

Geschäftszeichen:

LVwG-2019/25/1515-3

Ort, Datum:

Innsbruck, 23.09.2019

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Tirol erkennt durch seinen Richter Dr. Hohenhorst über die Beschwerde von Frau AA, geboren am XX.XX.XXXX, Adresse 1, Z, vertreten durch die Rechtsanwälte BB, Adresse 2, Y, vom 29.07.2019, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft X vom 26.06.2019, ZI *****, betreffend eine Übertretung nach der Gewerbeordnung, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung,

zu Recht:

1. Die Beschwerde wird nach Maßgabe der 3 nachfolgenden Spruchpunkte als **unbegründet abgewiesen**.
2. Bei der als erwiesen angenommenen Tat (§ 44a Z 1 VStG) hat es wie folgt zu lauten:
Frau AA, geboren am XX.XX.XXXX, hat im Zeitraum vom 01.01.2019 bis zum 26.06.2019 Tätigkeiten des freien Gewerbes „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“ gewerbsmäßig, sohin selbstständig, regelmäßig und in der Absicht betrieben, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, gleichgültig für welche Zwecke dieser bestimmt ist, in den Räumlichkeiten im ersten Obergeschoß des Gebäudes im Standort Z, Adresse 1, ausgeübt, ohne dass sie die dafür erforderliche Gewerbeberechtigung erlangt hat.
3. Bei den verletzten Verwaltungsvorschriften (§ 44a Z 2 VStG) hat es wie folgt zu lauten:
§ 366 Abs 1 Z 1 GewO 1994, BGBl Nr 194/1994 idF BGBl I Nr 45/2018 iVm § 111 Abs 2 Z 4 GewO 1994, BGBl Nr 194/1994 idF BGBl Nr 94/2017.
4. Bei der Strafsanktionsnorm (§ 44a Z 3 VStG) hat es wie folgt zu lauten:
§ 366 Abs 1 Einleitungssatz GewO 1994, BGBl Nr 194/1994 idF BGBl I Nr 45/2018.

5. Die Beschwerdeführerin hat einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von Euro 120,00 zu leisten.
6. Die **ordentliche Revision** ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG **nicht zulässig**.

Entscheidungsgründe

I. Verfahrensgang:

Im bekämpften Straferkenntnis wird Frau AA folgender Sachverhalt angelastet und Strafe über sie verhängt:

„Die Beschuldigte, Frau AA, geb. am XX.XX.XXXX, wh. in Z, Adresse 1, hat zumindest seit 01.01.2019 bis dato, Tätigkeiten des freien Gewerbes „Gastgewerbe in der Betriebsart Beherbergung von Gästen, wenn nicht mehr als zehn Fremdenbetten bereitgestellt werden, und 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“ in Z, Adresse 1 („Haus CC“) gewerbsmäßig ausgeübt, und zwar selbstständig, regelmäßig und in der Absicht einen Ertrag, oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, gleichgültig für welchen Zweck dieser bestimmt ist, obwohl Frau AA nicht im Besitz einer hiezu erforderlichen Gewerbeberechtigung zur Ausübung des oben genannten Gewerbes im genannten Standort ist.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

§ 366 Abs. 1 Ziffer 1 GewO 1994 iVm § 1 Abs. 4 GewO 1994 StF: BGBl. Nr. 194/1994, in der Fassung BGBl. I Nr. 112/2018

Wegen dieser Verwaltungsübertretungen wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe (€):	Gemäß:	Ersatzfreiheitsstrafe:
600,00	§ 366 Abs. 1 Ziffer 1 GewO 1994 iVm § 1 Abs. 4 GewO 1994 StF: BGBl. Nr. 194/1994, in der Fassung BGBl. I Nr. 112/2018	56 Stunden

Im Falle der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe tritt an deren Stelle die Ersatzfreiheitsstrafe.

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

€ 60,00 als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10% der Strafe, wobei jedoch mindestens € 10,00 zu bemessen sind.

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher: € 660.00"

