

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Tirol erkennt durch seinen Richter Dr. Hohenhorst über die Beschwerde von AA, geboren am ***, wohnhaft Adresse 1, Z, vertreten durch die Rechtsanwälte BB, Adresse , Y, vom 10.08.2020 gegen das Straferkenntnis der CC vom 16.07.2020, ZI***, betreffend eine Übertretung nach der Gewerbeordnung, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung,

zu Recht:

1. Der Beschwerde wird **Folge gegeben**, das bekämpfte Straferkenntnis behoben und das Verfahren eingestellt.
2. Die **ordentliche Revision** ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG **nicht zulässig**.

Entscheidungsgründe

I. Verfahrensgang:

Im bekämpften Straferkenntnis wird Herrn AA folgender Sachverhalt angelastet und Strafe über ihn verhängt:

*„Der Beschuldigte, Herr AA, geb. am ***, whft. In Z, Adresse 1, hat es zu verantworten, dass zumindest seit 25.06.2019 Tätigkeiten des reglementierten Gewerbes „Gastgewerbe in der Betriebsart Appartement“ auf Gp. **1, X gewerbsmäßig ausgeübt worden sind und zwar selbstständig, regelmäßig und in Absicht einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, gleichgültig für welchen Zweck dieser bestimmt ist, obwohl Herr AA nicht im Besitz einer hiezu erforderlichen Gewerbeberechtigung zur Ausübung des genannten Gewerbes am genannten Standort ist.*

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

§ 366 Abs. 1 Ziffer 1 GewO 1994 iVm § 1 Abs. 4 GewO 1994; BGBl. Nr. 194/1994 idF BGBl. I Nr. 112/2018

Wegen dieser Verwaltungsübertretungen wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe (€):	Gemäß:	Ersatzfreiheitsstrafe
1.000,00	§ 366 Abs. 1 Ziffer 1 GewO 1994 iVm § 1 Abs. 4 GewO 1994; BGBl. Nr. 194/1994 idF BGBl. I Nr. 112/2018	93 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:

€ 100,00 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 Euro anzusetzen.

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslage) beträgt daher: € 1.100,00"

Dagegen richtet sich die fristgerechte und zulässige Beschwerde, in welcher Herr AA durch seine Rechtsvertretung im Wesentlichen ausführt, dass er grundbücherlicher Alleineigentümer des Grundstückes **1 KG X sei. Die Vermietung im gegenständlichen Gebäude erfolge als Privatzimmervermietung, wobei die Ferienwohnung nicht von ihm selbst, sondern von seiner Ehegattin vermietet würde. Durch sie würden die Gäste auch über den Tourismusverband CC gemeldet. Die vorgeworfene Verwaltungsübertretung sei ihm daher nicht zuzurechnen. Die belangte Behörde habe es unterlassen, die Nächtigungsstatistiken des Tourismusverbandes CC einzuholen. Die belangte Behörde habe ihre Feststellungen offenbar auf eine Abfrage der von ihr zitierten Homepage gestützt. Dabei übersehe sie jedoch, dass diese nicht vom Beschuldigten betrieben werde und er auch nicht für den Inhalt dieser Homepage verantwortlich sei. Es handle sich um eine reine Raumvermietung für Wohnzwecke. Es würden weder Handtücher, noch Toilettenartikel oder ähnliches den Mietern zur Verfügung gestellt. Darüber hinaus gebe es weder einen Gepäcktransport, noch Brötchenservice, sondern hätten sich die Mieter selbst zu versorgen. Der Schlüssel der Wohnung werde den Mietern im Tal ausgehändigt und dort auch wieder entgegengenommen. Selbst wenn von einer gewerblichen Vermietung ausgegangen würde, falle diese unter den Ausnahmetatbestand des § 111 Abs 2 Z 4 GewO, zumal nicht mehr als zehn Fremdenbetten bereitgestellt würden. Zu den zehn Normalbetten kämen lediglich zwei Zusatzbetten als Ausweichbetten in Form eines Stockbettes. Deren Nutzung ergäbe sich manchmal auf Grund der personellen Zusammensetzung der Gäste, insbesondere, wenn Kinder mitreisten; insgesamt würden aber nie mehr als zehn Betten belegt sein. Darüber hinaus werde das landwirtschaftliche Gebäude im Rahmen der Bewirtschaftung des Hofes Neuhaus, welcher ebenfalls im Eigentum des Beschwerdeführers stehe, im Umfang der landwirtschaftlichen Nebentätigkeit genutzt und liege sohin eine häusliche Nebenbeschäftigung im Sinne des § 2 Abs 1 Z 9 GewO vor, wo einer der Hauptausnahmebereiche die Privatzimmervermietung sei. Es werde deshalb Bescheidaufhebung und Verfahrenseinstellung beantragt.

