

Geschäftszeichen:

LVwG-2014/41/3115-6

Ort, Datum:

Innsbruck, 30.07.2015

**A B, Ort S;
Übertretung nach der GewO 1994 – Beschwerde**

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Tirol hat durch seinen Richter Dr. Hermann Riedler über die Beschwerde von Frau A B, vertreten durch RA ***, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft T, vom 08.10.2014, ZI 2.3-***2/9 und SG-**-2014, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht erkannt:

1. Gemäß § 50 VwGVG wird die Beschwerde mit der Maßgabe als unbegründet abgewiesen, als der Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses hinsichtlich der als erwiesen angenommenen Tat (§ 44a Z 1 VStG) zu lauten hat wie folgt:

„Sie haben vom Standort U - Adresse seit dem 07.05.2014 Tätigkeiten eines reglementierten Gewerbes - im gegenständlichen Fall nach § 94 Z 26 Gewerbeordnung 1994 (GewO)–Gastgewerbe für die Beherbergung von Gästen - an einen größeren Kreis von Personen angeboten, indem Sie auf den Internetseiten www.booking.com und www.U.com das Appartementhaus „XY“ (dieses Appartementhaus verfügt über Infrarotkabine sowie Sauna und es wird weiters auch ein Brotservice angeboten) angeboten und dadurch für die Öffentlichkeit den Eindruck erweckt, dass Ihrerseits eine unter dem Wortlaut der Ankündigung fallende gewerbliche Tätigkeit entfaltet wird.

Nach § 1 Abs 4 Gewerbeordnung 1994 (GewO) wird das Anbieten einer der den Gegenstand eines Gewerbes bildenden Tätigkeit an einen größeren Kreis von Personen oder bei Ausschreibungen der Ausübung des Gewerbes gleichgehalten.“

2. Gemäß § 52 Abs 1 und 2 VwGVG hat die Beschwerdeführerin einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von Euro 100,-- zu leisten.
3. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine **ordentliche Revision** an den Verwaltungsgerichtshof nach Art 133 Abs 4 B-VG **unzulässig**.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen diese Entscheidung kann binnen sechs Wochen ab der Zustellung Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof, Freyung 8, 1010 Wien, oder außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof erhoben werden. Die Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist direkt bei diesem, die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist beim Landesverwaltungsgericht Tirol einzubringen.

Die genannten Rechtsmittel sind von einem bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw einer bevollmächtigten Rechtsanwältin abzufassen und einzubringen, und es ist eine Eingabegebühr von Euro 240,00 zu entrichten.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. Verfahrensgang und Beschwerdevorbringen:

Mit dem angefochtenen Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft T vom 08.10.2014, ZI 2.3-***2/9 und SG-**-2014, wurde der Beschwerdeführerin nachstehender Sachverhalt zur Last gelegt:

„Sie bieten vom Standort in U - Adresse, zu einem unbestimmten Zeitpunkt, jedenfalls seit dem 07.05.2014 (Feststellung der Übertretung) Tätigkeiten eines reglementierten Gewerbes (im gegenständlichen Fall nach § 94 Z. 26 Gewerbeordnung 1994 (GewO) - Gastgewerbe) an einen größeren Kreis von Personen an, indem Sie auf den Internetseiten www.booking.com und www.U.com das Appartementhaus „XY“ (dieses Appartement verfügt über Infrarotkabine, Sauna sowie Dampfbad und es wird weiters auch ein Brotservice angeboten) anbieten/anpreisen und dadurch für die Öffentlichkeit der Eindruck erweckt wurde, dass eine unter dem Wortlaut der Ankündigung fallende gewerbliche Tätigkeit Ihrerseits entfaltet wird.

Nach § 1 Abs. 4 Gewerbeordnung 1994 (GewO) wird das Anbieten eine der im Gegenstand des Gewerbes bildende Tätigkeit an einen größeren Kreis von Personen oder bei Ausschreibung der Ausübung dieses Gewerbes gleichgehalten.“

Die Beschwerdeführerin habe dadurch die Rechtsvorschriften der §§ 1 Abs 4 und 94 Z 26 iVm § 366 Abs 1 Z 1 Gewerbeordnung 1994 (GewO) verletzt und wurde über sie wegen dieser Verwaltungsübertretung gemäß § 366 Abs 1 Einleitungssatz GewO eine Geldstrafe von Euro 500,--, Ersatzfreiheitsstrafe 3 Tage, verhängt.