Dagegen richtet sich die fristgerechte und zulässige Beschwerde, in welcher die Beschuldigte durch ihre Rechtsvertreter im Wesentlichen vorbringt, dass es sich unstrittig bei der von ihr ausgeübten Tätigkeit um keine gewerbliche Raumvermietung handle, ebenso wie der Umstand, dass sie eine Ferienwohnung, die sich in ihrem Haus befindet, vermiete. Nach herrschender Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes stelle eine häusliche Nebenbeschäftigung keinesfalls eine Angelegenheit des Gewerbes dar. Die private Zimmervermietung stelle eine solche häusliche Nebenbeschäftigung dar, weshalb die durch die gewöhnlichen Mitglieder des eigenen Hausstandes als häusliche Nebenbeschäftigung ausgeübte Vermietung von nicht mehr als zehn Fremdenbetten explizit von der Gewerbeordnung ausgenommen sei. In einer raumordnungsrechtlichen Entscheidung zum Begriff „Gastgewerbebetriebe zur Beherbergung von Gästen“ sei der Verwaltungsgerichtshof zum Entschluss gekommen, dass es für eine privatrechtliche Vermietung spreche, wenn die Gäste bei ihrer Ankunft den Schlüssel aus einem mit Zahlencode gesicherten Safe selbst entnehmen, ihren Müll selbst entsorgen und die Wohnung besenrein übergeben müssen, weiters wenn die Wohnung das ganze Jahr über zur Vermietung angeboten wird, die Gäste sämtliche Lebensmittel selbst besorgen müssen und keine Zubereitung oder Verkauf von Speisen oder Getränken stattfindet und keine Betreuungsperson vor Ort ist. In abgabenrechtlicher Hinsicht habe der Verwaltungsgerichtshof ausgesprochen, dass eine Ferienwohnungsvermietung, bei der keinerlei Verpflegung der Gäste und keine alltägliche Wartung der Zimmer stattfindet, nur dann zu Einkünften aus einem Gewerbebetrieb führe, wenn eine verhältnismäßig größere Zahl von Wohnungen eine Tätigkeit bedingt, die über jene Tätigkeit, wie sie mit der bloßen Nutzungsüberlassung von Räumen üblicherweise verbunden ist, deutlich hinaus geht. Dem bekämpften Straferkenntnis sei nicht zu entnehmen, warum gegenständlich keine häusliche Nebenbeschäftigung vorliegen würde. Es werde auch kein Brötchenservice angeboten. Die von der Beschuldigten ausgeübte Tätigkeit sei damit von der Konzessionspflicht ausgenommen. Es werde deshalb ersatzlose Erhebung des bekämpften Straferkenntnisses und Verfahrenseinstellung beantragt, in eventu Herabsetzung der Höhe der Geldstrafe.

In der mündlichen Verhandlung führte die Beschwerdeführerin dazu ergänzend Folgendes aus:

„Ich habe im anlastungsgegenständlichen Zeitraum eine Ferienwohnung im Haus Adresse 1 vermietet. Ich habe einen Vertrag mit einem Reisebüro, welches die kompletten administratorischen Maßnahmen durchführt. Das bedeutet, dass das Reisebüro die Werbung für die Ferienwohnung in seine Portale stellt, es kassiert von den Kunden das Geld und ich bekomme vom Reisebüro entsprechend dem Vertrag einen Anteil davon. Ich vermiete die Wohnung im 1. Obergeschoß. Mein Mann und ich wohnen im Erdgeschoß. Die Ferienwohnung im 2. Obergeschoß vermietet mein Mann. Die Ausstattung und Raumaufteilung der beiden Ferienwohnungen ist im Großen und Ganzen identisch.

Wenn mir die im Akt einliegenden Fotos gezeigt werden, dann gehe ich diese mit dem Verhandlungsleiter durch und erkläre ihm, welche Fotos dem aktuellen Stand entsprechen und welche noch vor dem von uns durchgeführten Umbau aufgenommen wurden. Bezüglich

der Innenausstattung bezeichne ich die Fotos, die im 2. Obergeschoß gelegen sind. Der Verhandlungsleiter führt handschriftlich die entsprechenden Vermerke auf den Bildern an.

In beiden Wohnungen befinden sich voll ausgestattete 'Küchen mit sämtlichen Elektrogeräten wie Herd, Kühlschrank und Ähnlichem. Geschirr und Besteck sind auch vollständig vorhanden. Auf Höhe des ersten Stockes des Gebäudes befindet sich ein Grillkamin im Freien, der sowohl von den Mietern der Wohnung im 1. als auch im 2. Obergeschoß benützt werden kann. Ich ergänze die Aussage diesbezüglich, dass sich dort zwei Grillkamine befinden, damit beide Bewohner unabhängig voneinander Grillen können. Jeder der Wohnungen verfügt über 10 Betten.

Wenn mir die Werbung im Internet vom Reisebüro „DD“ vorgehalten wird, worin bei der Information unter der Rubrik „Allgemein“ WLAN gegen Gebühr angeführt wird, gebe ich an, dass dies von unseren Gästen gar nicht genutzt wird, da ohnehin aufgrund des Wegfalls der Roaming-Gebühren jeder Gast direkt über das mobile Internet verfügt. Wahrscheinlich wird damals der Betreuer vom Reisebüro mich gefragt haben, ob wir das anbieten, was ich bejaht haben werde. Das WLAN wird von unseren Gästen nicht in Anspruch genommen. Das WLAN ist passwortgeschützt und wäre nur gegen Gebühr verfügbar, was bei den Gästen offenbar nicht interessant ist.

In die Wohnungen im 1. und 2. Obergeschoß gelangt man über das Stiegenhaus. Über dieses Stiegenhaus erfolgt auch der Zugang zu unserer Wohnung im Erdgeschoß. Mir wird seitens der Richter der Bauakt gezeigt und ich bestätige die Richtigkeit der Unterlagen, die zum Bescheid des Bürgermeisters von Z vom 13.03.2019, *****, als Bestandteile des Bescheides erklärt wurden. Ich bin unter der Adresse in diesem Haus mit Hauptwohnsitz gemeldet. Ich arbeite in W und so kommen mein Mann und ich regelmäßig am Donnerstagabend nach Z und fahren montagsmorgens wieder nach W. Mein Mann ist Frührentner, begleitet mich aber regelmäßig.