In der mündlichen Verhandlung führte der Beschwerdeführer darüberhinausgehend Folgendes aus:

*„Ich bin bürgerlicher Alleineigentümer vom Grundstück **1, KG X, mit der darauf befindlichen EE, Haus Nr ***. Die EE, bzw dessen Gebäude, wurde im Jahr 1983 von meinen Eltern errichtet. Es gibt dort fünf Schlafzimmer mit je zwei Betten. In einem Zimmer befindet sich extra noch ein Stockbett für Kinder. Die Hütte wurde ursprünglich nicht zur Vermietung errichtet, sondern als landwirtschaftliches Gebäude bzw als Quartier für die Familienmitglieder, die im Rahmen der Land- und Forstwirtschaft mitgeholfen haben. Im Jahr 2003 war ein Brand auf der Hütte, daraufhin wurde sie renoviert. Zu dieser Zeit waren meine Eltern bereits verstorben und ab dieser Zeit haben wir mit der Vermietung begonnen. Zwei der fünf Schlafzimmer sind sehr klein, dort befinden sich nur die zwei Betten drinnen, keine extra Einrichtung. Diese Alm wird von unseren landwirtschaftlichen Mitarbeitern auch bearbeitet, im Sommer wird Heu geerntet und im Herbst kommt teilweise noch Jungvieh auf die Alm. Bei Bedarf werden diese Räumlichkeiten auch von unseren landwirtschaftlichen Mitarbeitern bewohnt. Für die Mitarbeiter wird hauptsächlich der Raum im Untergeschoss verwendet. Die Vermietung habe ich meiner Frau übertragen, welches dies auf eigene Rechnung macht und sich auch um die Hütte und deren Erhaltung kümmert. Die im Akt befindlichen Lichtbilder stellen die Situation zutreffend dar.*

*Ich bin mit Hauptwohnsitz in Z, Adresse 1, gemeldet, wo sich auch die eheliche Wohnung befindet und ich mit meiner Frau zusammen tatsächlich wohne. Neben dem Gastbetrieb befindet sich ein Stall, wo die Kühe sind; dort befindet sich jedoch keine Wohnmöglichkeit. Die Vermietung der EE wird von meiner Frau durchgeführt, seit wir im Jahr 2004 damit begonnen haben. Die Einkünfte aus der Vermietung werden von meiner Frau versteuert. Diesbezügliche Steuerbescheide können von unserer Seite vorgelegt werden. Die Vorschreibung der Nächtigungsabgabe läuft beim Tourismusverband auf den Namen meiner Frau. Ich lege diesbezüglich das Schreiben des Tourismusverbandes CC an meine Frau über die Nächtigungsstatistik im Jahr 2019 vor. Daraus ergibt sich eindeutig, dass die Vermietung von meiner Frau gemeldet wurde. Anzumerken bleibt, dass der Klammerausdruck „gewerblich“ in der Rubrik „Kategorie“ nicht von meiner Frau stammt, sondern diese Anführung vom Tourismusverband von sich aus angebracht wurde. Das diesbezügliche Schreiben wird zum Akt genommen. Dieser Zusatz wurde von uns bisher gar nicht beachtet, meine Frau hat inzwischen beim Tourismusverband erwirkt, dass dieser Zusatz für das heurige Jahr entfernt wird. Wir sind erst im Zuge des gegenständlichen Strafverfahrens für diese Frage sensibilisiert worden. Von unserer Seite werden nur 10 Betten vermietet. Wir stellen auch nur Bettwäsche für 10 Betten zur Verfügung. In der Hütte gibt es natürlich schon mehr Bettwäsche, diese ist aber versperrt. Ich möchte nochmals festhalten, dass diese Hütte ursprünglich nicht für die Vermietung gebaut wurde; da sich die Mieter aber unterschiedlich zusammensetzen (nach Familienverbänden) kann es sein, dass kleinere Kinder dabei sind, die dann nicht in einem eigenen Zimmer wohnen, sondern lieber im Zimmer der Eltern. Deswegen haben wir die beiden Stockbetten belassen. Mit diesen Stockbetten ergibt sich die Zahl von 12 Betten. Auch wenn mehrere Familien da sind, muss eine gewisse Flexibilität gegeben sein, damit jeweils die Leute aus demselben Familienverband im gleichen Zimmer bzw nicht in Zimmern mit fremden Personen schlafen müssen. Die potentiellen Mieter finden wir über ein Internetportal, und zwar über die Homepage ***. Wir haben zuerst selbst die Vermietung zu organisieren versucht,*