Gegen dieses Straferkenntnis wurde von Frau A B, rechtsfreundlich vertreten durch RA ***, fristgerecht Beschwerde an das Landesverwaltungsgericht Tirol erhoben und dieses wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften und wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes bekämpft sowie die Aufhebung des Straferkenntnisses und die Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens begehrt. Nach Verweis auf das bisher im Verwaltungsstrafverfahren Vorgebrachte wurde in der Beschwerde zusammengefasst darauf hingewiesen, dass das angefochtene Erkenntnis der Vorschrift des § 44a Z 1 VStG im Hinblick auf die Bezeichnung des Beginns und des Endes der Tatzeit nicht gerecht werde. Es wäre Aufgabe der belangten Behörde gewesen, anhand der Beweisergebnisse den sich daraus ergebenden Beginn und das Ende des Tatzeitraumes festzustellen und diese Feststellungen auch ausreichend präzise im Spruch auszudrücken. Richtig sei, dass das Anbieten einer den Gegenstand eines Gewerbes bildenden Tätigkeit an einen größeren Kreis von Personen oder bei Ausschreibungen der Ausübung des Gewerbes gleichgehalten werde, doch werde eine solche Tätigkeit im Spruch in keinsten Weise erwähnt. Ausführungen zu den Begriffen der Selbstständigkeit, der Regelmäßigkeit und der Erwerbsabsicht würden fehlen. Im Sinne der angeführten Judikatur mangle es dem angefochtenen Straferkenntnis auch an einem konkretisierten Tatvorwurf, zumal die Ausübung des Gastgewerbes in einer bestimmten Betriebsart nicht vorgeworfen worden sei.

Worin die belangte Behörde eine „Vielzahl von erbrachten Nebenleistungen“ sehe, sei für die Beschwerdeführerin nicht nachvollziehbar, schenke sie doch weder alkoholische noch nicht alkoholische Getränke aus und verabreiche sie auch keinerlei Speisen. Der angesprochene Brötchenservice gestalte sich derart, dass Brot für die Gäste der Beschwerdeführerin bei einem Bäcker bestellt und an diese verteilt werde. Die Beschwerdeführerin ziehe aus dem sogenannten „Brötchenservice“ keinerlei Vorteil.

Zur Sauna sei auszuführen, dass sich lediglich in einem der beiden Appartements eine kleine Saunakabine, welche auch als Infrarotkabine genutzt werden könne und von den Gästen selbst betätigt werde, befinde. Das Dampfbad befinde sich zwar auf der Homepage der Beschwerdeführerin, doch sei die Nutzung desselben für die Gäste ausschließlich außerhalb des Hauses beim Nachbarn möglich. Die einzig erbrachten Nebenleistungen bestünden also darin, dass in einem der beiden Appartements eine kleine Saunakabine, welche auch als Infrarotkabine genutzt werden könne, aufgestellt worden sei. Der Verfassungsgerichtshof sei in den Entscheidungsgründen des Erkenntnisses vom 23.06.1962, Slg 4227, davon ausgegangen, dass die bloße Raumvermietung im Allgemeinen nicht als eine der Gewerbeordnung unterliegende Tätigkeit anzusehen sei. Das Vermieten von Räumlichkeiten samt Inventar ohne damit im Zusammenhang stehende Dienstleistungen stelle daher grundsätzlich keine Tätigkeit dar, für die es der Anmeldung eines Gewerbes bedürfe. Das bloße zur Verfügung stellen einer Saunakabine könne nicht als Dienstleistung betrachtet werden und sei somit eine Gewerbeanmeldung nicht notwendig.

Die Beschwerdeführerin führe eine Privatzimmervermietung mit maximal 10 Betten durch, diese unterliege gemäß § 2 Abs 1 Z 9 GewO 1994 nicht der Gewerbeordnung. Die Notwendigkeit einer Betriebsanlagengenehmigung sei nicht gegeben.

II. Sachverhalt und Beweiswürdigung:

Zu Klärung des entscheidungswesentlichen Sachverhaltes wurde Beweis aufgenommen durch Einsichtnahme in den Strafakt der Bezirkshauptmannschaft T zu den Zahlen 2.3-***2/2 und SG-**-2014, in welchem auch eine Kopie des Aktes GV-***3-2012 Übertretung nach dem TGVG (Freizeitwohnsitz) enthalten ist sowie Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung vor dem Landesverwaltungsgericht am 27.05.2015, im Rahmen welcher die Beschwerdeführerin und die Zeugin C D einvernommen wurden.

