

Geschäftszeichen:

LVwG-2015/41/2958-7

Ort, Datum:

Innsbruck, 11.07.2016

A A, Z;

Übertretungen nach der GewO und dem E-Commerce-Gesetz (ECG) – Beschwerde

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Tirol hat durch seinen Richter Dr. Hermann Riedler über die Beschwerde von Frau A A, vertreten durch RA, Adresse, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Y vom 14.10.2015, ZI ****1, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung,

zu Recht erkannt:

1. a) Gemäß § 50 VwGVG wird die Beschwerde hinsichtlich Spruchpunkt 1) 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 in W, jedenfalls seit dem 11.08.2015 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.***.com/***, www.booking.com, www.***.at, das Appartementhaus „Residenz S“ (dieses Appartementhaus verfügt über Flachbild-TV, DVD-Player, WLAN-Internetzugang, Schi- und Schuhraum mit Schuhtrockner, Waschraum mit Waschmaschine und Trockner) angeboten und dadurch für die Öffentlichkeit den*

Eindruck erweckt haben, 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."

- b) Gemäß § 52 Abs 1 und 2 VwGVG hat die Beschwerdeführerin einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von € 100,00 zu leisten.
- c) Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine **ordentliche Revision** an den Verwaltungsgerichtshof nach Art 133 Abs 4 B-VG **unzulässig**.
2. Gemäß § 50 VwGVG **wird der Beschwerde** hinsichtlich der Spruchpunkte 2) und 3) **Folge gegeben**, das Straferkenntnis hinsichtlich dieser Spruchpunkte aufgehoben und das Verfahren gemäß § 45 Abs 1 Z 2 VStG eingestellt.
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 Y vom 14.10.2015, ZI ****1, wurde der Beschwerdeführerin nachstehender Sachverhalt zur Last gelegt:

„Sie haben

- 1) vom Standort in W, zu einem unbestimmten Zeitpunkt, jedenfalls seit dem 11.08.2015 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.***.com/***, www.booking.com, www.***.at, das Appartementhaus „Residenz S“ (dieses Appartement verfügt über einen Flachbild TV, DVD-Player, WLAN Internetzugang, Schi- und Schuhraum mit Schuhtrockner, Waschraum mit Waschmaschine und Trockner, Sauna) angeboten und dadurch für die Öffentlichkeit der Eindruck erweckt wurde, 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 im Gegenstand eines Gewerbes bildenden Tätigkeit an einen größeren Kreis von Personen oder bei Ausschreibung der Ausübung des Gewerbes gleichgehalten.

- 2) es als Gewerbeinhaber (Büroservice) mit Gewerbestandort in V Z, zu verantworten, dass Sie zu einem unbestimmten Zeitpunkt, jedenfalls seit dem 11.08.2015 (Feststellung der Übertretung) als Gewerbetreibende, welche eine natürliche Person und kein im Firmenbuch eingetragenes Unternehmen ist, unterlassen haben, auf Ihrer Webseite (www.***.at) Ihren Namen anzugeben. Gemäß § 63 Abs. 1 Gewerbeordnung 1994 (GewO) haben Gewerbetreibende, die natürliche Personen und keine im Firmenbuch eingetragene Unternehmer sind, sich bei der äußeren Bezeichnung der Betriebsstätten und bei der Abgabe der Unterschrift ihres Namens zu bedienen. Auf Geschäftsbriefen und Bestellscheinen, die auf Papier oder in sonstiger Weise an einen bestimmten Empfänger gerichtet sind, sowie auf einer Webseite haben sie ihren Namen und den Standort der Gewerbeberechtigung anzugeben.
- 3) es als Diensteanbieter der Internetseite www.***.at zu verantworten, dass Sie zu einem unbestimmten Zeitpunkt, jedenfalls am 11.08.2015 (Feststellung der Übertretung) gegen die allgemeine Informationspflicht im Sinne des § 5 Abs. 1 E-Commerce-Gesetz (ECG) verstoßen haben.