Die Mieter in unseren Wohnungen sind reine Selbstversorger, es werden von unserer Seite keinerlei Lebensmittel zur Verfügung gestellt.

Wenn ich auf das im Internetauftritt angeführte „Brötchenservice“ angesprochen werde, so ist es nicht so zu verstehen, dass von meiner Seite den Gästen Semmeln oder andere Lebensmittel zur Verfügung gestellt werden. Ich habe im Haus aufgehängt eine Preisliste der Bäckerei EE in V, wo die Gäste telefonisch Brot bestellen können, welches dann von der Firma EE zur Wohnung geliefert wird. Zu diesem Zweck befindet sich in jeder der beiden Wohnungen eine Plastikbox, die die Gäste im Falle einer Bestellung bei der Bäckerei vor die Haustüre stellen können, damit der Bäcker dann dort das Brot in der Früh für sie ablegt. Die Abrechnung erfolgt direkt zwischen den Mietern und der Bäckerei. Es gibt in U auch ein Brötchenservice, welches man mittels Applikation in Anspruch nehmen kann. Ich mache das jedoch nicht, weil dann wäre ich Vertragspartner und müsste ich kassieren. Die Betriebskosten wie Strom, Abwasserbeseitigung, Abfallbeseitigung, Trinkwasser, die Kosten für Versicherung, für die Heizung sind im Mietpreis pauschal enthalten und müssen die Mieter mir dafür nichts bezahlen. Allfällige Reparaturarbeiten, wie auszutauschende Leuchtmittel etc., werden von mir erledigt, dafür muss der Gast nichts extra bezahlen. Anders würde es

aussehen, wenn mutwillig etwas beschädigt würde. Die Anmeldung der Gäste erfolgt in der Weise, dass ich den Gästen bei Ankunft das Gästebblatt zum Ausfüllen aushändige und dann über Internet die Meldung beim Tourismusverband durchführe. Dies ist noch am gleichen Tag durchzuführen. Radio- und Fernsehgebühr (GIS) sind ebenso wie die anderen Betriebskosten in der pauschalen Miete enthalten.

Beim Gästewechsel sind grundsätzlich mein Mann und ich vor Ort und wir erledigen die Begrüßung und die Übergabe der Schlüssel persönlich. Bei der Abreise der Gäste erfolgt dies genauso. Gästewechsel ist bei uns immer am Samstag bzw am Sonntag, also immer zu einer Zeit, wann ich bzw mein Mann in Z anwesend sind. Im letzten Winter hatten wir es so eingeteilt, dass bei meiner Wohnung immer am Samstag der Gästewechsel stattfand und bei der Wohnung meines Gatten am Sonntag, einfach um uns die Arbeit aufteilen zu können. Derzeit haben wir den Gästewechsel in beiden Wohnungen wieder am Samstag. Die Ferienwohnungen können also nur im Wochenrhythmus gemietet werden; das heißt, eine Woche ist die kürzeste Mietdauer, man könnte auch mehrere Wochen mieten, bisher sind allerdings noch nie Gäste länger als zwei Wochen durchgehend als Mieter bei uns gewesen. Bei uns werden an die Gäste weder Speisen verkauft bzw verabreicht, es werden aber auch keine Getränke in handelsüblichen Gebinden oder sonst etwas dergleichen an die Gäste verkauft. Die Bettwäsche wird von unserer Seite den Gästen zur Verfügung gestellt und wird von uns gewaschen. Die Handtücher müssen sich die Gäste selbst mitbringen. Einen Wäscheservice gegen Aufpreis, wo die Gäste ihre Wäsche bei mir mitwaschen lassen können, gibt es nicht. Die Bettwäsche wird regelmäßig beim Gästewechsel nach einer Woche ausgetauscht. Die Gäste müssen die Wohnung bei der Abreise besenrein verlassen, die Endreinigung wird von meinem Mann und mir durchgeführt. Wir beschäftigen dafür nie eine Hilfskraft, es machen immer mein Mann und ich alles alleine. Man würde in U auch gar niemanden dafür finden. Waren oder Dienstleistungen werden unsererseits an die Gäste nicht vermittelt, es liegen in den Ferienwohnungen nur die üblichen Informationen des Tourismusverbandes auf, wo sich die Gäste dann bei Bedarf entsprechende Leistungen organisieren können. Der Mietpreis für die jeweiligen Ferienwohnungen wird pro Woche gerechnet. Unsere Gäste sind Touristen, die zu Erholungs- und Freizeitzwecken zu uns kommen.