Aufgrund des durchgeführten Beweisverfahrens sieht das Landesverwaltungsgericht folgenden Sachverhalt als erwiesen an:

Mit Kaufvertrag vom 07.08./15.09.2008 hat Frau A B die Liegenschaft in EZ 1**3, GB V, bestehend aus den Gst *1*3/9 und *1*3/15 sowie das auf Gst *1*3/9 bestehende Wohnobjekt Appartement „XY“ mit der Adresse U, Adresse, erworben. Dieses Appartementhaus weist drei Appartements auf, die Appartements „XX“ und „YY“ werden laufend an wechselnde Gäste und zwar einerseits über die Internetplattformen www.U.com (PP-Tourismus) und www.booking.com und andererseits auf private Anfragen hin vermietet. Diese beiden Appartements verfügen über jeweils sechs Betten, insgesamt sohin über zwölf Betten. Das dritte Appartement ist an das bei der Beschwerdeführerin jeweils angestellte Zimmermädchen dauervermietet. Die Beschwerdeführerin selber wohnt in Luxemburg und verfügt in Österreich über keinen Hauptwohnsitz. Wenn die Beschwerdeführerin in U aufhältig ist, wohnt sie im Nachbarappartement „ZZ“ ihres Lebensgefährten, Herrn F. Die Anmeldung der Gäste beim Tourismusverband der Gemeinde V erfolgt mittels Gästeblasses, die Kurtaxe wird von den Gästen entrichtet.

Die Appartements „XX“ und „YY“ befinden sich im Obergeschoss des Appartementhauses „XY“ in U. Die geräumigen und eleganten Unterkünfte verfügen jeweils über eine Küche mit offenem Schnitt, einen Kühlschrank und eine Spülmaschine, einen Wohnbereich mit einem Sofa sowie einen Balkon oder eine Terrasse. Das Appartement „XX“ verfügt über eine eigene Sauna und. Beide Chalets verfügen über ein Badezimmer mit Badewanne. Die Appartements sind mit Holzmöbeln und einem Flachbild-Kabel-TV ausgestattet. Der Schiraum kann von allen Gästen genutzt werden. WLAN ist im gesamten Gebäude verfügbar, auf Anfrage werden den Gästen jeden Morgen vom Bäcker frische Brötchen geliefert.

Die Appartements „XX“ und „YY“ werden an wechselnde Gäste vermietet. Bei jedem Wechsel der Gäste, in der Regel jeden Samstag, wird die von der Beschwerdeführerin zur Verfügung gestellte Wäsche – Bettwäsche und Hand – bzw Saunatücher - gewechselt und das Appartement endgereinigt. Vor Ort steht den Gästen eine Ansprechperson, die im dritten Appartement wohnt und als Hausverwalterin und Zimmermädchen fungiert, zur Verfügung. Die Anmeldung der Gäste erfolgt entsprechend den Vorgaben der §§ 5 ff Meldegesetz 1991 (Unterkunft in Beherbergungsbetrieben). Bis auf die Kurtaxe haben die Mieter der Appartements keine Kosten zu tragen. Falls erforderlich, werden die beiden Chalets vom Zimmermädchen auch während der Woche gereinigt und werden, wenn die Gäste es wünschen, auch unter der Woche Bettwäsche und die Hand – bzw Saunatücher gewechselt. Das Reinigen der Sauna bzw der Infrarotkabine erfolgt jeweils nach der Benutzung durch die Gäste durch das angestellte Zimmermädchen. Die Zimmermädchen – C D und als ihre Nachfolgerin G H - wurden mit Dienstvertrag für eine regelmäßige wöchentliche

Normalarbeitszeit von 20 Stunden pro Woche/6 Tage, mit Teilzeit angestellt. Eine Verabreichung von Speisen und Getränken an die Gäste in den Appartements erfolgte nicht, die von der Beschwerdeführerin bzw vom Zimmermädchen beim Bäcker bestellten Brötchen wurden jeweils an die Türe der Appartements gehängt. Das Zimmermädchen war an sechs Tagen pro Woche zwischen 8 Uhr und 12 Uhr für die Gäste jeweils persönlich oder über Telefon erreichbar. Gemeinschaftseinrichtungen wie Rezeption etc sind im Appartementhaus „XY“ nicht vorhanden.