Gemäß § 5 Abs. 1 E-Commerce-Gesetz (ECG) hat ein Diensteanbieter den Nutzern ständig zumindest folgende Informationen leicht und unmittelbar zugänglich zur Verfügung zu stellen:

1. seinen Namen oder seine Firma;
2. die geografische Anschrift, unter der er niedergelassen ist;
3. Angaben, auf Grund deren die Nutzer mit ihm rasch und unmittelbar in Verbindung treten können, einschließlich seiner elektronischen Postadresse;
4. sofern vorhanden, die Firmenbuchnummer und das Firmenbuchgericht;
5. soweit die Tätigkeit einer behördlichen Aufsicht unterliegt, die für ihn zuständige Aufsichtsbehörde;
6. bei einem Diensteanbieter, der gewerbe- oder berufsrechtlichen Vorschriften unterliegt, die Kammer, den Berufsverband oder eine ähnliche Einrichtung, der er angehört, die Berufsbezeichnung und den Mitgliedsstaat, in dem diese verliehen

worden ist, sowie einen Hinweis auf die anwendbaren gewerbe- oder berufsrechtlichen Vorschriften und den Zugang zu diesen;

7. sofern vorhanden, die Umsatzsteuer-Identifikationsnummer

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

- 1) § 94 Z. 26 iVm § 1 Abs. 4 zweiter Satz und § 366 Abs. 1 Z. 1 Gewerbeordnung 1994 (GewO)
- 2) § 63 Abs. 1 zweiter Satz iVm § 368 Gewerbeordnung 1994 (GewO)
- 3) § 5 Abs. 1 iVm § 26 Abs. 1 Z. 1 E-Commerce-Gesetz (ECG)

Wegen dieser Verwaltungsübertretungen wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe (€):	Gemäß:	Ersatzfreiheitsstrafe:
1) € 500,--	§ 366 Abs. 1 Einleitungssatz Gewerbeordnung 1994 (GewO)	4 Tage
2) € 110,--	§ 368 Gewerbeordnung 1994 (GewO)	48 Stunden
3) € 300,--	§ 26 Abs. 1 Einleitungssatz E-Commerce-Gesetz (ECG)	96 Stunden

Im Falle der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe tritt an deren Stelle die Ersatzfreiheitsstrafe.
Weitere Verfügungen (z.B. Verfallsausspruch, Anrechnung von Vorhaft):

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes (VStG) zu zahlen:

€ 91,-- als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10% der Strafe, wobei jedoch mindestens € 10,00 zu bemessen sind.

Bei Freiheitsstrafen ist zur Berechnung der Kosten ein Tag Freiheitsstrafe mit € 100,- anzusetzen.

€ 0,00 als Ersatz der Barauslagen für

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher: € 1.001,--."

Gegen dieses Straferkenntnis wurde von Frau A A, rechtsfreundlich vertreten durch RA, fristgerecht Beschwerde an das Landesverwaltungsgericht Tirol erhoben und die Aufhebung des angefochtenen Straferkenntnisses und die Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens beantragt.

Begründend wurde ausgeführt wie folgt:

„Der Beschwerdeführerin wird zur Last gelegt, sie habe seit dem 11.08.2015 Tätigkeiten eines reglementierten Gewerbes - im gegenständlichen Fall nach § 94 Z. 26 Gewerbeordnung 1994 - Gastgewerbe für die Beherbergung von Gästen an einen größeren Kreis von Personen angeboten. Des Weiteren wird der Beschwerdeführerin vorgeworfen, sie habe als Gewerbeinhaber mit Gewerbebestandort in V Z, Adresse, es unterlassen, auf der Website (www.***.at) ihren Namen anzugeben und es als Dienstanbieter der genannten Internet

Website zu verantworten, dass die im § 5 Abs. 1 ECG beschriebenen Informationen zu Verfügung stehen.

Die wider der Beschwerdeführerin erhobenen Vorwürfe sind nicht berechtigt.