Die ca Euro 30.000,00 jährliches Einkommen aus der Vermietung deklariere ich dem Finanzamt gegenüber als Einkünfte aus Vermietung. Das erledigt alles mein Steuerberater. Die Werbung für die Ferienwohnungen wird ausschließlich über das Reisebüro DD durchgeführt. Ich habe lediglich am Grundstück eine Tafel aufgestellt, wo darauf hingewiesen wird, dass hier Ferienwohnungen vermietet werden und diesbezüglich wird auf das Reisebüro DD verwiesen. Im Vertrag mit dem Reisebüro ist enthalten, dass ich nicht ohne Vermittlung des Reisebüros die Ferienwohnungen vermieten darf.

Wenn mir die Bettenauslastung vom Tourismusverband für den Zeitraum 01.01. bis 09.04.2019 mitgeteilt wird und auf meine Wohnung 898 Übernachtungen gemeldet waren, so kann ich die Zahlen definitiv nicht bestätigen, da ich meine eigenen Zahlen nicht zur Verfügung habe.

Wenn ich gefragt werde, ob diese Zahl plausibel ist, gebe ich an, dass ich mir darüber den Kopf nicht zerbreche, da ich das alles meinem Steuerberater übergebe.

*Wenn ich gefragt werde, ob wir Erkundigungen eingeholt haben, inwiefern eine Vermietung eine gewerbliche Tätigkeit darstellt, so erinnere ich mich daran, dass mir ursprünglich die Auskunft gegeben wurde (ich weiß jetzt nicht mehr von wem), dass man bis zu fünf Wohnungen in einem Gebäude ohne Gewerbeberechtigung vermieten darf. Dann ist das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft X vom 14.02.2019, *****, gekommen und daraufhin haben wir die Ferienwohnungen aufgeteilt zwischen meinem Mann und mir mit jeweils maximal 10 Betten. Wir haben diesbezüglich keinen Rat gesucht, sondern uns diese Vorgehensweise als Reaktion auf dieses Straferkenntnis ausgedacht. Ich war mir nie einer Schuld bewusst.*

In Österreich habe ich nur diese eine Ferienwohnung. Die Gäste entsorgen den Restmüll in die schwarze Tonne, die vor dem Haus steht. In jeder Wohnung befinden sich verschiedene Boxen für die Mülltrennung, die von den Gästen selbst beim Recyclinghof abgegeben werden müssen.

Wenn ich gefragt werde, ob dies funktioniert und die Gäste das selbst auch machen, so bestätigte ich, dass dies in 90 % der Fälle von den Gästen erledigt wird. Der Recyclinghof befindet sich in V und die Gäste bringen das dorthin, das funktioniert. Den in unserer Wohnung anfallenden Müll trenne ich auf dieselbe Weise und liefere ihn beim Recyclinghof ab."

II. Sachverhalt:

AA ist Alleineigentümerin von Grundstück Nr **1, KG *** Z, auf welchem sich das Haus mit der Wohnanschrift Adresse 1, Z, befindet. Dieses Haus wurde im Jahre 2012 kreditfinanziert gekauft. Die monatlichen Rückzahlungen dafür betragen ca Euro 1.500,00. Die Wohnung im Erdgeschoss wird von Frau AA und ihrem Ehemann FF bewohnt. Im ersten und im zweiten Obergeschoss befindet sich jeweils eine Ferienwohnung. Die drei Wohneinheiten sind über ein abgeschlossenes Stiegenhaus erschlossen.

Frau AA ist unter der Adresse in Adresse 1 mit Hauptwohnsitz gemeldet. Sie arbeitet in W als IT-Ingenieurin und hält sich deshalb regelmäßig in der Zeit zwischen Montagfrüh und Donnerstagabend dort auf. Die übrige Zeit verbringt sie mit ihrem Mann in ihrem Haus in Z.

AA hatte die Ferienwohnung im ersten Stock ihres Hauses in der Zeit zwischen 01.01.2019 und 26.06.2019 für touristische Zwecke vermietet. Sie hat diesbezüglich einen Vertrag mit dem niederländischen Reisebüro „DD“, welches die kompletten administratorischen Maßnahmen, wie auch die Werbung organisiert. Die Mieter bezahlen an das Reisebüro und Frau AA erhält von diesem ihren vertraglich vereinbarten Anteil davon. Gemäß diesem Vertrag darf Frau AA die Ferienwohnung nur über das Reisebüro DD vermieten.