Die vorstehenden Sachverhaltsfeststellungen, insbesondere zum Ankauf, zur Ausstattung und zur Nutzung der beiden Appartements „XX“ und „YY“ ergeben sich aus dem Akt der belangten Behörde sowie aufgrund des Ergebnisses des ergänzend durchgeführten Ermittlungsverfahrens. Dazu wurden insbesondere Recherchen im Internet durchgeführt, ergänzende Erhebungen bei der Gemeinde V bzw beim Tourismusverband PP der Gemeinde V vorgenommen und schließlich eine öffentliche mündliche Verhandlung am 27.05.2015 durchgeführt. Die Feststellungen stehen im Übrigen weitgehend außer Streit, insbesondere der Umstand, dass jeweils beim Verlassen der Gäste eine Endreinigung der Appartements vorgenommen wird und somit die Appartements beim Neuankommen von Gästen bezugsfertig und gereinigt sind, wozu auch das Wechseln der Bettwäsche und der Hand – und Saunatücher kommt. Relativiert wurde von der Beschwerdeführerin der Wäschewechsel und die Reinigung der Appartements auch während der Woche. Hier wurde zugestanden, dass lediglich manche Gäste für sich in Anspruch genommen haben, alle zwei bis drei Tage die Wäsche und die Handtücher gewechselt zu bekommen. Der Boden der Appartements sei in der Regel von den Gästen selber gesaugt worden. Wenn in diesem Zusammenhang vom November 2011 bis September 2013 als Zimmermädchen im Appartement „XY“ beschäftigte C D als Zeugin erklärt hat, falls es erforderlich war, täglich die Zimmer geputzt, den Boden der beiden vermieteten Appartements gesaugt, auf Wunsch der Gäste auch unter der Woche die Bettwäsche gewechselt, die Sauna und die Infrarotkabine geputzt und jeweils nach dem Benützen der Sauna die Saunatücher ausgewechselt zu haben, ist darauf hinzuweisen, dass die Zeugin beim Landesverwaltungsgericht einen durchwegs glaubwürdigen Eindruck hinterlassen hat und weder bei den Antworten gezögert noch dabei ins Stocken geraten ist. Die Zeugin wurde vom Landesverwaltungsgericht auch wahrheitserinnert und über die Folgen einer falschen Zeugenaussage aufgeklärt, dies insbesondere in Ansehung der ihr drohenden strafrechtlichen Konsequenzen im Falle einer Falschaussage.

Für das Landesverwaltungsgericht Tirol ergeben sich daher keinerlei Veranlassungen, die Richtigkeit der Aussage der Zeugin C D in Zweifel zu ziehen. Die Schilderung der Zeugin über ihre Tätigkeit im Appartementhaus „XY“ aufgrund eines mit ihr abgeschlossenen Dienstvertrages ist glaubwürdig und in sich widerspruchsfrei, weshalb ihren Angaben vom erkennenden Gericht gefolgt wird. Der den Angaben der vernommenen Zeugin in mancher Hinsicht widersprechenden Verantwortung der Beschwerdeführerin kann vor diesem Hintergrund nicht gefolgt werden, zumal diese auch keine strafrechtliche Sanktion bei Verletzung der Wahrheitspflicht trifft. Die den Angaben der Zeugin D widerstreitende Verantwortung ist folgerichtig lediglich als Schutzbehauptung zu werten. Ihre Angaben wurden im Rahmen der öffentlichen mündlichen Verhandlung am 27.05.2015 zudem dahingehend relativiert, als auf Gäste verwiesen wurde, die für sich alle zwei bis drei Tage frische Wäsche und Badetücher in Anspruch nehmen und diesen Wünschen nachgekommen

wird und dass normalerweise die Gäste ihre Appartements mit dem Staubsauger selber reinigen.

Wenn auch die Zeugin D lediglich von November 2011 bis September 2013 und nicht im der Beschwerdeführerin zur Last gelegten Tatzeitraum bei der Beschwerdeführerin als Zimmermädchen beschäftigt war, vertritt das Landesverwaltungsgericht die Ansicht, dass dieselbe von der Zeugin geschilderte Tätigkeit auch bei ihrer Nachfolgerin, Frau G H, anzunehmen ist. Es besteht kein Grund zu zweifeln, dass diese einer anderen Tätigkeit nachgegangen wäre als ihre Vorgängerin Frau D, dies wurde von der Beschwerdeführerin auch nicht behauptet. Auch Frau H war nach Ende des Beschäftigungsverhältnisses von Frau C D im September 2013 bis zum 31.04.2015 (vgl Information des Rechtsvertreters der Beschwerdeführerin in der öffentlichen mündlichen Verhandlung am 27.05.2015) ebenfalls aufgrund eines mit der Beschwerdeführerin abgeschlossenen Mietvertrages (für die Dienstwohnung) und eines Dienstvertrages im Appartementhaus „XY“ als Zimmermädchen beschäftigt. Dies und dass die Zimmermädchen nicht unterschiedliche Aufgaben erfüllten, wurde von der Beschwerdeführerin bei ihrer Einvernahme im Rahmen der öffentlichen mündlichen Verhandlung am 27.05.2015 bestätigt. Deshalb ist die zeugenschaftliche Einvernahme von Frau G H, deren Nichtteilnahme an der öffentlichen mündlichen Verhandlung am 27.05.2015 vom Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin damit entschuldigt wurde, dass sie seit dem 01.05.2015 nicht mehr bei der Beschwerdeführerin beschäftigt sei, mit ihrem kleinen Kind bereits in Ungarn verweile, über keinen PKW verfüge und ihr somit eine Anreise zur Verhandlung aus Ungarn nicht möglich sei, zu ihrem seinerzeitigen Aufgabenbereich bei der Beschwerdeführerin nicht geboten.