Das Unterscheidungsmerkmal zwischen der Tätigkeit aus Vermietung und Verpachtung und einer gewerblichen Aktivität ist nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes darin zu erblicken, ob sich die Tätigkeit des Vermieters auf die bloße Überlassung des Bestandgegenstandes beschränkt oder ob, in welcher Art und in welchem Ausmaß sie darüber hinausgeht.

Die durch jede Art von Vermietung bedingte laufende Verwaltungsarbeit und die durch sie gleichfalls oft erforderliche Werbetätigkeit allein machen die Betätigung nicht zu einer gewerblichen. Insgesamt müssen zur bloßen Vermietung besondere, damit nicht im Regelfall oder stets verbundene Umstände hinzutreten, durch die eine über die bloße Nutzungsüberlassung hinausgehende weitere Tätigkeit des Vermieters bedingt wird.

Diese weitere Tätigkeit besteht insbesondere in der angebotenen Verpflegung der Gäste und in der täglichen Verabreichung eines Frühstücks und die tägliche Wartung der Zimmer. Derartige Leistungen werden im gegenständlichen Fall jedoch weder angeboten noch erbracht, sodass keinesfalls von einer gewerblichen Tätigkeit ausgegangen werden kann.

Die Überlassung von Wohnraum zum Gebrauch ohne jegliche Dienstleistung gilt nicht als gewerbliche Tätigkeit, sondern als bloße Raumvermietung.

Zumal weder eine Verabreichung von Speisen, noch sonstige Dienstleistungen angeboten wurden, kann daher auch nicht der Eindruck erweckt worden sein, dass eine unter den Wortlaut fallende gewerbliche Tätigkeit entfaltet wird.

Zu berücksichtigen ist ferner, dass die Beschwerdeführerin weder Eigentümerin noch Mieterin der „Residenz S“ ist. Die Apartments werden von den Miteigentümern der EG vermietet. Diesen fließen auch die entsprechenden Einnahmen zu. Die Beschwerdeführerin erledigt lediglich die anfallenden Bürotätigkeiten für die Eigentümer und ist Ansprechperson für allfällige Fragen der Mieter.

Die Beschwerdeführerin ist in keinsten Weise für den Inhalt der Internetseite www.***.at verantwortlich. Die Aufgabe der Beschwerdeführerin ist es E-Mail Anfragen bezüglich der Apartment Vermietung zu bearbeiten. Der Verstoß nach § 5 Abs.1 ist daher nicht gegeben.

Darüber hinaus wurde auch eine wesentlich überhöhte Strafe über die Beschwerdeführerin verhängt. Die Beschwerdeführerin ist bis dato vollkommen unbescholten. Insbesondere auch unter Berücksichtigung der Einkommensverhältnisse der Beschwerdeführerin hätte daher von der Erstbehörde nur eine wesentlich geringere Strafe verhängt werden dürfen."

Es wurde der Antrag gestellt, das Landesverwaltungsgericht Tirol wolle der Beschwerde Folge geben, das angefochtene Straferkenntnis vollinhaltlich aufheben und das gegen die Beschwerdeführerin eingeleitete Verwaltungsstrafverfahren einstellen.

II. Sachverhalt und Beweiswürdigung:

Zur Klärung des entscheidungswesentlichen Sachverhaltes wurde Beweis aufgenommen durch Einsichtnahme in den Verwaltungsstrafakt der Bezirkshauptmannschaft Y zu ZI ****1 und in jenen des Landesverwaltungsgerichtes Tirol zu ZI LVwG-2015/41/2958 sowie Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung vor dem Landesverwaltungsgericht Tirol am 03.03.2016, im Rahmen welcher die Beschwerdeführerin einvernommen wurde. Mit Schreiben des Rechtsvertreters der Beschwerdeführerin vom 16.03.2016 erfolgte die Vorlage von Urkunden verschiedener Eigentümer des Appartementhauses „S“ in Q an die HG A A in Z hinsichtlich der Vermarktung der einzelnen Apartments im Appartementhaus, wobei auffällt, dass alle Vollmachten bis für das Apartment „P Apartments Ltd“ (30.10.2015) erst im Jahre 2016 unterschrieben wurden, einige dieser Vollmachten tragen ein noch in der Zukunft liegendes Datum (beispielsweise 27.12.2016 und 31.12.2016 – vgl Urkundenvorlage OZ 6).