Die Ferienwohnung im ersten Stock verfügt über zehn Betten, ist vollständig möbliert, mit Küche, Fernsehgerät und Bad ausgestattet; in der Küche sind Geschirr und Besteck vorhanden. Auf Höhe des ersten Stockes des Gebäudes befinden sich im Freien zwei

Grillkamine, jeweils einer für die Mieter der beiden Ferienwohnungen. Die Gäste haben die Möglichkeit, ihre Ski unterzustellen (Skiabstellgebäude). Seitens der Vermieterin wird den Gästen die Bettwäsche zur Verfügung gestellt, Handtücher müssen die Gäste selbst mitbringen. Die Vermietung erfolgt nur wochenweise, entweder von Samstag bis Samstag oder von Sonntag bis Sonntag. Die Wohnung kann auch für mehrere Wochen gemietet werden, für mehr als zwei Wochen war dies jedoch noch nie der Fall. Beim Gästewechsel sind grundsätzlich Frau AA und ihr Mann vor Ort und erledigen die Begrüßung und Übergabe der Schlüssel bzw die Rückgabe desselben persönlich. Bei Abreise haben die Gäste die Wohnung besenrein zu hinterlassen. Die Endreinigung der Wohnung beim Gästewechsel und das Waschen der Bettwäsche erledigt Frau AA mit ihrem Ehemann zusammen. Dafür wird kein Personal beschäftigt. Frau AA verkauft oder verabreicht an ihre Gäste weder Speisen noch Getränke. Der in der Internetwerbung des Reisebüros angeführte „Brötchenservice“ stellt sich dermaßen dar, dass im Haus eine Preisliste der Bäckerei EE in V aufgehängt ist, wo die Gäste telefonisch Brot bestellen können, welches dann von der Bäckerei direkt zur Ferienwohnung geliefert wird. Dafür stellt die Vermieterin für die Ferienwohnung eine Plastikbox zur Verfügung, die die Mieter im Falle einer Bestellung bei der Bäckerei vor die Haustür stellen können, damit der Bäcker dann dort das Brot in der Früh für sie ablegt. Die Abrechnung erfolgt direkt zwischen den Mietern und der Bäckerei. Die Vermieterin bietet einen gebührenpflichtigen WLAN-Service, welcher jedoch von den Gästen seit Wegfall der Roaminggebühren regelmäßig nicht in Anspruch genommen wird. Einen Wäscheservice, wo die Gäste gegen Aufpreis ihre Wäsche von der Vermieterin mitwaschen lassen können, gibt es nicht. Sonstige Waren- oder Dienstleistungen werden ihr an die Gäste nicht vermittelt, es liegen in der Ferienwohnung nur die üblichen Informationen des Tourismusverbandes auf, wo sich die Gäste dann bei Bedarf entsprechende Leistungen organisieren können.

Der Mietpreis für die Ferienwohnung wird pro Woche gerechnet, bei den Gästen handelt es sich um Touristen, die zu Erholungs- und Freizeitwecken kommen. In diesem Mietpreis enthalten sind auch die Betriebskosten für Strom, Abwasserbeseitigung, Abfallbeseitigung, Trinkwasser, Versicherung und Heizung. Allfällige Reparaturarbeiten, solange es sich nicht um mutwillige Beschädigungen handelt, werden von der Vermieterin auf deren Kosten erbracht. Im Mietpreis enthalten ist ebenso die Radio- und Fernsehgebühr für die vorhandenen Fernsehgeräte. Die Anmeldung der Gäste erledigt Frau AA in der Weise, dass sie den Gästen bei der Ankunft das Gästebblatt zum Ausfüllen aushändigt und dann über Internet noch am selben Tag die Meldung beim Tourismusverband durchführt.

Im Zeitraum vom 01.01.2019 bis 09.04.2019 waren für die Ferienwohnung im ersten Obergeschoß des Hauses in Adresse 1 beim Tourismusverband 898 Übernachtungen gemeldet. Aus der Vermietung erzielt Frau AA ein jährliches Einkommen von ca Euro 30.000,00, welches dem Finanzamt gegenüber als Einkünfte aus Vermietung deklariert wird.

Am Grundstück des Hauses Adresse 1 ist eine Tafel aufgestellt, worauf hingewiesen wird, dass hier Ferienwohnungen vermietet werden und wird diesbezüglich auf das Reisebüro „DD“ verwiesen. Im Internetauftritt des Reisebüros wird die Ferienwohnung als „Apartment CC 1“ bezeichnet.

Vom von der Beschwerdeführerin vermieteten Appartement im ersten Obergeschoß des gegenständlichen Gebäudes unterscheidet sich das von ihrem Ehemann vermietete

Appartement im 2. Obergeschoß im Wesentlichen dadurch, wonach das Appartement im 2. Obergeschoß über drei Bäder und zwei WC's verfügt, dass Appartement im 1. Obergeschoß über zwei Bäder und ein separates WC.

Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft X vom 14.02.2019, *****, wurde Frau AA angelastet, dass sie zumindest seit Jänner 2018 Tätigkeiten des reglementierten Gewerbes „Gastgewerbe in der Betriebsart Appartementhaus mit maximal 30 Betten“ im Haus Adresse 1 in Z gewerbsmäßig ausgeübt hätte, ohne im Besitz der dafür erforderlichen Gewerbeberechtigung zu sein. Wegen Verstoßes gegen § 366 Abs 1 Z 1 GewO wurde über sie deshalb eine Geldstrafe in der Höhe von Euro 600,00 (im Uneinbringlichkeitsfall 6 Tage Ersatzfreiheitsstrafe) verhängt. Dieser Bescheid wurde rechtskräftig, die Strafe von Frau AA bezahlt.