III. Rechtliche Erwägungen:

Die für die gegenständliche Entscheidung wesentlichen gesetzlichen Bestimmungen aus der Gewerbeordnung 1994 (GewO 1994), BGBl Nr 314/1994, in der zum Tatzeitpunkt maßgeblichen Fassung BGBl I Nr 60/2014, lauten wie folgt:

„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.

...

1. Reglementierte Gewerbe

§ 94.

Folgende Gewerbe sind reglementierte Gewerbe:

...

26. Gastgewerbe

...

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 Inkraft-Treten der Novelle BGBl. I Nr. 111/2002, wenn die Verabreichung von Speisen und der Ausschank von Getränken im Zusammenhang mit der*

Ausübung des Buschenschanks (§ 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) Unter Verabreichung und unter Ausschank ist jede Vorkehrung oder Tätigkeit zu verstehen, die darauf abgestellt ist, dass die Speisen oder Getränke an Ort und Stelle genossen werden.

(4) Unbeschadet der den Gastgewerbetreibenden gemäß § 32 zustehenden Rechte stehen ihnen noch folgende Rechte zu:

1. *das Einstellen von Fahrzeugen ihrer Gäste,*
2. *das Halten von Spielen,*
3. *soweit Gäste beherbergt werden, die Veranstaltung von Ausflugsfahrten für ihre Gäste, sofern es sich dabei nicht um Pauschalreisen im Sinne des § 2 Abs. 1 der Reisebürosicherungsverordnung, BGBl. II Nr. 316/1999, handelt.*
4. *während der Betriebszeiten des Gastgewerbebetriebes der Verkauf folgender Waren:*
 - a) *die von ihnen verabreichten Speisen und ausgeschenkten Getränke, halbfertige Speisen, die von ihnen verwendeten Lebensmittel sowie Reiseproviant;*
 - b) *Waren des üblichen Reisebedarfes (zB Treib- und Schmierstoffe, Toiletteartikel, Badeartikel, Fotoverbrauchsmaterial, Ansichtskarten, Lektüre, übliche Reiseandenken);*
 - c) *Geschenkartikel.*

Beim Verkauf von Waren gemäß lit. a bis c muss der Charakter des Betriebes als Gastgewerbebetrieb gewahrt bleiben. Liegt auch eine Berechtigung nach § 94 Z 3 oder Z 19 vor, genügt es, dass der Charakter des Betriebes als Bäcker oder Fleischer gewahrt bleibt, hiebei müssen Verabreichungsplätze bereit gestellt werden.

(5) Bei der Gewerbeanmeldung (§ 339) ist die Betriebsart zu bezeichnen, in der das Gastgewerbe ausgeübt werden soll. Änderungen der Betriebsart sind der Behörde anzuzeigen; Änderungen einer in Abs. 2 genannten Betriebsart auf eine Betriebsart, für die ein Befähigungsnachweis für das reglementierte Gastgewerbe vorgeschrieben ist, sind im Verfahren gemäß § 339 anzumelden.

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;*

..."

Nach der Judikatur ist die Frage, ob gewerbsmäßige Fremdenbeherbergung anzunehmen ist, unter Bedachtnahme auf alle Umstände des Einzelfalles zu beantworten und zwar im Besonderen unter Bedachtnahme auf 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 und dergleichen sowie auch die Art und Weise, in welcher sich der Betrieb nach außen darstellt. Nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofes 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 wurde beispielsweise bei der Zurverfügungstellung einer Wohnung Beherbergung von Gästen im Sinne des § 189 Abs 1 Z 1 GewO 1973 im Hinblick darauf angenommen, dass diese Tätigkeit auch die Reinigung der betreffenden Objekte und die Beistellung der Bettwäsche umfasste. Aus dieser Judikatur zum Begriff der „gewerblichen Beherbergung von Gästen“ ergibt sich also auch, dass dafür bereits ein geringes Ausmaß an für die Beherbergung typischen Dienstleistungen ausreichend ist (vgl insgesamt das Erkenntnis des VwGH vom 23.06.2010, ZI 2008/06/0200, und die dort zitierte Vorjudikatur; vgl aber auch VwGH 23.11.2010, ZI 2009/06/0013).

