

Geschäftszahl:

LVwG-S-2883/001-2015

St. Pölten, am 12. Jänner 2017

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich erkennt durch Mag. Marzi als Einzelrichter über die Beschwerde der EN, in ***, ***, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Gänserndorf vom 15. September 2015, Zl. GFS2-V-15 11653/5, betreffend Bestrafungen nach der Gewerbeordnung 1994 (GewO 1994), zu Recht:

1. Spruchpunkt 1. des angefochtenen Straferkenntnisses wird gemäß § 50 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG) aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z 3 Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG) eingestellt.

2. Spruchpunkt 2. des angefochtenen Straferkenntnisses wird gemäß § 50 VwGVG folgendermaßen abgeändert:

a. Die Tatbeschreibung hat wie folgt zu lauten:

„Sie haben das Gastgewerbe selbständig, regelmäßig und in der Absicht ausgeübt, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, obwohl Sie die erforderliche Gewerbeberechtigung nicht erlangt haben. Dies dadurch, dass Sie im Zeitraum 1. November 2014 bis 30. Juni 2015 im ehemaligen „****“, ***, ***, Zimmer für 4 bis 6 Arbeiter der Firma H GmbH gegen Bezahlung einer Miete in der Höhe von € 2.357 (November 2014, € 2.000 (Dezember 2015) € 1.600 (Jänner bis Juni 2015) an diese GmbH vermietet haben; dabei wurden Handtücher bereitgestellt und die Nassräume (Dusche und Gang-WC) ausschließlich von Vermieterseite gereinigt.“

- b. Die verletzte Verwaltungsvorschrift gemäß § 44a Z 2 VStG hat „§§ 1 Abs. 2 iVm 94 Z 26 iVm 111 Abs. 2 Z 4 iVm 366 Abs. 1 Z 1 GewO 1994“ zu lauten.
 - c. Die angewendete Gesetzesbestimmung gemäß § 44a Z 3 VStG hat anstatt „§ 366 Abs. 1 1. Satz Gewerbeordnung 1994“ vielmehr „§ 366 Abs. 1 Einleitungssatz GewO 1994“ zu lauten.
 - d. Die verhängte Geldstrafe in der Höhe von 300 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe: 27 Stunden) wird auf den Betrag von 200 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe: 17 Stunden) herabgesetzt.
 - e. Die Kosten des verwaltungsbehördlichen Verfahrens werden gemäß § 64 Abs. 2 VStG mit 20,-- Euro neu festgesetzt.
3. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a Abs. 1 Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985 eine Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) nicht zulässig.

Zahlungshinweis:

Der zu zahlende **Gesamtbetrag** (Strafe/Kosten) beträgt daher **220,-- Euro** und ist gemäß § 52 Abs. 6 VwGVG iVm § 54b Abs. 1 VStG binnen zwei Wochen einzuzahlen.

Entscheidungsgründe:

1. Feststellungen:

1.1. Die Beschwerdeführerin ist seit 15. Juli 2014 gewerberechtliche Geschäftsführerin der Insolvenzmasse nach „D“ KG. Diese Insolvenzmasse ist seit 23. April 2014 Fortbetriebsberechtigte der „D“ KG. Die Beschwerdeführerin war seit der Gründung der D KG im Jahr 2007 die unbeschränkt haftende Gesellschafterin dieser KG.

Von 28. Jänner 2010 bis 31. Oktober 2014 war diese KG bzw. in der Folge die fortbetriebsberechtigte Insolvenzmasse Inhaberin einer Gewerbeberechtigung für das Gastgewerbe gemäß §111 Abs. 1 Z 2 GewO 1994 in der Betriebsart Gasthaus im Standort ***, ***, im ehemaligen „***“.

Mit 31. Oktober 2014 wurde endete die Gewerbeberechtigung der KG bzw. der Fortbetriebsberechtigten Insolvenzmasse aufgrund der Auflösung der Gesellschaft infolge Eröffnung des Konkursverfahrens.

Die Beschwerdeführerin persönlich war im Zeitraum 1. November 2014 bis 30. Juni 2015 nicht im Besitz einer Gewerbeberechtigung für das Gastgewerbe.

1.2. Die gesamte Liegenschaft mit der Adresse *** in ***, wurde vom Eigentümer mittels Pachtvertrag vom 19. März 2010 an die „D“ KG verpachtet. In diesen Vertrag ist als Nachfolgerin der „D“ KG die Beschwerdeführerin eingetreten.