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

Das Appartementhaus Residenz S in W, verfügt über 12 Apartments (Ferienwohnungen), die überwiegend im Wohnungseigentum von englischen Staatsbürgern stehen. Diese Apartments werden von den jeweiligen Eigentümern teils für Urlaubszwecke selbst genutzt, den überwiegenden Teil des Jahres werden diese Apartments jedoch laufend an wechselnde Gäste, und zwar über die Internetplattformen www.***.com/***, www.booking.com und www.***.at, vermietet. Mit der Vermietung der Apartments der Residenz S wurde die englische Staatsbürgerin A A betraut, auf der Homepage www.Z.com scheint die Firma A A Management als Kontaktadresse, auf den Homepages www.booking.com und www.***.at scheint A A als Kontaktperson hinsichtlich der Vermietung der 12 Apartments in der Residenz S auf. Mit der Vermietung und Verwertung der jeweiligen Apartments wurde A A von den jeweiligen Eigentümern der Apartments bevollmächtigt, wobei die nunmehr beigebrachten schriftlichen Vollmachten allerdings, mit einer Ausnahme (30.10.2015), im Jahre 2016 datiert wurden. Ein Hinweis auf diese Vollmachtverhältnisse war, jedenfalls im dem Beschwerdeführer im angefochtenen Straferkenntnis zur Last gelegten Tatzeitraum, auf den genannten Homepages nicht ersichtlich. Das Appartementhaus Residenz S verfügt über einen Schi- und Schuhraum mit Schuhtrockner, Waschraum mit Waschmaschine und Trockner. Die Apartments selber sind mit LCD-TV, Sat/Kabel, DVD, eingerichteter Küche mit Geschirrspüler und Kaffeemaschine, mit Bädern und Wohnräumen ausgestattet.

Die Apartments werden von der Beschwerdeführerin in der Regel zwischen fünf Tage und einer Woche an jeweils wechselnde Gäste vermietet. Für die Mieter wird jeweils Bettwäsche zur Verfügung gestellt, die Wohnungen werden jeweils geputzt an die Mieter übergeben, die

Kosten für das Putzen der jeweiligen Appartements werden jeweils extra abgerechnet, die Endreinigungskosten pro Appartement bzw Aufenthalt betragen € 80,00. Hand- bzw Badetücher sind in den Appartements vorhanden, für die Mieter der Appartements ist es nicht erforderlich, Wäsche mitzunehmen, die Reinigung der Wäsche ist von den Gästen zu bezahlen. Vor Ort steht den Gästen die Beschwerdeführerin selber, aber auch ein Hausmeister zur Verfügung. Die Reinigungstätigkeiten sind an eine von der Beschwerdeführerin beauftragte Reinigungsfirma ausgelagert, die Reinigungsfrauen sind regelmäßig vor Ort, um die Appartements sauber zu halten. Wenn es von den Gästen gewünscht wird, werden bei Bedarf auch während der Woche Wäsche und Handtücher ausgewechselt. Für diese Leistungen ist von den Gästen zu bezahlen. Speisen und Getränke werden in der Residenz S an die Gäste nicht verabreicht.

Die oben genannten Homepages werden von der Beschwerdeführerin gegen Bezahlung betreut und mit Fotos ausgestaltet. Zusätzlich zur Betreuung der Homepages ist die Beschwerdeführerin für die Marketingbetreuung, die Koordination und Kontrolle des Reinigungsteams, der Organisation von Bett- und Handwäsche und die Ablieferung der Kurtaxen an die Gemeinde W sowie für das Einkassieren der Mieten, welche dann aus einem Pool auf die jeweiligen Eigentümer der Appartements aufgeteilt werden, zuständig. Dies bedingt einen regelmäßigen Aufenthalt der Beschwerdeführerin im Appartementhaus S, auch, um den Kontakt mit dem Hausmeister zu halten.

