitigkeiten zwischen Gastgeber und Gast betreffend Fragen der Stornierung ausgeschlossen sein soll. Ein solcher Ausschluss des Rechtsweges wäre nach öst. Rechtsverständnis sittenwidrig iSd § 879 ABGB (JBI 1969, 89).

Diese von Airbnb eingenommene Schiedsrichterfunktion kommt auch dadurch zum Ausdruck, dass in den Nutzungsbedingungen festgehalten ist, dass Airbnb nach alleinigem Ermessen entscheiden kann, „*ob es notwendig oder wünschenswert ist, eine über die Website, die Anwendung und die Dienste vorgenommene Buchung, die bestätigt wurde, zu stornieren.*“ Es wird auf die „in der Richtlinie über außergewöhnliche Umstände“ genannten

Gründe, welche unter https://de.airbnb.com/help/topic/251#extenuating_circumstances abrufbar ist, verwiesen.

Gemäß den Ausführungen in dieser Richtlinie (Stand 13.02.2015) unter dem Punkt „Mildernde Umstände für Stornierungen durch Gäste“ kann Airbnb *„die Stornierungsbedingungen ... eines Gastgebers übergehen und Entscheidungen über Rückerstattungen selbst treffen“*, dies zu Lasten des Gastgebers.

Die offensichtlich demonstrativ aufgezählten Fälle dieser mildernden Umstände umfassen nicht nur Fälle höherer Gewalt, die auch schon bei analoger Anwendung des § 1104 ABGB eine Zinsbefreiung vorsehen (Kroner/Reisenbahn, Das Hotel und seine Gäste (2010), S. 71f), sondern auch Fälle, die ausschließlich die Risikosphäre des Gastes betreffen und somit prinzipiell das Recht des Gastgebers auf Zahlung einer Stornogebühr durch den Gast nicht beschränken würde (*„Es gibt einen Todesfall in der Familie des Gastes; der Gast oder ein Familienmitglied des Gastes ist schwer erkrankt“*).

Bei (aliquoter) Rückzahlung der Buchungsgebühr im Falle der Stornierung durch den Gast wird Airbnb ebenfalls wieder als rechtsgeschäftlicher Vertreter des Gastes tätig.

9.2.5.2. Stornierung durch den Gastgeber

Im Falle einer Stornierung einer bestätigten Buchung durch den Gastgeber wird in den Nutzungsbedingungen festgehalten, dass Airbnb mehrere Maßnahmen gegen den Gastgeber ergreifen kann:

- Verhängung von Strafen oder
- andere Maßnahmen gegen den Gastgeber oder in Bezug auf sein Inserat, insbesondere
 - die Veröffentlichung einer automatisierten Bewertung im Inserat, die angibt, dass eine Buchung durch den Gastgeber storniert wurde,
 - der Kalender für das Inserat des Gastgebers wird für den Zeitraum der stornierten Buchung nicht zur Verfügung gestellt oder blockiert, oder
 - die Verrechnung einer Stornogebühr, die von zukünftigen Auszahlungen einbehalten wird.

Betreffend Stornogebühr folgt noch die Erklärung, dass Airbnb den Gastgeber vor einer Entscheidung informiert. Zur Höhe dieser Stornogebühr findet sich unter „Wie storniere ich eine Buchung als Gastgeber?“ (Stand 13.02.2015) die Information, dass sich diese auf „\$

50,-- für jede Stornierung nach der ersten in einem Zeitraum von sechs Monaten oder \$ 100,-- für jede Stornierung nach der ersten in einem Zeitraum von sechs Monaten, die sieben Tage oder weniger vor Buchungsbeginn vorgenommen wird“, belaufen. Auf Grund des nicht eindeutigen Wortlautes ist diese Vertragsklausel auslegungsbedürftig.