Das Pachtobjekt besteht aus der gesamten Liegenschaft samt dem Gebäude, dem Gastgarten, der Wohnung im Halbstock, dem an der *** liegenden Hof, dem angebauten Lager sowie der separaten Garage. Im Gebäude befinden sich unter anderem das ehemalige Lokal „***“ sowie ein Saal, der durch Umbaumaßnahmen zu mehreren Zimmern (in der Folge: Fremdenzimmer) umfunktioniert wurde.

Die Fremdenzimmer verfügten jeweils über eine Dusche. Die WC-Anlagen für diese Fremdenzimmer befanden sich jedoch am Gang.

1.3. Vom 1. September 2014 bis 30. Juni 2015 nächtigten 4-6 Arbeiter der Firma H GmbH, darunter der Zeuge NB, gegen Bezahlung einer Miete in der Höhe von € 1.600 pro Monat in den Fremdenzimmern. Abweichend davon betrug die Miete für November 2014 € 2.354, für Dezember 2014 € 2.000. Die vorwiegend aus Ungarn stammenden Arbeiter arbeiteten für die Firma H GmbH auf einer nahegelegenen Baustelle und übernachteten für die Zeit der Arbeiten in den Fremdenzimmern.

Während des gesamten Zeitraumes wurden von Vermieterseite Handtücher und auch die Bettwäsche in den Zimmern bereitgestellt. Im September und Oktober 2014

wurde von Vermieterseite überdies Abendessen und auch Frühstück bereitgestellt. Die WC-Anlagen am Gang sowie die Duschen in den Zimmern wurden während des gesamten Zeitraumes ausschließlich von Vermieterseite gereinigt.

1.4. In den Monaten September und Oktober 2014 vermietete die fortbetriebsberechtigte Insolvenzmasse nach der „D“ KG die Zimmer an die Firma H GmbH.

Nach diesem Zeitpunkt war die Beschwerdeführerin die Vermieterin der Fremdenzimmer. Die Vermietung erfolgte durch die Beschwerdeführerin infolge Unterverpachtung der ihr im Rahmen des Pachtvertrages vom 19. März 2010 überlassenen Fremdenzimmer im Gebäude der Liegenschaft. Die Bezahlung erfolgte jeden Monat in bar, wobei der monatlich vereinbarte Betrag von den Arbeitern der H GmbH in einem Kuvert der Beschwerdeführerin oder ihrem Ehemann, dem Zeugen KN, übergeben wurde.

1.5. Mit dem angefochtenen Straferkenntnis wurde der Beschwerdeführerin Folgendes zur Last gelegt:

„Sie haben folgende Verwaltungsübertretungen begangen:

Zeit: 1.) 01.09.2014 bis 31.10.2014
2.) 01.11.2014 bis 30.06.2015

Ort: Standort: ***, ***

Tatbeschreibung:

1. Sie haben es als verantwortlich Beauftragte (gemäß § 9 VStG) des Unternehmens D KG mit Sitz in ***, ***, zu verantworten, dass dieses Unternehmen das reglementierte Gewerbe „Gastgewerbe in der Betriebsart "Gasthof“ selbstständig, regelmäßig und in der Absicht ausgeübt hat, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, obwohl das Unternehmen die erforderliche Gewerbeberechtigung nicht erlangt hat.

2. Sie haben das reglementierte Gewerbe „Gastgewerbe in der Betriebsart "Gasthof“ selbstständig, regelmäßig und in der Absicht ausgeübt, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, obwohl Sie die erforderliche Gewerbeberechtigung nicht erlangt haben.

Bei der Kontrolle am 01.04.2015 durch Beamte der Finanzpolizei Team *** für das Finanzamt *** hat der Arbeitnehmer NB der Firma H GmbH (mit Sitz in ***, ***) gegenüber den Organen der Finanzpolizei in der Niederschrift vom 01.04.2014 angeführt, dass 4 bis 6 Personen seit 01.09.2014 im ehemaligen Gasthaus "****" in ***, ***, gegen Bezahlung einer Miete in Höhe von € 1.600,- pro Monat genächtigt

hat und dass die Nassräume ausschließlich vom Vermieter gereinigt wurden und von diesem auch Handtücher bereitgestellt wurden. Die Zimmer wurden sowohl vom Mieter als auch vom Vermieter gereinigt.