Aufgrund dieser Bestrafung teilte Frau AA die Vermietung der Ferienwohnungen in der Weise auf, dass sie die Ferienwohnung im ersten Stock selbst vermietet und die Ferienwohnung im zweiten Stock an ihren Ehemann vermietet, der dort die Ferienwohnungvermietung betreibt. Jede der beiden Ferienwohnungen verfügt über maximal 10 Betten. Eine konkrete Rechtsberatung wurde diesbezüglich von der Beschuldigten nicht gesucht.

III. Beweiswürdigung:

Dieser Sachverhalt ergibt sich aus dem Inhalt der Akten der Bezirkshauptmannschaft X und des Landesverwaltungsgerichts Tirol, den im Zuge der mündlichen Verhandlung eingesehenen Kopien der Bauakten betreffend das gegenständliche Gebäude - diese liegen dem verwaltungsgerichtlichen Akt ein - sowie den glaubwürdigen Angaben der Beschuldigten in der mündlichen Verhandlung.

IV. Rechtslage:

Im gegenständlichen Fall sind folgende Gesetzesbestimmungen von Bedeutung:

Gewerbeordnung 1994:

„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 berechnigte 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.*

[...]"

Gesetz vom 26. Juni 1959 über die Beherbergung von Fremden als häusliche Nebenbeschäftigung (Privatzimmervermietungsgesetz):

„§ 2

Sachliche Voraussetzungen

(1) *Die Beherbergung von Fremden als häusliche Nebenbeschäftigung darf nur unter folgenden Voraussetzungen ausgeübt werden:*

- a) *Die zu vermietenden Wohnräume müssen Bestandteile der Wohnung des Vermieters sein;*
- b) *die Zahl der für die Beherbergung von Fremden bereitgestellten Betten darf zehn 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.*

(2) *Die zu vermietenden Räume müssen den bau-, feuer- und sanitätspolizeilichen Vorschriften entsprechen und nach den örtlichen Verhältnissen für die Beherbergung von Fremden geeignet sein."*

V. Erwägungen:

Die als häusliche Nebenbeschäftigung ausgeübte Privatzimmervermietung ist zufolge § 2 Abs 1 Z 9 GewO vom Anwendungsbereich der GewO ausgenommen. Bloße Raumvermietung (Miethausbesitz) wird im Allgemeinen nicht als Gewerbe im Sinne der Gewerbeordnung angesehen. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes muss aber dann von einer Beherbergung von Fremden gesprochen werden, wenn gleichzeitig mit der Zurverfügungstellung der Räume damit üblicherweise im Zusammenhang stehende Dienstleistungen erbracht werden. Aber selbst wenn es an Dienstleistungen fehlen sollte, muss die Frage, ob es sich um eine konzessionspflichtige Beherbergung handelt, anhand der sonstigen Merkmale der zu prüfenden Tätigkeit beantwortet werden und ist unter Bedachtnahme auf alle Umstände des Einzelfalls zu beurteilen (vgl. VwGH 29.11.1963, ZI 1758/62). Nach der geltenden Rechtslage unterliegt die über die bloße Raumvermietung für Wohnzwecke hinausgehende Tätigkeit der Konzessionspflicht der Beherbergung von Gästen nach § 111 Abs 1 Z 1 GewO. Eine dem Begriff der Beherbergung von Fremden zuzuordnende Tätigkeit liegt dann vor, wenn gleichzeitig mit der Zurverfügungstellung der Räume damit üblicherweise im Zusammenhang stehende Dienstleistungen erbracht werden. Die Frage, ob gewerbsmäßige Fremdenbeherbergung anzunehmen ist oder nicht, wird unter Bedachtnahme auf alle Umstände des Einzelfalls zu beantworten sein, und zwar im Besonderen über den Gegenstand des Vertrages (bloße Schlafstelle oder Wohnraum und dessen Umfang), Dauer des Vertrages, Verabredungen in Ansehung der Kündigung und der Kündigungsfristen, Nebenverabredungen über Beistellung von Bettwäsche und Bettzeug, über Dienstleistungen wie Reinigung der Haupt- und der Nebenräume, der Bettwäsche, der Kleider des Mieters, Beheizung und der gleichen sowie über die Art und Weise, in welcher der Betrieb sich nach außen darstellt. Zum Begriff der „gewerblichen Beherbergung von Gästen“ hat der Verwaltungsgerichtshof im Erkenntnis vom 23.06.2010, 2008/06/0200, auch abgeleitet, dass dafür bereits ein geringes Ausmaß an für die Beherbergung typischen Dienstleistungen ausreichend ist.

Bei der Beherbergung ist zwischen der gewerblichen Beherbergung im Rahmen eines reglementierten Gastgewerbes (§ 111 Abs 1 Z 1) oder eines freien Gastgewerbes (§ 111 Abs 2 Z 2 und 4) und der Privatzimmervermietung zu unterscheiden. Unter Privatzimmervermietung ist die durch die gewöhnlichen Mitglieder des eigenen Hausstandes als häusliche Nebenbeschäftigung ausgeübte Vermietung von nicht mehr als 10 Fremdenbetten zu verstehen. Gemäß Art III der B-VGN 1974 BGBl 1974/444 gehört die Privatzimmervermietung nicht zu den Angelegenheiten des Gewerbes iSd Art 10 Abs 1 Z 8 B-VG.