Die Beschwerdeführerin ist seit dem 10.12.2014 Inhaberin des freien Gewerbes „*Büroservice (Zurverfügungstellung bürotechnischer Einrichtungen und die Durchführung von Büroarbeiten, eingeschränkt auf Schreibearbeiten, die Adressierung, Kuvertierung, Paketierung von Poststücken, die Durchführung von Botengängen sowie die Entgegennahme und Weitergabe von telefonischen oder im Wege anderer Kommunikationsmittel eingelangten Nachrichten)*“, mit dem Standort Z, Adresse. Für dieses Büroservice betreibt die Beschwerdeführerin keine eigene Homepage, die Homepage www.***.at ist jene der Residenz S in W, welche von der Beschwerdeführerin für die jeweiligen Eigentümer dieses Appartementhauses gewartet und betrieben wird.

Die vorstehenden Sachverhaltsfeststellungen, insbesondere zu den Eigentumsverhältnissen, zur Ausstattung und zur Nutzung der Appartements im Appartementhaus Residenz S ergeben sich aus dem Akt der belangten Behörde sowie aufgrund der Ergebnisse des ergänzend durchgeführten Ermittlungsverfahrens, insbesondere durch die Einvernahme der Beschwerdeführerin im Rahmen der öffentlichen mündlichen Verhandlung vor dem Landesverwaltungsgericht Tirol am 03.03.2016. Die Feststellungen stehen im Übrigen weitgehend außer Streit, insbesondere der Umstand, dass jeweils beim Wechseln der Gäste eine Endreinigung der Appartements vorgenommen wird und somit die Appartements beim Neuankommen von Gästen gereinigt und bezugsfertig sind, wozu auch das regelmäßige Wechseln der Bettwäsche und der Handtücher kommt. Relativiert wurde von der Beschwerdeführerin der Wäschewechsel und die Reinigung der Appartements auch während der Woche. Hier wurde erklärt, dass die Gäste während ihres Aufenthaltes auch die Möglichkeit haben, die Appartements selber zu reinigen, um sich Kosten zu sparen, dass dies aber fast nie der Fall sei. Wenn es während der Woche notwendig sei, Wäsche und Handtücher auszuwechseln, würden diese Leistungen für die Gäste erbracht.

Für das erkennende Gericht steht somit zweifelsfrei fest, dass die Appartements im Appartementhaus S von den jeweiligen Wohnungseigentümern, neben ihrer fallweisen Nutzung zu Urlaubszwecken, vor allem zur gewerblichen Nutzung erworben wurden und dass die Beschwerdeführerin über die auf der Homepage www.Z.com aufscheinende HG A A , aber auch auf den Homepages www.booking.com und www.***.at mit der gewerbsmäßigen Fremdenbeherbergung beauftragt wurde und für ihre Tätigkeit auch ein regelmäßiges Einkommen bezieht. Von einer Tätigkeit aus Vermietung und Verpachtung kann somit aufgrund des erhobenen Sachverhaltes bzw der beschriebenen Dienstleistungen nicht gesprochen werden und hat sich die Tätigkeit der Beschwerdeführerin nicht auf die bloße Überlassung des Bestandgegenstandes bzw auf eine Vermittlung einer allfälligen Vermietung zwischen Eigentümern der Appartements und deren Mieter beschränkt. Unter www.booking.com wurde hinsichtlich der Residenz S auch eine Bewertung für das Hotelpersonal (8,3 Punkte) abgegeben. Die Appartements werden durch die Erbringung der geschilderten Dienstleistungen nicht als bloße Raumvermietung betrieben und ist ihre Tätigkeit nicht, wie von der Beschwerdeführerin geltend gemacht, lediglich auf die anfallenden Büroarbeiten für die Eigentümer, die Bearbeitung von E-mails und als Ansprechperson für allfällige Fragen der Mieter beschränkt. Die von der Beschwerdeführerin mit Schriftsatz vom 16.03.2016 vorgelegten Urkunden („Service Agreement“) datieren zur Gänze nach Erlassung des angefochtenen Straferkenntnisses und berühren nicht den verfahrensrelevanten Tatzeitraum. Die von der Beschwerdeführerin im Rahmen der öffentlichen mündlichen Verhandlung am 03.03.2016 beantragte zeugenschaftliche Einvernahme des Hausmeisters B B erweist sich nach Ansicht des erkennenden Richters aufgrund der von der belangten Behörde erhobenen und von der Beschwerdeführerin im Rahmen der öffentlichen mündlichen Verhandlung am 03.03.2016 geschilderten Nutzung des Appartementhauses S als nicht mehr notwendig, zumal der für die Entscheidung notwendige Sachverhalt ausreichend ermittelt wurde.