insbesondere meine Frau war dies; das hat sich aber nicht als besonders erfolgreich herausgestellt, weshalb wir dann bzw meine Frau sich an den Betreiber dieses Internetportales gewandt hat. Dieses Portal vermittelt in unserem Raum sehr viele Hütten. Es läuft in der Praxis so ab, dass dann ein Mitarbeiter von dieser Agentur kommt, sich das Objekt ansieht, Fotos aufnimmt und die Daten erhebt. Dann wird der Preis vereinbart, den wir von der Agentur bekommen. Wie viel die Gäste an die Agentur bezahlen müssen, weiß ich gar nicht. Die gesamte Werbung und das Inkasso bei den Gästen macht somit die Agentur, wir bekommen den mit der Agentur vereinbarten Anteil überwiesen.

Wenn ich gefragt werde, ob wir den Text des Bestandsobjektes kontrolliert haben, bevor er auf das Portal gestellt wurde, so glaube ich nicht, dass wir das gemacht haben, da die Agentur dies sehr professionell erledigt. In diesem Zusammenhang hat sich herausgestellt, dass die Angabe über 12 vermietete Betten so unrichtig ist. Die Ausstattungsbeschreibung im Internetprotal ist sonst zutreffend.

Wenn ich gefragt werde, warum von unserer Seite nicht für die Richtigstellung des Inhaltes gesorgt wurde, so führe ich an, dass wir auf diese Angabe mit den 12 Fremdenbetten eigentlich nicht geachtet haben. Aufgrund des Anlassfalles haben wir allerdings auch die Richtigstellung auf der Homepage gesorgt.

Die Bettwäsche für die Gäste wird von Seiten der Vermieterin gestellt. Die Handtücher müssen die Gäste selbst mitbringen. In der Küche befindet sich das erforderliche Grundinventar mit Geschirr und Besteck. Die Vermietung der Ferienwohnung erfolgt üblicher Weise wochenweise. Tag weise könnte man es gar nicht mieten. Bei 90 % der Mieter beträgt die Aufenthaltsdauer eine Woche. Selten kommt es auch vor, dass zwei Wochen im Stück durchgehend gemietet werden. In der Vor- und Nachsaison gibt es auch ein Angebot für ein verlängertes Wochenende (Donnerstag bis Sonntag). Meines Wissens nach sind im Mietpreis auch die Betriebskosten für Abwasserbeseitigung, Abfallbeseitigung, Trinkwasser, Versicherung und Heizung enthalten, bezüglich des Stroms müssen die Gäste den Zählerstand selbst ablesen und bei der Rückgabe der Schlüssel bekanntgeben. Dort erfolgt dann die Bezahlung der Stromrechnung, ebenso wie der Nächtigungsabgabe für den Tourismusverband. Die anfallenden Reparaturarbeiten in der Wohnung werden seitens meiner Frau durchgeführt, bzw von ihr an Professionisten beauftragt und bezahlt, solange es sich um keine mutwilligen Beschädigungen handelt; es kann auch vorkommen, dass ein Gast, der zum Beispiel einen Spiegel beschädigt hat, dessen Reparatur über seine Haushaltsversicherung bezahlen lässt. Im Mietpreis ist auch die GIS-Gebühr für den Fernseher enthalten.

Beim Gästewechsel erfolgt es so, dass die neuankommenden Gäste bei uns in Z, Adresse 1, den Schlüssel für die Hütte abholen und bei der Abreise ihn dort wieder abgeben. Bei der Schlüsselübergabe muss ein Gruppenverantwortlicher eine Meldung ausfüllen (die Meldung für den Tourismusverband) und bekommt dann eine sogenannte Gruppenliste, wo dann während der Woche die Gäste, die auf der Hütte nächtigen, sich eintragen müssen, so wie es das Meldegesetz verlangt. Am Wochenende wird diese Liste bei der Rückgabe des Schlüssels wieder meiner Frau gegeben und wird dann die Ortstaxe für sämtliche Personen bezahlt. Laut Vertrag muss die Hütte besenrein übergeben werden, meine Frau fährt aber dann hinauf und kontrolliert dies. Die Gäste müssen die Bettwäsche abziehen und in einen Wäschebehälter geben. Meine Frau fährt dann auf die Hütte und kontrolliert, ob die Vormieter diese vereinbarungsgemäß hinterlassen haben und gibt dann die Bettwäsche für die Anzahl der