Bei der Einvernahme des Geschäftsführers der Firma H GmbH, BR, durch Beamte der Finanzpolizei Team *** für das Finanzamt *** am 15.7.2015 hat dieser gegenüber den Organen der Finanzpolizei angegeben, dass eine unterschiedliche Anzahl von Arbeitern der Firma H seit 01.09.2014 im ehemaligen Gasthaus "****" in ***, ***, gegen Bezahlung genächtigt hat. Die Miete inkl. 10 % MWSt betrug für Oktober 2014 (15.-31.10.2014) € 1.600,--, für November 2014 (01.11.-30.11.2014) € 2.357,-- und für Dezember 2014 € 2.000,--. Für Jänner 2015 und Februar 2015 betrug die jeweilige Monatsmiete € 1.600,--. Für März 2015 bis Juni 2015 betrug die jeweilige Monatsmiete € 1.600,-- netto.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

zu 1. § 1 Abs. 2 iVm § 94 Ziff. 26 iVm § 111 Abs. 1 Ziff. 1 iVm § 366 Abs. 1 Ziffer 1 Gewerbeordnung 1994

zu 2. § 1 Abs. 2 iVm § 94 Ziff. 26 iVm § 111 Abs. 1 Ziff. 1 iVm § 366 Abs. 1 Ziffer 1 Gewerbeordnung 1994“

Wegen dieser Verwaltungsübertretungen wurden über die Beschwerdeführerin jeweils Geldstrafen in der Höhe von € 300 verhängt sowie ein Kostenbeitrag von jeweils € 30 zur Bezahlung vorgeschrieben. Als Erschwerungsgrund wertete die belangte Behörde zwei Vormerkungen wegen Übertretung des § 367 Z 5 GewO 1994 (Ausübung eines Gewerbes durch Geschäftsführers, der nicht mehr den im § 39 Abs. 2 festgelegten Voraussetzungen entspricht) sowie eine Übertretung des § 368 GewO 1994.

1.6. Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich die vorliegende – noch von der rechtsfreundlichen Vertretung der Beschwerdeführerin eingebrachte – Beschwerde, in welcher mit näherer Begründung die Aufhebung des Straferkenntnisses zur Gänze beantragt wird.

1.7. Die Beschwerdeführerin hat ein monatliches Nettoeinkommen von € 750 bei keinem Vermögen und Sorgepflichten für zwei Kinder („persönliche Verhältnisse“); sie wies – zum vorgeworfenen Tatzeitpunkt am 13. Mai 2015 – sechs verwaltungsrechtliche Vorstrafen auf, die nach wie vor nicht getilgt sind (2 x §§ 39 Abs. 2 iVm 367 Z 5 GewO 1994, 3 x §§ 1 Abs. 4 iVm 368 GewO 1994 sowie 1 x §§ 52 lit. a Z 1 iVm 99 Abs. 3 lit. a StVO).

2. Beweiswürdigung:

2.1. Diese Feststellungen gründen auf die Einsichtnahme ins Firmenbuch sowie den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung vom 20. Dezember 2016, in welcher Beweis erhoben wurde durch Verlesung des von der belangten Behörde vorgelegten Verwaltungsstrafakts, Einvernahme der Beschwerdeführerin, Verlesung der Vernehmungsprotokolle betreffend NB vom 1. April 2015 sowie betreffend BR vom 15. Juli 2015, Einvernahme der Zeugen KN, AO sowie NB.

2.2. Die Feststellungen sind im getroffenen Umfang weitgehend unstrittig, insbesondere was die Vermietung der Fremdenzimmer durch die fortbetriebsberechtigte Insolvenzmasse der „D“ KG in den Monaten September und Oktober 2014 betrifft als auch hinsichtlich der Zurverfügungstellung von Handtüchern, Bettwäsche und der Reinigung der WC-Anlagen am Gang; dass diese Tätigkeiten von Vermieterseite erbracht wurden, hat die Beschwerdeführerin in der mündlichen Verhandlung selbst zugestanden.

Hinsichtlich der Reinigung der Duschen durch die Vermieterseite folgt das Landesverwaltungsgericht der dahingehenden Aussagen des NB in seiner Vernehmung am 1. April 2015 sowie in der mündlichen Verhandlung vor dem Landesverwaltungsgericht.

2.3. Zur Feststellung, dass ab dem 1. November 2014 bis zum Ende des vorgeworfenen Tatzeitraumes die Beschwerdeführerin persönlich, und nicht der Verein „LM“ die Vermietung der Fremdenzimmer vornahm, gelangt das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich aufgrund nachstehender Überlegungen: Zunächst ist auszuführen, dass der Verein „LM“ erst seit *** existiert (vgl. den im Akt aufscheinenden Auszug aus dem Vereinsregister). Eine „nahtlose“ Vermietung nach Konkurs der D KG ab dem 1. November 2014 – wie von der Beschwerdeführerin und dem Zeugen KN vorgebracht – scheidet daher schon aus diesem Grund aus.