Allen Arten von Beherbergung ist die Erbringung von Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Beherbergung, wenn auch im unterschiedlichen Umfang, gemeinsam. Die bloße Überlassung von Wohnräumen zum Gebrauch fällt nicht unter den Anwendungsbereich der GewO, weil die bloße Raumvermietung im Allgemeinen nicht als Gewerbe iSd GewO angesehen werden kann.

Bei der Vermietung von Ferienwohnungen handelt es sich nicht um bloße Raumvermietung, da einerseits über die Bereitstellung von Wohnraum inklusive Möblierung, Tisch- und Bettwäsche, Ess- und Kochgeschirr, notwendige Haushaltsgegenstände etc hinaus eine Vielzahl von Dienstleistungen erbracht werden und andererseits das äußere Erscheinungsbild in zahlreichen Belangen dem eines gewerblichen Beherbergungsbetriebes entspricht oder

doch zumindest nahe kommt. Wird nicht nur Wohnraum überlassen, sondern eine vollständig eingerichtete Wohnung mit Wohnräumen, Schlafzimmern, Sanitärräumen und eingerichteter Küche zur Verfügung gestellt, so ist von einer gewerbsmäßigen Gästebeherbergung auszugehen. Dies umso mehr, wenn die Vermietung zu Preisen erfolgt, die Endreinigung, Gas, Strom, Müllentsorgung und Ortstaxe inkludieren, woraus zwingend geschlossen werden kann, dass im Fall der Abreise der Gäste dieses Haus seitens des Vermieters gereinigt wird. Der UVS Kärnten führte in seiner Entscheidung vom 10.02.2003, KUVS-1893/4/2002, dazu aus, dass aufgrund des vorliegenden Erscheinungsbildes des gegenständlichen Objektes als Feriendomizil in der Nähe von Skipisten bzw Seen sowie der Tatsache, dass der Vermieter für eine ausreichende Beheizung der Wohnfläche sorgt, von einer gewerbsmäßigen Gästebeherbergung auszugehen ist. Der Verwaltungsgerichtshof hat in seiner Entscheidung vom 26.06.2002, 2000/13/0202, zur Frage der gewerblichen Vermietung von Immobilien im Sinne des Einkommensteuergesetzes ausgeführt, dass eine kurzfristige Vermietung mehrerer eingerichteter Ferienwohnungen in der Regel eine Verwaltungsarbeit erfordert, die das bei der bloßen Vermietung übliche Ausmaß deutlich übersteigt. Der Vermieter muss sich nämlich stets um neue Feriengäste umsehen und hat bei jedem Wechsel der Feriengäste darauf zu achten, dass sich die Wohnungen und ihre Einrichtung in einem weiterhin vermietbaren Zustand befinden, was neben der laufenden Kontrolle und Reinigungsarbeiten beim Mieterwechsel in erhöhtem Maß auch Nachschaffungen und Reparaturen bei der Wohnungseinrichtung bedingen wird.

Gemäß § 1096 ABGB hat der Vermieter das Bestandstück auf eigene Kosten in brauchbarem Stande zu übergeben und zu erhalten und die Bestandinhaber in dem bedungenen Gebrauche oder Genusse nicht zu stören. Dem gegenüber hat der Vermieter einer Ferienwohnung für die unmittelbare Bezugsfähigkeit des Mietobjekts Sorge zu tragen und zumindest weitgehend alles zur Verfügung zu stellen und zu erhalten, was zum täglichen Lebensbedarf erforderlich ist (sogenanntes Erhaltungsservice wie zB Austausch schadhafter Leuchtmittel, Reparatur des tropfenden Wasserhahns, Überziehung der Betten). Für das Vorhandensein eines gewerblichen Beherbergungsbetriebes spricht unter anderem auch die äußere Bezeichnung des Mietobjektes (hier: Apartment CC 1), die Werbung für Ferienwohnungen in dafür üblicher Form (durch Reisebüro, Hinweisschild), der Umstand, dass sämtliche mit dem Mietobjekt (Ferienwohnung) in Zusammenhang stehende Abgaben und Versicherungsprämien vom Vermieter getragen werden, die Meldepflicht den Beherbergungsgeber trifft und Dienstleistungen verschiedener Art, wie Endreinigung oder das zur Verfügung stellen der Bettwäsche erbracht werden. Für eine gewerbliche Beherbergung spricht auch der Umstand, dass die Dauer und die Motivation des Aufenthalts in erster Linie von touristischen Motiven geprägt sind, wie es im Gegenstandsfall vorliegt.