gemieteten Betten heraus. Ich gehe davon aus, dass auch meine Frau teilweise die Betten überzieht. Fremdpersonal hat meine Frau nicht, sie macht alles selbst. Es kann sein, dass auch meine Tochter einmal mitfährt, aber es wird niemand dafür angestellt. Meine Frau wollte einmal mit der Agentur den Preis erhöhen, von dieser wurde ihr jedoch vorgeschlagen, den Preis gleichzulassen und die Zusatzleistungen dafür extra zu verrechnen, wozu auch die Endreinigung zählt. Nun ist es so, dass die Gäste bei der Rückgabe der Schlüssel auch für die Endreinigung bezahlen. Es wird sicher das eine oder andere Mal so ein, dass die Gäste die Hütte nicht in sauberem Zustand verlassen haben und dann muss meine Frau die Reinigung durchführen. Die An- und Abmeldung der Gäste bei Meldeamt und Tourismusverband wird auch von meiner Frau durchgeführt.

Die EE ist über eine Interessentenstraße erschlossen, die man im Sommer ganz normal mit einem Straßen-Pkw befahren kann. Im Winter kommt man nur mit der Seilbahn und Ski zur Hütte. Die CC hilft den Gästen beim Gepäcktransport, die nächste Station ist in der Luftlinie ca 1 km von der EE entfernt. Es handelt sich dabei um die Mittelstation. Die Geschäftsleitung der CC hat den Mitarbeitern gestattet, dass sie mit einem Pistengerät den Gästen das Gepäck zur Hütte transportieren bzw wieder abholen können. Dies wird von den Mitarbeitern der CC gegen die freiwillige Gabe eines Trinkgeldes erledigt. In der Beschreibung der Agentur ist bereits diese Vorgangsweise im Winter enthalten, damit die Gäste wissen, wie sie sich mit der Bergbahn verhalten müssen. Darauf haben wir keinen Einfluss. Wie wir mit der Vermietung angefangen haben, mussten im Winter die Gäste mit Skiern und Rucksäcken ihre Sachen zur Hütte bringen. Meines Wissens nach hat es mit dem Transport mit der Bergbahn so begonnen, dass die Gäste von sich aus sich an die Bergbahn gewandt haben und dies von den Bergbahnen dann so erledigt wurde; es hat sich dann eben im Lauf der Zeit so ergeben und eingespielt. Die Gäste müssen alle bei der Bergbahn Skipässe kaufen und so betrachten die Bergbahnen dies offenbar als zusätzlichen Kundenservice.

Normalerweise sind 10 Decken und Polstergarnituren auf der Hütte vorhanden. Es kann manches Mal auch vorkommen, dass während der Aufenthaltswoche Gäste noch Freunde anrufen und diese einladen, auch noch zu ihnen zu kommen; wenn das so ist, erfahren wir das erst bei der Rückreise der Gäste, wenn das in der Gästeliste eingetragen wurde; wenn dies unehrlicher Weise nicht eingetragen wurde, erfahren wir davon gar nichts."

In der mündlichen Verhandlung gab die Zeugin GG folgendes an:

„Der Verhandlungsleiter zeigt mir die im Akt befindlichen Lichtbilder des Innenbereichs der EE. Ich bestätige, dass die Lichtbilder die aktuelle Situation zutreffend darstellen. Ich wohne zusammen mit meinem Mann in Z, Adresse 1, und bin dort mit Hauptwohnsitz gemeldet. Auf der EE selbst wohne ich nicht, und bin dort auch nicht mit weiterem Wohnsitz gemeldet. Es werden sämtliche Räume vermietet, mit Ausnahme des im Akt als Personalraum bezeichneten Lichtbildes, der sich im Untergeschoß befindet.

Vermieterin dieser Räumlichkeiten bin ich, mein Mann unterstützt mich vielleicht am Rande, die Vermietung wird jedoch von mir auf meine eigene Rechnung durchgeführt.