Weiters ist auf die „Überlassungsvereinbarung“ vom 30. November 2014 zwischen der Beschwerdeführerin und der H GmbH zu verweisen, zu welcher die Beschwerdeführerin in der mündlichen Verhandlung angegeben hat, dass das „damals die Vereinbarung“ war. In dieser Erklärung wird ausgeführt, dass die

Beschwerdeführerin als Pächterin der Liegenschaft die „Pensionszimmer“ 1, 5 und 6 als Arbeiterquartiere der H GmbH überlässt.

Für eine Vermietung durch die Beschwerdeführerin sprechen überdies die im Akt erliegenden Rechnungen, welche für die Monate November und Dezember 2014 sowie Jänner und Februar 2015 die Wendung „*** – D KG“ aufweisen, also der ehemaligen Firma der Beschwerdeführerin. Weiters findet sich für die Monate März bis Juni 2015 eine von der Beschwerdeführerin unterschriebene und mit 9. Juli 2015 datierte Rechnung für die Überlassung der Zimmer.

Überdies hat der Zeuge KN in seiner Vernehmung vor der Finanzpolizei am 13. Mai 2015 ausgesagt, dass die Vermietung der Zimmer „bis dato nicht Vereinsgegenstand“ ist, sondern von seiner Ehefrau, der Beschwerdeführerin, betrieben wird.

Auch BR, Geschäftsführer der H GmbH, hat in seiner Vernehmung vor der Finanzpolizei am 15. Juli 2015 angegeben, dass der Zeuge KN ihm gegenüber angegeben habe, dass nach dem Konkurs der D KG nunmehr die Beschwerdeführerin „die Geschäfte“ führt und „ursprünglich“ auch der Name der Beschwerdeführerin auf „dem Vertrag“ gestanden habe. Als Grund für die Auflösung des Mietverhältnisses gab BR den Konkurs der D KG an.

Hinsichtlich der von der Beschwerdeführerin vorgelegten Kontoauszüge des Vereins „LM“ ist auszuführen, dass darin Eingänge mit dem Vermerk „ABR. H 11,02“ über € 4.480 mit Datum 15. Mai 2015 sowie „ABR. H 03-06-1“ über € 6.400 mit Datum 29. Juni 2015 aufscheinen. Das Landesverwaltungsgericht zweifelt nicht an, dass diese Beträge von der Beschwerdeführerin – wie von ihr ausgesagt – an den Verein weitergegeben wurden.

Gegen eine Vermietung durch die Beschwerdeführerin sprechen die Aussage der Beschwerdeführerin sowie die – von seiner Aussage vor der Finanzpolizei abweichende – Aussage des Zeugen KN, dem Ehemann der Beschwerdeführerin, die in der Verhandlung vor dem Landesverwaltungsgericht beide angegeben haben, dass die Vermietung ab dem 1. November 2014 durch den Verein erfolgt sei.

Nach dem Vorgesagten ergibt sich für das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich, dass nach dem Konkurs der D KG die Beschwerdeführerin und nicht der Verein „LM“ als (der KG nachfolgende) Vermieterin fungiert hat. Dafür spricht ihre Rolle als ehemalige Gesellschafterin der KG und als Pächterin des Hauses sowie die auf ihren Namen lautende Überlassungserklärung betreffend die an die H GmbH weitergegebenen Zimmer. Überdies spricht dafür auch die Tatsache, dass alle Rechnungen entweder auf den Namen ihrer ehemaligen Firma bzw. auch ihren eigenen Namen erfolgt sind. Nicht zuletzt hält das Landesverwaltungsgericht auch die Aussage ihres Ehemanns vor der Finanzpolizei für wahr, wonach eben nicht der Verein, sondern die Beschwerdeführerin die Vermieterin der Zimmer sei; seine entgegengesetzte Aussage in der mündlichen Verhandlung vor dem Landesverwaltungsgericht sollte dagegen offenkundig seine Ehefrau schützen. Schließlich steht auch die Weitergabe der in den Kontoauszügen des Vereins „LM“ aufscheinenden Beträge durch die Beschwerdeführerin an den Verein – vor dem Hintergrund der übrigen, deutlich für die Vermietung durch die Beschwerdeführerin sprechenden Beweise – der Vermieterschaft der Beschwerdeführerin nicht entgegen.