Im gegenständlichen Fall ist unstrittig, dass die Appartements „XX“ und „YY“ im Appartementhaus „XY“ in U an wechselnde Gäste (Touristen) vermietet werden. Die Appartements werden als Ferienwohnungen im Internet über die Homepage www.booking.com und www.U.com beworben bzw vermietet. Beide Appartements sind komplett eingerichtet, das Appartement „XX“ verfügt zusätzlich über Sauna und Infrarotkabine. Wäsche wird zur Verfügung gestellt. Bei der Abreise der Gäste werden die Appartements gereinigt und wird die Wäsche gewechselt. Über Wunsch der Gäste erfolgt eine Reinigung der Wohnung und ein Wechseln der Wäsche sowie der Saunatücher auch während der Urlaubswoche. Sauna und Infrarotkabine werden jeweils nach deren Benützung gereinigt. Die Anmeldung der Gäste erfolgt entsprechend den melderechtlichen Vorgaben für Beherbergungsbetriebe.

In Anbetracht all dieser Umstände muss angesichts der zitierten Judikatur davon ausgegangen werden, dass die Tätigkeit der Beschwerdeführerin als Beherbergung von Gästen im Sinne des § 111 Abs 1 Z 1 GewO 1994 zu qualifizieren ist und somit eine gewerbliche Beherbergung von Gästen im Sinne der GewO 1994 vorliegt. Auch die Beschwerdeführerin spricht in ihrer an die Bezirkshauptmannschaft T gerichteten Stellungnahme vom 15.02.2013 davon, dass sie, nachdem sie das Haus mit Kaufvertrag vom 7.8./15.9.2008 erworben hat, in der Wintersaison 2008/2009, so wie die vorherige Eigentümerin, im Rahmen des Gastgewerbebetriebes „Appartementhaus XY“ eine Vermietung der beiden Appartements durchgeführt hat.

Eine Privatzimmervermietung, auf welche die GewO 1994 nicht anzuwenden wäre, liegt im gegenständlichen Fall nicht vor, weil nach dem Tiroler Privatzimmervermietungsgesetz, LGBl 1959/29, die Beherbergung von Fremden als häusliche Nebenbeschäftigung nur unter folgenden Voraussetzungen ausgeübt werden darf:

- a) die zu vermietenden Wohnräume müssen Bestandteile der Wohnung des Vermieters sein;
- b) die Zahl der für die Beherbergung von fremden bereitgestellten Betten darf 10 nicht überschreiten;
- c) die mit der Beherbergung von fremden verbundenen Dienstleistungen dürfen nur durch die gewöhnlichen Mitglieder des Hausstandes des Vermieters besorgt werden;
- d) durch die Beherbergung von fremden darf die Unterbringung der zum Haushalt des Vermieters gehörenden Personen in gesundheitlicher und sittlicher Hinsicht nicht beeinträchtigt werden.

Die Beschwerdeführerin wohnt in Luxemburg, verfügt in Österreich über keinen Hauptwohnsitz und wohnt auch nicht, wenn sie nach U kommt, im Appartementhaus „XY“. Dieses Appartementhaus verfügt zudem über zwölf Betten und werden die mit der Beherbergung von Gästen verbundenen Dienstleistung durch ein mit Dienstvertrag angestelltes Zimmermädchen besorgt, sodass von einer die Anwendung der Gewerbeordnung 1994 ausschließenden Privatzimmervermietung nicht auszugehen ist. Deshalb ist für die Beschwerdeführerin auch durch den Verweis auf die Information des PP Tourismus über die neue Tiroler Privatvermieterförderung (vgl. Beilage A) der Verhandlungsschrift vom 27.05.2015) nichts zu gewinnen.

Die Kriterien der Selbstständigkeit, der Regelmäßigkeit und der Absicht, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, ergeben sich aus der Begriffsbestimmung des § 1 GewO 1994 zur gewerbsmäßigen Tätigkeit und waren diese Parameter als solche nicht zusätzlich in den Spruch des angefochtenen Erkenntnisses aufzunehmen. Ausführungen zur gewerblichen Beherbergung von Gästen im Rahmen eines Gastgewerbes wurden in der Begründung des angefochtenen Bescheides getroffen. Dass die oben beschriebene Vermietung durch die Beschwerdeführerin auf eigene Rechnung und Gefahr ausgeübt wird und in einer mehrmonatigen Vermietung der beiden Appartements eine regelmäßige Tätigkeit zu erblicken ist, ist für das erkennende Gericht klar zutage getreten. Für das Selbstständigkeitskriterium ist die Befugnis, Unternehmensentscheidungen – im Wesentlichen – aufgrund freien Willensentschlusses zu treffen (unternehmerische Entscheidungsfreiheit) sowie die Tragung des Unternehmerrisikos wesentlich.