Es ist richtig, dass die Vermietung der Räumlichkeiten seit der Zeit erfolgte, nachdem die Hütte durch einen Brand beschädigt wurde. Wenn mein Mann ausgeführt hat, dass dieser Brand im Jahr 2003 war, dann wird dies stimmen. Die Einkommenssteuererklärung erledigt der Steuerberater, sodass ich über nähere Details keine Auskunft geben kann. Es gibt vom

Steuerberater eine eigene Rechnung an mich, für die Abrechnung der Einkünfte aus Vermietung. Es ist möglich, dass mein Mann bzw dessen Anwältin den diesbezüglichen Steuerbescheid vorlegen, um die Richtigkeit meiner Aussage zu dokumentieren. Erwähnen möchte ich, dass ich im Tal noch ein Privathaus vermiete, was mit der Vermietung am Berg nichts zu tun hat, und diese beiden Einkünfte werden gemeinsam dem Finanzamt gegenüber angegeben.

*In den auf der EE vorhandenen Wohnräumen stehen 10 Fremdenbetten zur Vermietung bereit. Wenn ich auf das Doppelbett angesprochen werde, mit dem sich die Bettenanzahl von 12 ergibt, weise ich darauf hin, dass früher die Familie mit den Kindern auch oft auf der Hütte geschlafen hat und diese Betten haben wir dann einfach dort stehen gelassen. Es ist auch auf eine gewisse Flexibilität hinzuweisen, da nicht immer nur Familienverbände auf die Hütte kommen, sondern auch reine Männergruppen, wo diese dann lieber übereinander als nebeneinander im Ehebett schlafen. Die Abrechnung bzw Bezahlung erfolgt nicht pro Person, die in der Hütte nächtigt, sondern es wird pauschal die ganze Wohnung gemietet und ich weiß im Vorhinein auch oft gar nicht, wie viele Personen dann tatsächlich dort wohnen. Ich gebe dann nur die Bettwäsche für 10 Betten aus; meistens lege ich die gewaschene Bettwäsche nur bereit zum Überziehen, manches Mal überziehe ich sie auch selbst. Sollte jemand die Bettwäsche im Laufe der Woche verschmutzen, dann kommt in dieser Zeit niemand zur Hütte hinauf und würde keine Tauschwäsche zur Verfügung gestellt werden. Die andere Bettwäsche ist auf der Hütte eingesperrt und für die Gäste nicht zugänglich. Unsere Gäste werden für uns ausschließlich über das Internetportal: „***“ organisiert. Die Gäste bezahlen die Miete an dieses Portal und wir bekommen den uns mit dem Portal vereinbarten Anteil überwiesen. Die Hüttenbeschreibung wurde nicht von mir durchgeführt, sondern hat das Hüttenservice verfasst. Das Hüttenservice hat sich einmal den Schlüssel geben lassen und sich die Hütte dann selbst angesehen. Die Beschreibung wurde dann aufgrund dieses Augenscheins verfasst. Die Lichtbilder im Internetportal wurden auch von diesem Hüttenservice aufgenommen. Zu dem Umstand, dass in der Beschreibung der Hütte 12 Personen angeführt sind, denen ausreichend Platz geboten wird, führe ich an, dass ich auf diesen Umstand eigentlich gar nie geachtet habe. Wir haben beim Hüttenservice aufgrund gegenständlichen Verfahrens darauf gedrängt, dass die Beschreibung nun auf 10 Betten korrigiert wird, was zwischenzeitlich erfolgt ist. Die kleinen Schlafzimmer befinden sich bereits in der Dachschräge, wo nur die zwei Betten Platz haben und faktisch meistens nur eine Person schläft. Um die Werbung brauche ich mich nicht zu kümmern, dies wird alles vom Portal www.huetten.com erledigt. Ich kann auswendig nicht sagen, wieviel die Gäste an das Portal bezahlen müssen, das heißt, wieviel die Provision der Vermittlung ausmacht. Die Bettwäsche wird – wie bereits oben ausgeführt – von mir gestellt, die Handtücher müssen die Gäste selbst mitbringen. Die Küche ist mit üblichem Geschirr und Besteck ausgestattet. Mit Ausnahme der Angabe der 12 Betten ist ansonsten die Hüttenbeschreibung im Internetportal zutreffend. Es gibt auch noch eine zweite Küche, die allerdings nur einen kleinen Küchenblock umfasst, dort befindet sich kein eigenes Geschirr. Während der Woche komme ich nie auf die Hütte hinauf. Die Vermietung erfolgt jeweils wochenweise, es ist im Portal angeführt, dass außerhalb der Hauptsaison eine Nächtigungsdauer von vier Tagen das kürzeste ist. Die längste Dauer, die dieselben Gäste auf der Hütte durchgehend verbracht haben, waren 14 Tage. Die Gäste bezahlen die Miete für die Hütte an die Buchungsplattform, von welcher ich dann den mit mir vereinbarten Anteil erhalte. Die Gäste kommen zu Erholungs- und Freizeit Zwecken in diese Ferienwohnung. Im Mietpreis sind auch die Betriebskosten für Abwasserbeseitigung, Trinkwasser, Versicherung und Heizung*