3. Rechtliche Erwägungen:

3.1. Zur Aufhebung des Spruchpunktes 1. und Einstellung des Strafverfahrens in diesem Umfang:

Gemäß § 111 Abs. 1 GewO 1994 (in der im Beschwerdefall maßgeblichen Fassung des Tatzeitpunktes) bedarf es einer Gewerbeberechtigung für das Gastgewerbe (§ 94 Z 26) für die Beherbergung von Gästen (Z 1) sowie die Verabreichung von Speisen jeder Art und den Ausschank von Getränken (Z 2).

Gemäß § 111 Abs. 5 ist bei der Gewerbebeanmeldung (§ 339) die Betriebsart zu bezeichnen, in der das Gastgewerbe ausgeübt werden soll. Änderungen der Betriebsart sind der Behörde anzuzeigen.

Eine Bestrafung wegen unbefugter Gewerbeausübung gemäß § 366 Abs. 1 Z 1 GewO 1994 kommt nur bei Überschreitung des Umfanges der Gewerbeberechtigung, wie zB Verabreichung nicht angeführter Speisen, aber nicht

im Falle der Änderung der Betriebsart in Betracht (so auch *Gruber/Paliece-Barfuß*, GewO⁷ § 111 (Stand: 1.3.2015, rdb.at), Anmerkung 113).

Die fortbetriebsberechtigte Insolvenzmasse, deren gewerberechtliche Geschäftsführerin die Beschwerdeführerin war, war Inhaberin einer Gewerbeberechtigung gemäß § 111 Abs. 1 Z 2 GewO 1994 für das Gastgewerbe in der Betriebsart Gasthaus.

Der im Straferkenntnis erhobene Tatvorwurf, das Gastgewerbe in der Betriebsart Gasthof ohne entsprechende Gewerbeberechtigung ausgeübt zu haben liegt vor dem Hintergrund der Bestimmung des §§ 111 Abs. 5 GewO 1994 jedoch nicht vor. Vielmehr wurde es verabsäumt, die Änderung der Betriebsart bei der Gewerbebehörde anzuzeigen.

Ein derartiger Tatvorwurf wurde jedoch weder im angefochtenen Straferkenntnis noch in einer anderen Verfolgungshandlung erhoben, sodass dem Landesverwaltungsgericht Niederösterreich ein dahingehender Austausch des Tatvorwurfes verwehrt wäre, zumal eine Befugnis der Verwaltungsgerichte zur Ausdehnung des Gegenstandes des Verfahrens über die Sache des Verwaltungsstrafverfahrens hinaus nicht besteht (vgl. zB VwGH vom 16. März 2016, Ro 2014/04/0072).

Spruchpunkt 1. des angefochtenen Straferkenntnisses war daher aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z 3 VStG infolge Eintritts der Verfolgungsverjährung einzustellen.

3.2. Zu Spruchpunkt 2.:

3.2.1. Die maßgeblichen Bestimmungen der GewO 1994 in der im Beschwerdefall anzuwendenden Fassung vom 30. Juni 2015 lauten (auszugsweise):

„1. Geltungsbereich

§ 1. (1) Dieses Bundesgesetz gilt, soweit nicht die §§ 2 bis 4 anderes bestimmen, für alle gewerbsmäßig ausgeübten und nicht gesetzlich verbotenen Tätigkeiten.

(2) Eine Tätigkeit wird gewerbsmäßig ausgeübt, wenn sie selbständig, regelmäßig und in der Absicht betrieben wird, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, gleichgültig für welche Zwecke dieser bestimmt ist; hiebei macht es keinen Unterschied, ob der durch die Tätigkeit beabsichtigte Ertrag oder sonstige wirtschaftliche Vorteil im Zusammenhang mit einer in den Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes

fallenden Tätigkeit oder im Zusammenhang mit einer nicht diesem Bundesgesetz unterliegenden Tätigkeit erzielt werden soll.

(3) Selbständigkeit im Sinne dieses Bundesgesetzes liegt vor, wenn die Tätigkeit auf eigene Rechnung und Gefahr ausgeübt wird.

(4) Auch eine einmalige Handlung gilt als regelmäßige Tätigkeit, wenn nach den Umständen des Falles auf die Absicht der Wiederholung geschlossen werden kann oder wenn sie längere Zeit erfordert. Das Anbieten einer den Gegenstand eines Gewerbes bildenden Tätigkeit an einen größeren Kreis von Personen oder bei Ausschreibungen wird der Ausübung des Gewerbes gleichgehalten.

(5) Die Absicht, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, liegt auch dann vor, wenn der Ertrag oder sonstige wirtschaftliche Vorteil den Mitgliedern einer Personenvereinigung zufließen soll.

(6) [...]