Eine Anwendung des Privatzimmervermietungsgesetzes scheidet im gegenständlichen Fall deshalb aus, weil die beiden Ferienwohnungen im ersten und zweiten Obergeschoß getrennte, über das Stiegenhaus erreichbare, Wohneinheiten darstellen und nicht Bestandteile der Wohnung der Vermieterin im Erdgeschoß sind.

Nachdem es sich bei dem Beherbergungsgewerbe nach § 111 Abs 1 Z 1 GewO 1994 um ein reglementiertes Gewerbe handelt, während ein Gewerbe nach Abs 2 Z 4 leg cit ein freies Gewerbe bildet, wird in weiterer Folge auf § 111 Abs 2 Z 4 GewO 1994 abgestellt, da

gegenständlich nicht mehr als 10 Betten in Rede stehen und sich bei dieser Betrachtung der Unrechtsgehalt der Tat für den Beschwerdeführer gegenüber dem reglementierten Beherbergungsgewerbe günstiger darstellt.

In weiterer Folge bleibt zu prüfen, ob eine bloße Raumvermietung iSd ABGB oder das freie Gewerbe der Beherbergung von Gästen iSd § 111 Abs 2 Z 4 GewO vorgelegen ist. In so einem Fall ist das aus dem Zusammenwirken aller Umstände sich ergebende Erscheinungsbild individuell zu beurteilen.

Nach Ansicht des Verwaltungsgerichtes handelt es sich im gegenständlichen Fall eindeutig um eine gewerbliche Beherbergung und nicht um eine bloße Raumvermietung, zumal die Vermietung der Ferienwohnung nur wochenweise (üblicherweise maximal zwei Wochen) zu touristischen Zwecken (Skifahren, Bergwandern,...) und nicht zur Befriedigung eines Wohnbedürfnisses erfolgt. Die Vermieterin stellt eine vollständig eingerichtete Wohnung samt Bettwäsche zur Verfügung, das zu entrichtende Beherbergungsentgelt bemisst sich wochenweise und enthält sämtliche Betriebskosten und den Erhaltungsservice sowie die Endreinigung der Wohnung beim Gästewechsel. Die Anmeldung der Gäste erfolgt gemäß § 5 Meldegesetz durch Eintragung in ein Gästebuch durch den Vermieter und nicht wie im Fall der bloßen Raumvermietung durch den Mieter mittels Meldezettel. All diese Punkte sind bei einer bloßen Raumvermietung nicht gegeben, weshalb im gegenständlichen Fall eine gewerbliche Gästebeherbergung iSd des § 111 Abs 2 Z 4 GewO vorgelegen ist. Frau AA hat somit die ihr im modifizierten Spruch angelastete Übertretung zu verantworten.

Als Verschulden ist Fahrlässigkeit gegeben, zumal die Rechtsmittelwerberin die im Tatzeitraum erfolgte Form der Vermietung aufgrund der Bestrafung im Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft X vom 14.02.2019 betrieben hat, ohne eine qualifizierte Rechtsauskunft dazu einzuholen.

Die Beeinträchtigungsintensität einer derartigen Übertretung ist nicht unerheblich, weil befugte Gewerbetreibende nicht Konkurrenz von Betrieben ausgesetzt sein sollen, die über keine Gewerbeberechtigung verfügen und sich damit auch die Auslagen für Sozialversicherung, Kammerumlage und Ähnlichem ersparen.

Die belangte Behörde hat den gesetzlichen Strafraum von bis zu Euro 3.600,00 zu 16,7% zur Anwendung gebracht. Im Hinblick auf den Umstand, dass eine einschlägige rechtskräftige Strafvormerkung aus dem heurigen Jahr vorliegt, bei der ebenfalls eine Strafe in der Höhe von Euro 600,00 ausgesprochen wurde, kann das gegenständlich ausgesprochene Strafausmaß keinesfalls als überhöht angesehen werden, weshalb auch dem Eventualantrag auf Herabsetzung der Strafe nicht nachgekommen werden konnte.

Im Hinblick auf die verwaltungsgerichtlichen Verfahrenskosten ist auszuführen, dass es sich dabei um 20 % der verhängten Geldstrafe handelt, was gesetzlich so vorgesehen ist (vgl § 51 Abs 1 und 2 VwGGV).

VI. 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. 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.

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.

Es besteht die Möglichkeit, für das Beschwerdeverfahren vor dem Verfassungsgerichtshof und für das Revisionsverfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof Verfahrenshilfe zu beantragen. Verfahrenshilfe ist zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten bzw wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von der Partei noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.

Der Antrag auf Verfahrenshilfe ist innerhalb der oben angeführten Frist für das Beschwerdeverfahren vor dem Verfassungsgerichtshof beim Verfassungsgerichtshof und für das Revisionsverfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Im Antrag an den Verwaltungsgerichtshof ist, soweit dies dem Antragsteller zumutbar ist, kurz zu begründen, warum entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes die Revision für zulässig erachtet wird.

Zudem besteht die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden können.

Hinweis:

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

Landesverwaltungsgericht Tirol

Dr. Hohenhorst
(Richter)