enthalten. Bezüglich des Stroms ist es so, dass die Gäste den Zählerstand ablesen und mir bekanntgeben und pro kWh wird das dann abgerechnet. Bezüglich des Mülls ist es so, dass die Gäste angehalten sind, ihren Müll selbst ins Tal mitzunehmen, dieser kann beim Recyclinghof abgegeben werden. Falls dies nicht der Fall wäre, stehen Müllsäcke bereit, die dann bezahlt werden müssen. Die Bezahlung dieser Gebühren und der Ortstaxe erfolgt bei der Schlüsselrückgabe. Die anfallenden Reparaturarbeiten in der Wohnung, solange es sich nicht um mutwillige Beschädigungen handelt, werden von mir erledigt bzw in Auftrag gegeben und bezahlt. Die GIS-Gebühr für den Fernseher ist auch in der Miete enthalten.

Der Gästewechsel erfolgt so, dass die neu ankommenden Gäste bei uns im Hotel in Z, Adresse 1, zur Rezeption kommen und ich oder mein Mann ihnen dann den Schlüssel aushändigt; sie bekommen dann auch eine Beschreibung der Anlage, worauf besonders zu achten ist, zum Beispiel den Kachelofen. In diesem Informationsblatt ist auch enthalten, dass dieses Bestandsobjekt besenrein zurückzugeben ist. Die Person, die bei uns den Schlüssel abholt, bekommt eine Liste mit, in der sich sämtliche Gäste, die dann auf der Hütte nächtigen, mit ihren Personalien eintragen müssen. Der Gast, füllt auch den Meldezettel vollständig aus und wird uns dieser bei der Abreise zurückgegeben. Aufgrund dessen führen wir dann die Abmeldung bei der Gemeinde durch und beim Tourismusverband wird dann auf der Basis der Anzahl der genächtigten Personen die Ortstaxe abgeführt. Das wird alles von mir gemacht. Bezüglich des Informationsblattes möchte ich noch ergänzen, dass dieses nicht von uns ausgehändigt wird, sondern dass die Gäste dieses vom Hüttenservice bekommen. Beim Gästewechsel fahre ich zwischen der Abreise der vorigen Gäste und der Ankunft der nächsten Gäste auf die Hütte hinauf und kontrolliere alles. Die frische Wäsche bringe ich üblicher Weise im Rucksack mit. Ich kontrolliere die Küche und wenn etwas nicht sauber ist, dann muss ich die Reinigung bis zur Ankunft der nächsten Gäste hinbringen. Speisen oder Getränke werden von mir an die Gäste keine verabreicht oder verkauft.

Im Sommer ist die Hütte mit Pkw normal auf einer Straße erreichbar. Im Winter fahren die Gäste bis zur Mittelstation mit der Bergbahn und kommen dann ein Stück die Piste abwärtsfahrend direkt zur Hütte. Das Gepäck nehmen die Gäste entweder in Rucksäcken mit oder müssen sich über die Bergbahn selbst einen Transport zur Hütte organisieren. Das funktioniert gut. Die Bergbahnen würden auf Anfrage mit einer Pistenraupe das Gepäck liefern bzw wieder abholen. Dieser Transport erfolgt zwischen Mittelstation und Hütte. Im Winter kann jedoch der Weg zwischen Mittelstation und Hütte auch sehr gut zu Fuß zurückgelegt werden, man muss nicht mit den Skiern dorthin fahren. Im Sommer führt dieser auch als Wanderweg vorbei.

Mit dem Gepäcktransport habe ich überhaupt nichts zu tun. Auf der Hütte gibt es 10 Bettdecken und Polstergarnituren. Es gibt auf der Hütte auch noch ein paar Woldecken, diese sind aber nicht zum Schlafen gedacht, sondern wenn den Gästen einmal zu kalt ist, wenn sie zum Beispiel am Balkon sitzen."