Jedenfalls kann den Bedingungen entnommen werden, dass eine Stornierung einer bestätigten Buchung durch den Gastgeber prinzipiell unzulässig ist und dieser mit Strafmaßnahmen von Airbnb nach Wahl von Airbnb zu rechnen hat. Dies kann man auch daraus ersehen, dass die Stornierung durch den Gastgeber in der unter https://www.airbnb.de/terms/guest_refund_policy abrufbaren Richtlinie für Rückerstattungen an Gäste, auf welche in den Nutzungsbedingungen im Zusammenhang mit Stornierungen durch den Gastgeber verwiesen wird, als „Reiseproblem“ definiert wird (Stand 13.02.2015).

Die weiteren darin genannten „Reiseprobleme“ betreffen wesentliche Abweichungen der Unterkunft von der Beschreibung im Inserat, sowie die mangelnde Sauberkeit und hygienischen Bedingungen in der Unterkunft.

Im Falle eines „Reiseproblems“ hat der Gastgeber Airbnb innerhalb von 30 Tagen nach Aufforderung durch Airbnb alle Zahlungen zu erstatten, die Airbnb an den Gast geleistet hat.

Es wird darauf hingewiesen, dass die Rechte der Gäste aus der Erstattungsrichtlinie den Stornierungsbedingungen des Gastgebers vorgehen und *„alle im Zusammenhang mit dem Reiseproblem von Airbnb getroffenen Entscheidungen für Gäste und Gastgeber endgültig und bindend sind,“* unabhängig davon, ob das Vorliegen eines „Reiseproblems“ vom Gastgeber bestritten wird.

Hinsichtlich der von Airbnb eingenommenen Schiedsrichterfunktion, der Vornahme von Leistungen auch bestrittener Forderungen zu Lasten des Gastgebers und Ausschluss des Rechtsweges kann auf die Ausführungen unter Punkt 9.2.5.1. betreffend Stornierungen durch den Gast verwiesen werden.

Auch bei Stornierungen durch den Gastgeber kann Airbnb bei Vorliegen von mildernden Umständen nach eigenem Ermessen auf „Strafen für die Stornierung“ verzichten. Diese mildernden Umstände sind offensichtlich demonstrativ im Beitrag „Mildernde Umstände für Stornierungen durch den Gastgeber“ (Stand 13.02.2015) aufgezählt und umfassen Todesfall in der Familie, schwere Erkrankung des Gastgebers oder eines Familienmitglieds, Naturkatastrophe/politische Unruhen im Land, Schäden an der Unterkunft, sowie Wartungsarbeiten, die die Möglichkeit Gäste aufzunehmen, beeinträchtigen.

In der Richtlinie für Rückerstattungen an Gäste wird hinsichtlich der Rechtswahl im Unterschied zu den Nutzungsbedingungen keine Unterscheidung dahingehend getroffen, ob

der Gastgeber seinen gewöhnlichen Aufenthalt in den oder außerhalb der USA hat und wird ganz allgemein auf die Anwendbarkeit des Rechts des Bundesstaates Kalifornien und der Vereinigten Staaten von Amerika unter Ausschluss derer kollisionsrechtlichen Bestimmungen verwiesen.

9.3. Gastgeber-Garantie

Airbnb bietet Gastgebern in bestimmten Ländern, darunter auch Österreich (Stand 13.02.2015), die Möglichkeit an, zur Absicherung gegen Schäden in der Unterkunft, die durch einen Gast verursacht wurden, eine Versicherung bis zu einer Deckungssumme von €700.000,00 abzuschließen, wobei die genauen Bedingungen insbesondere betreffend Deckungsumfang und Obliegenheiten des Gastgebers den unter https://www.airbnb.de/terms/host_guarantee abrufbaren Bedingungen der Airbnb-Gastgeber-Garantie (Stand 13.02.2015: letzte Aktualisierung 07.04.2014) entnommen werden können.

9.4. Beendigung der Mitgliedschaft durch Airbnb

Aus den Nutzungsbedingungen geht hervor, dass Airbnb nach *„eigenem Ermessen und ohne Haftung ... , mit und ohne Grund, mit oder ohne vorherige Benachrichtigung“* das Airbnb-Konto eines Gastgebers/Gastes einschränken, sperren, deaktivieren oder kündigen kann. Ansprüche auf Entschädigung (auch bei bestätigten Buchungen) stehen den Mitgliedern von Airbnb in diesem Fall nicht zu.