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 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) 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;*

...

§ 63.

(1) Gewerbetreibende, die natürliche Personen und keine im Firmenbuch eingetragene Unternehmer sind, haben sich bei der äußeren Bezeichnung der Betriebsstätten und bei der Abgabe der Unterschrift ihres Namens zu bedienen. Auf Geschäftsbriefen und Bestellscheinen, die auf Papier oder in sonstiger Weise an einen bestimmten Empfänger gerichtet sind, sowie auf einer Website haben sie ihren Namen und den Standort der Gewerbeberechtigung anzugeben. Im übrigen Geschäftsverkehr, insbesondere in Ankündigungen, dürfen Abkürzungen des Namens oder andere Bezeichnungen verwendet werden, wenn die verwendeten Ausdrücke zur Kennzeichnung des Unternehmens geeignet sind und Unterscheidungskraft besitzen. Die Ausdrücke dürfen keine Angaben enthalten, die geeignet sind, über geschäftliche Verhältnisse, die für die angesprochenen Verkehrskreise wesentlich sind, irreführen. Die sich aus den §§ 5 und 6 ECG, BGBl. I Nr. 152/2001 ergebenden Verpflichtungen werden durch diese Bestimmungen nicht berührt. Nicht zur Kennzeichnung des Unternehmens geeignet ist die bloße Angabe einer Telefonnummer, eines Postfaches oder die Angabe von E-Mail-Adressen, die keine kennzeichnungskräftigen Ausdrücke enthalten.

§ 368.

Eine Verwaltungsübertretung, die mit einer Geldstrafe bis zu 1 090 Euro zu bestrafen ist, begeht, wer andere als in den §§ 366, 367 und 367a genannte Gebote oder Verbote dieses Bundesgesetzes oder der auf Grund dieses Bundesgesetzes erlassenen Verordnungen oder der Bescheide, die auf Grund der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes oder auf Grund dieses Bundesgesetzes erlassener Verordnungen ergangen sind, nicht einhält."

Die hier maßgeblichen Rechtsvorschriften des E-Commerce-Gesetzes, ECG, BGBl I Nr 152/2001 idF BGBl I Nr 34/2015, lauten auszugsweise wie folgt:

„§ 5.

(1) Ein Diensteanbieter hat den Nutzern ständig zumindest folgende Informationen leicht und unmittelbar zugänglich zur Verfügung zu stellen:

- 1. seinen Namen oder seine Firma;*
- 2. die geografische Anschrift, unter der er niedergelassen ist;*
- 3. Angaben, auf Grund deren die Nutzer mit ihm rasch und unmittelbar in Verbindung treten können, einschließlich seiner elektronischen Postadresse;*
- 4. sofern vorhanden, die Firmenbuchnummer und das Firmenbuchgericht;*
- 5. soweit die Tätigkeit einer behördlichen Aufsicht unterliegt, die für ihn zuständige Aufsichtsbehörde;*
- 6. bei einem Diensteanbieter, der gewerbe- oder berufsrechtlichen Vorschriften unterliegt, die Kammer, den Berufsverband oder eine ähnliche Einrichtung, der er angehört, die Berufsbezeichnung und den Mitgliedstaat, in dem diese verliehen worden ist, sowie einen Hinweis auf die anwendbaren gewerbe- oder berufsrechtlichen Vorschriften und den Zugang zu diesen;*
- 7. sofern vorhanden, die Umsatzsteuer-Identifikationsnummer.*

(2) Sofern in Diensten der Informationsgesellschaft Preise angeführt werden, sind diese so auszuzeichnen, dass sie ein durchschnittlich aufmerksamer Betrachter leicht lesen und zuordnen kann. Es muss eindeutig erkennbar sein, ob die Preise einschließlich der Umsatzsteuer sowie aller sonstigen Abgaben und Zuschläge ausgezeichnet sind (Bruttopreise) oder nicht. Darüber hinaus ist auch anzugeben, ob Versandkosten enthalten sind.

(3) Sonstige Informationspflichten bleiben unberührt.

§ 26.

(1) Ein Diensteanbieter begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit Geldstrafe bis zu 3.000 Euro zu bestrafen, wenn er

- 1. gegen seine allgemeinen Informationspflichten nach § 5 Abs. 1 verstößt.*

...

§ 27.

(1) Die Behörde kann einen Diensteanbieter, der die Verpflichtungen nach diesem Bundesgesetz verletzt, darauf hinweisen und ihm auftragen, den gesetzmäßigen Zustand innerhalb einer von ihr festgelegten angemessenen Frist herzustellen. Dabei hat sie ihn auf die mit einer solchen Aufforderung verbundenen Rechtsfolgen hinzuweisen.

(2) Ein Diensteanbieter ist wegen einer Verwaltungsübertretung nach § 26 Abs. 1 nicht zu bestrafen, wenn er den gesetzmäßigen Zustand innerhalb der von der Behörde gesetzten Frist herstellt."

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 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 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 verschiedene Appartements im Appartementhaus Residenz S in der Gemeinde W von der Beschwerdeführerin an wechselnde Gäste (Touristen) vermietet werden. Die Appartements werden als Ferienwohnungen im Internet über die Homepages www.***.com/***, www.booking.com und www.***.at beworben bzw vermietet. Die Appartements sind komplett eingerichtet, Wäsche wird zur Verfügung gestellt. Bei der Abreise der Gäste werden die Appartements gereinigt und wird die Wäsche gewechselt. Über Wunsch der Gäste erfolgt ein Wechseln der Wäsche bzw der Handtücher gegen Bezahlung auch während der Urlaubswoche. Die Anmeldung der Gäste erfolgt entsprechend der 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 iSd § 111 Abs 1 Z 1 GewO 1994 zu qualifizieren ist und somit eine gewerbliche Beherbergung von Gästen im Sinne der GewO 1994 vorliegt.

Zum normativen Gehalt der Bestimmung des § 1 Abs 4 zweiter 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 zweiter 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 den Wortlaut der Ankündigung fallende gewerbliche Tätigkeit entfaltet wird (vgl VwGH vom 19.11.2003, ZI 2000/04/0093).

Wenn der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin im Rahmen der öffentlichen mündlichen Verhandlung am 03.03.2016 bemängelt hat, dass die Tatvorwürfe 1) und 2) des angefochtenen Straferkenntnisses nicht dem Konkretisierungsgebot des § 44a VStG hinsichtlich der Tatzeit entsprechen würden, da die Taten zu einem unbestimmten Zeitpunkt stattgefunden haben sollten, erfolgte durch das erkennende Gericht zu Spruchpunkt 1) hinsichtlich des Beginns der Tatzeit aufgrund der ersten Recherche im Internet am 11.08.2015 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).