II. Sachverhalt:

AA ist grundbücherlicher Alleineigentümer von Grundstück **1, KG X, mit dem darauf befindlichen Gebäude der Brandstadt Alm, Hausnummer ***. Dieses Gebäude wurde im Jahr 1983 von den Eltern des Beschwerdeführers errichtet. Es gibt dort fünf Schlafzimmer mit je zwei Betten. In einem Zimmer befindet sich extra noch ein Stockbett für Kinder. Im Jahr 2003

gab es einen Brand auf der Hütte, die daraufhin renoviert wurde. Seit dieser Zeit vermietet die Ehefrau des Beschwerdeführers, GG, geboren am ***, die in diesem Almgebäude befindliche Ferienwohnung. Der Raum im Untergeschoss wird nicht vermietet, dieser wird bei Bedarf von den landwirtschaftlichen Mitarbeitern des Beschwerdeführers bewohnt. In der Ferienwohnung befinden sich insgesamt 12 Betten. Seitens der Vermieterin werden aber Pölster, Decken und Bettwäsche nur für zehn Betten den Gästen bereitgelegt. Andere Bettwäsche ist auf der Hütte eingesperrt und für die Gäste nicht zugänglich. Die Wohnfläche dieser Ferienwohnung beträgt ca 160 m² und umfasst neben den Schlafzimmern zwei Badezimmer mit Dusche und Doppelwaschbecken, zwei separate WC, Wohnstube mit Kachelofen, eine weitere Wohnstube und Küche im Obergeschoss, SAT TV, Ölzentralheizung, Sonnenterasse mit Liegestühlen. Die Küche ist mit dem üblichen Geschirr und Besteck ausgestattet, verfügt über einen Backofen, Elektroherd, Kühlschrank mit Gefrierfach, Geschirrspüler, Mixer, Café- und Aufschnittmaschine. Die Handtücher müssen sich die Gäste selbst mitbringen.

Die Vermietung erfolgt jeweils wochenweise, außerhalb der Hauptsaison ist eine Nächtigungsdauer von vier Tagen die kürzeste. Die längste Dauer, die dieselben Gäste auf der Hütte durchgehend verbracht haben, waren 14 Tage. Die Gäste bezahlen die Miete für die Hütte an die Buchungsplattform, mit der GG in einem Vertragsverhältnis steht. Von dieser Plattform erhält GG dann den mit dieser vereinbarten Anteil. Die Gäste kommen zu Erholungs- und Freizeitzwecken in diese Ferienwohnung.

Die Eheleute Josef Anton und GG sind beide mit Hauptwohnsitz in Z, Adresse 1, gemeldet. Auf der EE sind sie nicht mit einem weiteren Wohnsitz gemeldet.

Die Gästewechsel erfolgen so, dass die neu ankommenden Gäste im Tal in Z, Adresse 1, den Schlüssel für die Hütte abholen und ihn bei der Abreise dort wieder zurückgeben. Bei der Schlüsselübergabe muss ein Gruppenverantwortlicher eine Meldung für den Tourismusverband ausfüllen und bekommt eine sogenannte Gruppenliste, wo dann während der Woche die Gäste, die auf der Hütte nächtigen, sich eintragen müssen. Bei der Rückgabe des Schlüssels wird diese Liste an die Vermieterin zurückgegeben, die dann die Ortstaxe für sämtliche Personen an den Tourismusverband abführt. GG fährt nur beim Gästewechsel auf die Hütte, kontrolliert alles und führt allfällige Reinigungsarbeiten durch. Die Gäste müssen die Hütte vertragsgemäß besenrein übergeben. Die Vermieterin bringt dann die frische Wäsche im Rucksack mit. Speisen oder Getränke werden an die Gäste keine verabreicht oder verkauft.

Im Mietpreis sind die Betriebskosten für Abwasserbeseitigung, Trinkwasser, Versicherung und Heizung enthalten. Bezüglich des Stromes ist es so, dass die Gäste den Zählerstand ablesen und der Vermieterin bekanntgeben, woraufhin pro verbrauchter Kilowattstunde abgerechnet wird. Diese Abrechnung erfolgt bei der Schlüsselerückgabe im Tal. Die Gäste sind angehalten, ihren Müll selbst ins Tal mitzunehmen und beim Recyclinghof abzugeben. Falls dies nicht der Fall wäre, stehen Müllsäcke bereit, die dann bei der Schlüsselerückgabe bezahlt werden müssen, ebenso wie die Ortstaxe. Anfallende Reparaturarbeiten in der Wohnung, solange sie nicht auf mutwillige Beschädigung zurückzuführen sind, werden von der Vermieterin durchgeführt bzw in Auftrag gegeben und bezahlt. Die GIS-Gebühr für den Fernseher ist auch in der Miete enthalten.