II. Hauptstück **Bestimmungen für einzelne Gewerbe**

1. Reglementierte Gewerbe

§ 94. Folgende Gewerbe sind reglementierte Gewerbe:

1. [...]

[...]

26. Gastgewerbe

[...]

§ 111. (1) Einer Gewerbeberechtigung für das Gastgewerbe (§ 94 Z 26) bedarf es für

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

(2) Keines Befähigungsnachweises für das Gastgewerbe bedarf es für

1. den Ausschank und den Verkauf von in handelsüblich verschlossenen Gefäßen abgefüllten Getränken durch zur Ausübung des mit Omnibussen betriebenen Mietwagen-Gewerbes berechnete Gewerbetreibende an ihre Fahrgäste;
2. die Beherbergung von Gästen, die Verabreichung von Speisen jeder Art und den Verkauf von warmen und angerichteten kalten Speisen, den Ausschank von Getränken und den Verkauf dieser Getränke in unverschlossenen Gefäßen im Rahmen eines einfach ausgestatteten Betriebes, der in einer für den öffentlichen Verkehr nicht oder nur schlecht erschlossenen Gegend gelegen und auf die Bedürfnisse der Bergsteiger und Bergwanderer abgestellt ist (Schutzhütte);
3. die Verabreichung von Speisen in einfacher Art und den Ausschank von nichtalkoholischen Getränken und von Bier in handelsüblichen verschlossenen Gefäßen, wenn hiebei nicht mehr als acht Verabreichungsplätze (zum Genuss von Speisen und Getränken bestimmte Plätze) bereitgestellt werden;
4. die Beherbergung von Gästen, wenn nicht mehr als zehn Fremdenbetten bereitgestellt werden, und die Verabreichung des Frühstücks und von kleinen Imbissen und der Ausschank von nichtalkoholischen Getränken und von Bier in handelsüblichen verschlossenen Gefäßen sowie von gebrannten geistigen Getränken als Beigabe zu diesen Getränken an die Gäste;
5. die Verabreichung von Speisen und den Ausschank von Getränken nach Maßgabe des § 143 Z 7 der Gewerbeordnung 1994 in der Fassung vor dem In-Kraft-Treten der Novelle BGBl. I Nr. 111/2002, wenn die Verabreichung von Speisen und der Ausschank von Getränken im Zusammenhang mit der Ausübung des Buschenschankes (§ 2 Abs. 9) nach Maßgabe landesgesetzlicher Vorschriften erfolgt;
6. den Ausschank von nichtalkoholischen Getränken und den Verkauf dieser Getränke in unverschlossenen Gefäßen, wenn der Ausschank oder der Verkauf durch Automaten erfolgt.

(3) [...]

[...]

V. Hauptstück **Strafbestimmungen**

§ 366. (1) Eine Verwaltungsübertretung, die mit Geldstrafe bis zu 3 600 € zu bestrafen ist, begeht, wer

1. ein Gewerbe ausübt, ohne die erforderliche Gewerbeberechtigung erlangt zu haben;
2. [...]

3.2.2. Der Verwaltungsgerichtshof hat sich bereits wiederholt mit der Abgrenzung der Beherbergung von Gästen im Rahmen des Gastgewerbes einerseits und dem – der GewO 1994 nicht unterliegenden – bloßen Zurverfügungstellen von Wohnraum andererseits auseinandergesetzt. Im Erkenntnis vom 15. September 1992, 91/04/0041, wurde ausgeführt:

„Wie der Verwaltungsgerichtshof in seinem - zur diesbezüglich inhaltlich gleichen Rechtslage nach der GewO 1859 ergangenen - Erkenntnis vom 29. November 1963, Zl. 1758/62, dargetan hat, ist die Frage, ob gewerbsmäßige Fremdenbeherbergung anzunehmen ist, unter Bedachtnahme auf alle Umstände des Einzelfalles zu beantworten, und zwar im Besonderen unter Bedachtnahme auf den Gegenstand des Vertrages (bloß Schlafstelle und Wohnraum und dessen Umfang), Dauer des Vertrages, Verabredung in Ansehung von Kündigung und Kündigungsfristen, Nebenverabredung über Beistellung von Bettwäsche und Bettzeug, über Dienstleistungen wie Reinigung der Haupt- und der Nebenräume, der Bettwäsche, der Kleider usw. des Mieters, Beheizung udgl. sowie auf die Art und Weise, in welcher der Betrieb sich nach außen darstellt. Wie der Verwaltungsgerichtshof wiederholt ausgesprochen hat (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 23. Oktober 1974, Zl. 979/74) liegt eine dem Begriff der Fremdenbeherbergung zuzuordnende Tätigkeit dann vor, wenn gleichzeitig mit der Zurverfügungstellung von Wohnraum damit üblicherweise im Zusammenhang stehende Dienstleistungen erbracht werden. Dazu ist erforderlich, dass das aus dem Zusammenwirken aller Umstände sich ergebende Erscheinungsbild ein Verhalten des Vermieters der Räume erkennen lässt, das, wenn auch in beschränkter Form, eine laufende Obsorge hinsichtlich der vermieteten Räume im Sinne einer daraus resultierenden Betreuung des Gastes verrät. So ist z.B. die entgeltliche Vergabe von Bettstellen in einem Massenquartier selbst dann als Ausübung des Fremdenbeherbergungsgewerbes anzusehen, wenn in völlig unzureichendem Maße sanitäre Einrichtungen beigelegt werden und an Dienstleistungen dem Kunden gegenüber nur die gelegentliche Beistellung von Bettwäsche erbracht wird (vgl. das - zur inhaltlich gleichen Rechtslage nach der GewO 1859 ergangene - hg. Erkenntnis vom 8. November 1967, Slg. Nr. 7216/A).“

Im Erkenntnis vom 20. Oktober 1992, 91/04/0216, wurde ausgeführt:

„Wie der Verwaltungsgerichtshof wiederholt ausgesprochen hat (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 15. Dezember 1992, Zl. 91/04/0401, und die dort zitierte weitere

hg. Rechtsprechung), liegt eine dem Begriff der Fremdenbeherbergung zuzuordnende Tätigkeit dann vor, wenn gleichzeitig mit der Zurverfügungstellung von Wohnraum damit üblicherweise im Zusammenhang stehende Dienstleistungen erbracht werden. Fehlt es an solchen Dienstleistungen, dann muss die Frage, ob es sich dennoch um eine konzessionspflichtige Beherbergung von Gästen handelt, an Hand der sonstigen Merkmale der zu prüfenden Tätigkeit beantwortet werden, insbesondere auch unter Bedachtnahme auf die Art und Weise, wie sich der Betrieb nach außen darstellt (vgl. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 24. Juni 1983, Zl. 82/04/0056). Es ist erforderlich, dass das sich aus dem Zusammenwirken aller Umstände ergebende Erscheinungsbild ein Verhalten des Vermieters der Räume erkennen lässt, dass, wenn auch in beschränkter Form, eine laufende Obsorge hinsichtlich der vermieteten Räume im Sinne einer daraus resultierenden Betreuung des Gastes verrät (vgl. u.a. das hg. Erkenntnis vom 15. September 1992, Zl. 91/04/0041).“

Nach dem Vorgesagten reicht es zum Vorliegen einer der GewO 1994 unterliegenden Tätigkeit bereits aus, wenn die Zimmervermietung samt – von der Beschwerdeführerin selbst nicht Abrede gestellte – Zurverfügungstellung von Handtüchern sowie Reinigung des Gang-WCs und der Duschen erfolgt.

Die Beschwerdeführerin hat somit – da auch die übrigen Merkmale einer gewerbsmäßigen Tätigkeit vorliegen – das Gastgewerbe unbefugt ausgeübt.

Allerdings teilt das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich die Einschätzung der belangten Behörde nicht, dass die Beschwerdeführerin das reglementierte Gastgewerbe in der Betriebsart Gasthof gemäß § 111 Abs. 1 Z 1 GewO 1994 ausgeübt hat.

Vielmehr ist nach dem festgestellten Sachverhalt (Vermietung von drei Zimmern, Zurverfügungstellen von Handtüchern und Reinigung von Duschen und Gang-WC) von einer Beherbergung von Gästen gemäß § 111 Abs. 2 Z 4 GewO 1994 auszugehen, für welche zwar eine Gewerbeberechtigung jedoch kein Befähigungsnachweis („freies Gewerbe“) erforderlich ist.

Umstände, die ein zumindest fahrlässiges Verhalten der Beschwerdeführerin ausschließen würden sind nicht hervorgekommen.

Die Beschwerdeführerin hat demnach die vorgeworfene Tat objektiv begangen und ist ihr diese auch subjektiv vorwerfbar.