Ergänzt wird diese Regelung in dem Unterkapitel „Inserate zu Unterkünften“ in den Nutzungsbedingungen, wonach sich Airbnb das Recht vorbehält, *„die Zugriffsmöglichkeit auf ein Inserat aus irgendeinem Grund jederzeit und ohne vorherige Ankündigung zu entfernen oder zu deaktivieren.“*

Nach österreichischem Rechtsverständnis ist ein solches beliebiges Ermessen eines Vertragspartners in Bezug auf Hauptleistungspflichten unzulässig (5 Ob 66/69), da einerseits der Vertragspartner gänzlich der Fremdbestimmung durch den anderen ausgeliefert wird („Element des Übermachtmissbrauchs“) und andererseits in der Regel derartige Unterwerfungen eines Vertragspartners auch in der Übermacht des anderen Vertragspartners ihren Grund haben (*Krejci* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ (2014), § 879 Rz 96f).

Auch der Ausschluss jedweder Haftung ist sittenwidrig iSd § 879 Abs. 1 ABGB (*Krejci* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ (2014), § 879 Rz 123).

9.5. Rechtsverhältnis Gastgeber – Gast bei internationalen Sachverhalten

Da – wie vorab dargestellt – Airbnb nicht Partei des zwischen dem Gastgeber und dem Gast abgeschlossenen Miet-/Beherbergungsvertrag wird, kommt somit auf dieses Vertragsverhältnis die in den Nutzungsbedingungen von Airbnb enthaltene Rechtswahlklausel auf irisches Recht nicht zur Anwendung.

Es stellt sich sohin die Frage, nach welchem materiellen Recht bei Sachverhalten mit internationalen Anknüpfungspunkten (Gast hat seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland) der zwischen Gastgeber und Gast abgeschlossene Vertrag zu beurteilen ist.

Als vertragliches Schuldverhältnis in Zivilsachen fällt ein solcher Vertrag in den Anwendungsbereich der Rom I-VO (Art. 1 Abs. 1) und ist das nach dieser Verordnung bezeichnete Recht auch dann anzuwenden, wenn es nicht das Recht eines Mitgliedsstaats der Europäischen Union ist (Art. 2). Sohin kommen die Bestimmungen der Rom I-VO auch dann zur Anwendung, wenn der Gast aus einem Drittstaat stammt.

Sollte es sich bei dem Vertrag zwischen Gastgeber und Gast um einen Mietvertrag handeln, bestimmt Art. 4 Abs. 1 lit. c Rom I-VO, dass ein solcher Vertrag dem Recht des Staates unterliegt, in dem die unbewegliche Sache gelegen ist. Bei in Österreich gelegenen Wohnungen kommt sohin österreichisches Recht zur Anwendung.

Art. 4 Abs. 1 lit. d Rom I-VO bestimmt eine Ausnahme für Mietverträge, die für höchstens 6 aufeinanderfolgende Monate zum vorübergehenden privaten Gebrauch abgeschlossen werden. In diesem Fall ist an das Recht des Staates anzuknüpfen, in dem der Vermieter seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, sofern der Mieter eine natürliche Person ist und dessen gewöhnlicher Aufenthalt in demselben Staat gelegen ist wie jener des Vermieters.

Sollte es sich bei dem Vertrag zwischen Gastgeber und Gast um einen Beherbergungsvertrag handeln, bestimmt Art. 4 Abs. 2 Rom I-VO, dass ein solcher Vertrag dem Recht des Staates unterliegt, in dem die Partei, welche die für den Vertrag charakteristische Leistung zu erbringen hat, ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat. Die charakteristische Leistung eines Beherbergungsvertrages ist die Unterbringung des Gastes und kommt auf Grund der Lage der Unterkunft somit ebenfalls österreichisches Recht zur Anwendung.

Dies gilt für beide Fälle auch dann, wenn der Gast im Rechtsverhältnis zum Gastgeber Verbraucher und letzterer Unternehmer im Sinne des KSchG sein sollte, da Art. 6 Abs. 4 lit. a und d Rom I-VO entsprechende Ausnahmebestimmungen vorsehen.