Die An- und Abmeldung der Gäste nach dem Meldegesetz bei der Gemeinde führt GG durch. Die EE ist über eine Interessentenstraße erschlossen, die man im Sommer mit einem Straßen-PKW normal befahren kann. Im Winter kommt man nur mit der CC und von deren Mittelstation aus zur Hütte. Die Geschäftsleitung der CC hat den Mitarbeitern gestattet, dass sie den Gästen der EE gegen ein Trinkgeld mit dem Pistengerät das Gepäck zur Hütte transportieren bzw von

dort wieder abholen können. In der Beschreibung der Agentur ist diese Vorgangsweise enthalten.

GG versteuert die Einnahmen aus der Vermietung dieser Ferienwohnung.

III. Beweiswürdigung:

Dieser Sachverhalt ergibt sich aus den Akten der BB und des Landesverwaltungsgerichtes Tirol sowie aus den Aussagen des Beschwerdeführers und der Zeugin GG in der mündlichen Verhandlung. Die von ihnen beiden übereinstimmend getätigte Aussage, dass die Vermietung durch GG erfolgt, wirkte einerseits nicht unglaubwürdig und wurde andererseits bescheinigt durch die Vorlage des Einkommenssteuerbescheides von GG für das Jahr 2018, aus dem sich die Versteuerung der Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung ergibt, sowie den Bankauszügen, aus denen zu ersehen ist, dass die Nächtigungsabgabe von GG an den Tourismusverband CC überwiesen wurde bzw von der GG die Miete für die EE in zwei Beispielfällen an GG überwiesen wurde. Die Zusammenfassung des Tourismusverbandes CC der Übernachtungen im Abrechnungszeitraum 01.01.2019 bis 31.12.2019 betreffend die Ferienwohnung auf der EE ist an GG gerichtet.

Für das Verwaltungsgericht besteht somit kein Zweifel daran, dass die Vermietung der Ferienwohnung von GG im eigenen Namen und auf eigene Rechnung durchgeführt wurde.

IV. Rechtslage:

Im gegenständlichen Fall sind folgende Gesetzesbestimmungen von Bedeutung:

Gewerbeordnung 1994:

§ 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:

Im bekämpften Straferkenntnis wird Herrn AA angelastet, dass er es „zu verantworten“ habe, dass die Tätigkeiten des angeführten reglementierten Gewerbes ausgeführt wurden. Am Beginn der Begründung des Straferkenntnisses führt die belangte Behörde dezidiert aus, dass AA die Tätigkeit des reglementierten Gewerbes gewerbsmäßig ausgeübt habe. Damit ist klar,

dass dem Beschwerdeführer angelastet wird, das Gastgewerbe in der Betriebsart Appartement ausgeübt zu haben, ohne im Besitz einer hierzu erforderlichen Gewerbeberechtigung für den genannten Standort zu sein.

Bereits im erstinstanzlichen Verfahren wurde seitens des Beschuldigten ausgeführt, dass im gegenständlichen Objekt eine Privatzimmervermietung durch die Ehegattin des Grundeigentümers ausgeübt werde. Die belangte Behörde hat sich mit diesem Vorbringen scheinbar nicht auseinandergesetzt und dem Beschwerdeführer – offenbar aus seiner Rolle als Grundeigentümer heraus – die Tat weiterhin angelastet. Im Rechtsmittelverfahren hat sich nun zweifelsfrei ergeben, dass die Vermietung der Ferienwohnung auf der EE nicht durch den Beschuldigten AA, sondern durch dessen Ehefrau GG ausgeübt wurde. Allein schon aus diesem Grund musste die Beschwerde zum Erfolg führen.

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.

Eine Anwendung des Privatzimmervermietungsgesetzes scheidet im gegenständlichen Fall deshalb aus, weil die vermieteten Wohnräume nicht Bestandteil der Wohnung der Vermieterin sind (§ 2 Abs 1 lit a leg cit), die auf der EE nicht wohnt und nur zwischen dem Gästewechsel diese aufsucht.

Da im gegenständlichen Fall der Schuldvorwurf gegen eine Person erhoben wurde, der die angelastete Verwaltungsübertretung nicht zuzurechnen ist, erübrigt sich eine weitere nähere Prüfung, ob in diesem konkreten Fall eine gewerbliche Beherbergung im Sinne der Bestimmungen der Gewerbeordnung 1994 vorgelegen ist oder nicht.

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.

Landesverwaltungsgericht Tirol

Dr. Hohenhorst

(Richter)