Die Beschwerdeführerin hat somit die ihr unter Spruchpunkt 1) des angefochtenen Straferkenntnisses 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. Der Beschwerdeführerin ist somit hinsichtlich der inneren Tatseite die Glaubhaftmachung des mangelnden Verschuldens nicht gelungen, sodass sie die ihr unter Spruchpunkt 1) dieses Erkenntnisses zur Last gelegte Verwaltungsübertretung auch in subjektiver Hinsicht zu verantworten hat.

Hingegen waren die Spruchpunkte 2) und 3) des angefochtenen Straferkenntnisses aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren hinsichtlich dieser Spruchpunkte einzustellen, zumal das ergänzend durchgeführte Ermittlungsverfahren ergeben hat, dass die Beschwerdeführerin für die ihr verliehene Gewerbeberechtigung – Büroservice – keine eigene Homepage betreibt und es somit auch nicht erforderlich ist, dass die Beschwerdeführerin für dieses Gewerbe auf der Webseite www.***.at ihren Namen angibt.

Zu Spruchpunkt 3) des angefochtenen Straferkenntnisses ist darauf hinzuweisen, dass in diesem Spruchpunkt einerseits nicht individualisiert wurde, welcher Informationspflicht gemäß § 5 Abs 1 ECG die Beschwerdeführerin nicht nachgekommen ist und dass andererseits die „Kann-Bestimmung“ in § 27 Abs 1 ECG als rechtliches Müssen zu interpretieren ist (vgl *Laga/Seherschön/Ciresa* E-Commerce-Gesetz, Praxiskommentar, 2. aktualisierte und erweiterte Auflage, S 119; Entscheidung des Verwaltungsgerichtes Wien vom 29.04.2016, ZI VGW-001/010/12516/2015-1).

Das bedeutet, dass die belangte Behörde der Diensteanbieterin zuerst eine angemessene Frist zur Herstellung des gesetzmäßigen Zustandes setzen und sie gleichzeitig auf die Rechtsfolgen (Bestrafung nach § 26 ECG) hinweisen muss. Erst wenn die Diensteanbieterin innerhalb der ihm gesetzten Frist die Behebung des gesetzlichen Zustandes nicht vornimmt, kann gemäß § 26 Abs 1 ECG eine Strafe verhängt werden.

Im gegenständlichen Fall hat es die belangte Behörde unterlassen, der Diensteanbieterin aufzutragen, innerhalb einer angemessenen Frist den gesetzmäßigen Zustand herzustellen. Nach dem Akteninhalt steht einem solchen Auftrag auch kein sachlicher Grund entgegen. Da sohin im gegenständlichen Fall die besondere Strafbarkeitsvoraussetzung des § 27 ECG nicht vorliegt, war das Straferkenntnis auch hinsichtlich des Spruchpunktes 3. zu beheben und das Verfahren spruchgemäß einzustellen.

IV. Zur Strafbemessung hinsichtlich Spruchpunkt 1) des angefochtenen Straferkenntnisses:

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, dass reglementierte Gewerbe nur durch befugte Gewerbetreibende ausgeübt werden.

Die Beschwerdeführerin bezieht ein monatliches Nettoeinkommen von ca € 1.300,00, verfügt über kein Vermögen und hat keine Sorgepflichten zu tragen.

Beim Verschulden war zumindest von Fahrlässigkeit auszugehen. Als mildernd war die bisherige Unbescholtenheit, als erschwerend war nichts zu werten.

Unter Bezugnahme auf die oben angeführten Strafzumessungsgründe kann die von der belangten Behörde unter Spruchpunkt 1) verhängte Strafe, auch bei Nichtvorliegen eines von der belangten Behörde angenommenen Erschwerungsgrundes hinsichtlich der Fortsetzung der Übertretung über eine längere Zeit, keinesfalls als überhöht angesehen werden. Die Behörde hat damit den gesetzlichen Strafraum bis zu € 3.600,00 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.

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)