Regelmäßigkeit bedeutet, dass eine Tätigkeit tatsächlich bzw. von der Absicht her auf gewisse Dauer, also auf Wiederholung bzw. Fortsetzung angelegt ist. Dies ist jedenfalls bei einer bestimmten Zeit dauernden, ununterbrochenen (den Gegenstand eines Gewerbes bildenden) Tätigkeit der Fall. Die Argumentation der Beschwerdeführerin, dass das Appartementhaus „XY“ im Jahr 2008 nicht in Gewinnerzielungsabsicht erworben und mit viel Geld und unter Aufnahme von Krediten umgebaut wurde, sodass die Beschwerdeführerin bei einer Gegenüberstellung von Rückzahlungen und Einnahmen nach ihren eigenen Angaben einen Verlust aufzuweisen hat, ändert nichts am Umstand ihrer Absicht, durch die Vermietung einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil erzielen zu wollen. Mit Rücksicht auf den klaren Wortlaut (arg „Absicht“) kommt es nicht auf einen tatsächlich erzielten Ertrag/wirtschaftlichen Vorteil an, sondern lediglich auf die Absicht, einen Ertrag/wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen (vgl. etwa VwGH 27.9.1966, 2141/64). Damit wird der allgemeinen Lebenserfahrung Rechnung getragen, dass gewerbliche Tätigkeiten (zumindest für eine gewisse Zeit) mit Verlust entfaltet werden können, was nichts an der Gewerbsmäßigkeit zu ändern vermag. Die Erzielung eines unmittelbaren Ertrages ist für den

Begriff der Gewerbsmäßigkeit kein essentielles Erfordernis; dieses ist schon bei der Absicht gegeben, einen „sonstigen“, insb auch bloß mittelbaren wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen (vgl *Hermann Grabler, Harald Stolzlechner und Harald Wendl, Kommentar zur GewO, 2011, Rz 12, 13 und 14*).

Zum normativen Gehalt der Bestimmung des § 1 Abs 4 2. Satz GewO 1994 ist festzuhalten, dass es beim – der Ausübung des Gewerbes gleichzuhaltenden – Anbieten einer den Gegenstand eines Gewerbes bildenden Tätigkeit auf den in diesem Zusammenhang zu prüfenden objektiven Wortlaut und nicht etwa auf die Absicht des Anbietenden ankommt. Der Tatbestand des Anbietens einer gewerblichen Tätigkeit im Sinne des § 1 Abs 4 2. Satz GewO 1994 ist dann erfüllt, wenn einer an einem größeren Kreis von Personen gerichteten Ankündigung die Eignung zukommt, in der Öffentlichkeit den Eindruck zu erwecken, dass eine unter dem Wortlaut der Ankündigung fallende gewerbliche Tätigkeit entfaltet wird (vgl VwGH vom 19.11.2003, ZI 2000/04/0093). Auf die im angefochtenen Straferkenntnis zu § 1 Abs 4 GewO zitierte Judikatur wird ergänzend hingewiesen.

Soweit die Beschwerdeführerin bemängelt, dass ihr die Ausübung des Gastgewerbes nicht in einer bestimmten Betriebsart vorgeworfen wurde, ist darauf hinzuweisen, dass ihr im Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses eine Tätigkeit des reglementierten Gastgewerbes nach § 94 Z 26 GewO in Form der Anbietung bzw Anpreisung eines Appartements zur Last gelegt wird, weshalb dem in § 44a Z 1 VStG normierten Konkretisierungsgebot durch ergänzende Anführung der Betriebsart durch Beherbergung von Gästen entsprochen wurde.

Wenn schließlich moniert wurde, dass im Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses Beginn und Ende der Tatzeit zu ungenau umschrieben sind und anhand der Beweisergebnisse der sich daraus ergebende Beginn des Tatzeitraumes sowie das Ende derselben festzustellen und ausreichend präzise im Spruch des Erkenntnisses auszuwirken gewesen wäre, erfolgte hinsichtlich des Beginns der Tatzeit aufgrund der ersten Recherche im Internet am 07.05.2014 durch das erkennende Gericht eine Festlegung des Beginns der Tatzeit mit diesem Datum. Ein Bescheidspruch, der über ein Dauerdelikt unter Verwendung der Wendung „seit...“ ohne Angabe eines Endzeitpunktes abspricht und in dem daher nur ein Beginn und kein Ende der Tatzeit angegeben ist, ist nach § 44a VStG zulässig, da die Bestrafung in einem solchen Fall den Zeitraum bis zur Erlassung des Straferkenntnisses erster Instanz erfasst (vgl VwGH vom 03.10.2008, ZI 2005/10/0129).