Allerdings ist der Tatvorwurf nach dem Vorgesagten wie im Spruch ersichtlich zu korrigieren, wozu das Landesverwaltungsgericht vor dem Hintergrund des diesbezüglichen Vorwurfes in der Begründung des innerhalb der Verfolgungsverjährungsfrist ergangenen Straferkenntnisses berechtigt und verpflichtet ist (vgl. zu dieser Pflicht des Verwaltungsgerichtes zB VwGH vom 20. Mai 2015, Ra 2014/09/0033, sowie zum Straferkenntnis in seiner Gesamtheit als Verfolgungshandlung VwGH vom 5. September 2013, 2013/09/0065) und sonst nur eine Einschränkung des Tatvorwurfes vorliegt.

Ebenso waren die verletzte Verwaltungsvorschrift gemäß § 44a Z 2 VStG und die bei der Strafe angewendete Gesetzesbestimmung zu korrigieren, ist doch für die in § 366 Abs. 1 GewO 1994 angeführten Verwaltungsübertretungen die jeweils zutreffende Strafsanktionsnorm iSd § 44a Z 3 VStG der Einleitungssatz (vgl. mutatis mutandis VwGH vom 21. März 1995, 94/04/0233).

3.2.3. Zur Herabsetzung der Strafhöhe:

Gemäß § 19 VStG ist Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat (Abs. 1). Im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46) sind überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes sind die Bestimmungen der §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Die übertretene Rechtsnorm soll eine ordnungsgemäße Gastwirtschaft in Österreich dadurch garantieren, dass nur dazu befugte Personen ein Gastgewerbe betreiben. Gegen diese Bestimmung wurde durch eine Beherbergung im Ausmaß von acht Monaten nicht unerheblich verstoßen.

Zu beachten ist allerdings, dass die belangte Behörde bei ihrer Strafbemessung unzutreffend von der unbefugten Ausübung eines reglementierten Gewerbes und nicht eines freien Gewerbes ausgegangen ist.

Nach dem Vorgesagten, im Hinblick auf die persönlichen Verhältnisse der beschwerdeführenden Partei und die von der belangten Behörde gemachten Ausführungen betreffend Erschwerungs- und Milderungsgründe ist die von der belangten Behörde verhängte Strafe (sowie die Ersatzfreiheitsstrafe) auf das im Spruch genannte Ausmaß herabzusetzen, um eine tat-, täter und schuldangemessene Bestrafung zu erreichen.

Eine weitere Herabsetzung der Strafe kommt nicht in Betracht, weil nicht nur auf die beschwerdeführende Partei selbst spezialpräventiv eingewirkt werden soll, sondern durch Strafen auch andere Normadressaten von der Begehung gleich gelagerter strafbarer Handlungen abgehalten werden sollen („Generalprävention“; zur Zulässigkeit der Berücksichtigung spezial- und generalpräventiver Überlegungen bei

der Strafzumessung vgl. zB schon VwGH vom 15. Mai 1990, 89/02/0093; zur Generalprävention überdies VwGH vom 10. April 2013, 2013/08/0041).

3.2.4. Zum Kostenausspruch:

Aufgrund der Herabsetzung der Strafhöhe war gemäß § 64 Abs. 1 und 2 VStG iVm § 38 VwGVG auch der Kostenbeitrag für das Verwaltungsstrafverfahren vor der belangten Behörde neu festzusetzen.

Die Kosten für die Beiziehung der Dolmetscherin zur Vernehmung des Zeugen NB waren vor dem Hintergrund der Aufhebung des Spruchpunktes 1. und dem teilweisen Obsiegen zu Spruchpunkt 2. gemäß § 52 Abs. 3 VwGVG nicht auf die Beschwerdeführerin zu überwälzen (vgl. das zu § 64 Abs. 3 VStG ergangene Erkenntnis des VwGH vom 25. Juni 2013, 2012/08/0300, welches auf § 52 Abs. 3 VwGVG zweifellos übertragbar ist).

3.3. Zur Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig, da im gegenständlichen Fall keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu lösen war, weil die Entscheidung nicht von der zitierten und einheitlichen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht. Zum anderen sind nur Fragen der Beweiswürdigung betroffen, zu deren Überprüfung der Verwaltungsgerichtshof im Allgemeinen nicht berufen ist (zB VwGH vom 26. Mai 2015, Ra 2014/01/0175, mit Hinweis auf VwGH vom 24. März 2014, Ro 2014/01/0011). Im Übrigen liegt auch aufgrund der eindeutigen Rechtslage keine Rechtsfrage grundsätzlicher Bedeutung iSd Art. 133 Abs. 4 B-VG vor (vgl. zur Unzulässigkeit der Revision bei eindeutiger Rechtslage zB VwGH vom 28. Mai 2014, Ro 2014/07/0053, oder auch vom 2. September 2015, Ra 2015/19/0194).