Zum normativen Gehalt der Bestimmung des § 1 Abs 4 2. Satz GewO 1994 ist festzuhalten, dass es beim – der Ausübung des Gewerbes gleichzuhaltenden – Anbieten einer den Gegenstand eines Gewerbes bildenden Tätigkeit auf den in diesem Zusammenhang zu prüfenden objektiven Wortlaut und nicht etwa auf die Absicht des Anbietenden ankommt. Der Tatbestand des Anbietens einer gewerblichen Tätigkeit im Sinne des § 1 Abs 4 2. Satz GewO 1994 ist dann erfüllt, wenn einer an einem größeren Kreis von Personen gerichteten Ankündigung die Eignung zukommt, in der Öffentlichkeit den Eindruck zu erwecken, dass eine unter dem Wortlaut der Ankündigung fallende gewerbliche Tätigkeit entfaltet wird (vgl VwGH vom 19.11.2003, ZI 2000/04/0093).

Die Beschwerdeführerin hat somit die ihr zur Last gelegte Verwaltungsübertretung in objektiver Hinsicht begangen.

Gemäß § 5 Abs 1 VStG genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft. Im Falle eines „Ungehorsamsdeliktes“ – als welche sich die beiden oben angeführten gegenständlichen Verwaltungsübertretungen darstellen – tritt somit insofern eine Verlagerung der Behauptungslast ein, als die Behörde lediglich die Verwirklichung des objektiven Tatbestandes zu beweisen hat, während es Sache des Täters ist, glaubhaft zu machen, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft. Wenn die Beschwerdeführerin darauf hingewiesen hat, dass weder der Tourismusverband noch die Gemeinde V darauf hingewiesen haben, dass ihre Tätigkeit unter Umständen unter die Gewerbeordnung fallen und eine Verpflichtung bestehen könnte, ein Gewerbe anzumelden, ist darauf hinzuweisen, dass eine diesbezügliche Auskunft bei der zuständigen Behörde – Bezirkshauptmannschaft T/Gewerbereferat – einzuholen gewesen wäre. Unterlässt der Beschwerdeführer – wie hier – die Einholung einer Auskunft der zuständigen Behörde, kann der Behörde nicht mit Erfolg entgegengetreten werden, dass sie von einem Verschulden des Beschwerdeführers ausgegangen ist (vgl. VwGH vom 05.09.2013, ZI 2012/09/0114). Der Beschwerdeführerin ist somit hinsichtlich der inneren Tatseite die Glaubhaftmachung des mangelnden Verschuldens nicht gelungen, sodass sie die Verwaltungsübertretung auch in subjektiver Hinsicht zu verantworten hat..

IV. Zur Strafbemessung:

Nach § 19 Abs 1 VStG ist Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat. Nach § 19 Abs 2 VStG sind im ordentlichen Verfahren überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Erschwerend war im gegenständlichen Fall eine einschlägige Vorstrafe des Beschwerdeführers zu werten, mildernd war nichts zu berücksichtigen.

Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes sind die §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Der Unrechtsgehalt der begangenen Übertretung ist als nicht unerheblich anzusehen, weil ein erhebliches öffentliches rechtliches Interesse daran besteht, das reglementierte Gewerbe nur durch befugte Gewerbetreibende ausgeübt werden.

Die Beschwerdeführerin verdient als Agentin von Versicherungen jährlich etwa Euro 30.000,--, besitzt das Appartementhaus „XY“ in U und ein Haus in S und hat keine Sorgepflichten zu leisten, weshalb zumindest von durchschnittlichen wirtschaftlichen Verhältnissen auszugehen ist.

Beim Verschulden war zumindest von Fahrlässigkeit auszugehen. Als mildernd und erschwerend war kein Umstand zu werten.

Unter Bezugnahme auf die oben angeführten Strafzumessungsgründe kann die von der belangten Behörde verhängte Strafe, auch bei Nichtvorliegen eines von der belangten Behörde angenommenen Erschwerungsgrundes, keinesfalls als überhöht angesehen werden. Die Behörde hat damit den gesetzlichen Strafraum bis zu Euro 3.600,-- lediglich zu etwa 14 % ausgeschöpft. Eine Bestrafung in der gegenständlichen Höhe war jedenfalls geboten, um dem Unrechts- und Schuldgehalt der Übertretung hinreichend Rechnung zu tragen.

Die Spruchpräzisierung erfolgte auf der Grundlage des § 44a VstG.

Insgesamt war daher spruchgemäß zu entscheiden.

V. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage iSd Art 133 Abs 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Es wird in diesem Zusammenhang auf die in der Entscheidung zitierte höchstgerichtliche Rechtsprechung verwiesen. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Hinweis:

Rechtskräftig verhängte Geldstrafen (sowie Verfahrenskostenbeiträge) sind bei der Behörde einzubezahlen (vgl § 54b Abs 1 VStG).

Landesverwaltungsgericht Tirol

Dr. Hermann Riedler
(Richter)