

Geschäftszeichen:

**LVwG-2020/40/1407-3**

Ort, Datum:

Innsbruck, 29.09.2020

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Tirol erkennt durch seinen Richter Mag. Piccolroaz über die Beschwerde der AA, wohnhaft in Adresse 1, Z, vertreten durch Rechtsanwältin BB, Adresse 2, Y, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft X vom 04.06.2020, ZI \*\*\*, betreffend eine Übertretung nach der GewO 1994, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung,

### zu Recht:

1. Der Beschwerde wird insofern **Folge gegeben**, als die verhängte Geldstrafe von Euro 600,00 auf Euro 300,00 und die Ersatzfreiheitsstrafe von 3 Tagen auf 1 Tag **herabgesetzt** wird. **Im Übrigen** wird die Beschwerde als unbegründet **abgewiesen**.
2. Bei den verletzten Verwaltungsvorschriften (§44a Z 2 VStG) hat es wie folgt zu lauten:  
  
§ 366 Abs 1 Z 1 iVm § 1 Abs 4 GewO 1994, BGBl Nr 194/1994/idF BGBl Nr 45/2018  
und § 111 Abs 2 Z 4 GewO 1994, BGBl Nr 194/1994 idF BGBl Nr 94/2017
3. Gemäß § 17 VwGVG iVm § 64 Abs 1 und 2 VStG werden die Verfahrenskosten für das Verfahren vor der Bezirkshauptmannschaft X mit Euro 30,00 neu bestimmt.
4. Die **ordentliche Revision** ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG **nicht zulässig**.

### Entscheidungsgründe

#### I. Verfahrensgang:

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

*Sie haben am 25.02.2020 und 20.05.2020 im Internet unter Adresse 3*

und

Adresse 4 und

Adresse 5 und

Adresse 6 an der Adresse Z, Adresse 1 angeboten und dadurch Tätigkeiten, die den Gegenstand des Gewerbes "Gastgewerbe in der Betriebsart Beherbergung von Gästen, wenn nicht mehr als zehn Fremdbetten 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" bilden, an einen größeren Kreis von Personen angeboten, obwohl dafür keine Gewerbeberechtigung besteht. Das Anbieten einer den Gegenstand eines Gewerbes bildenden Tätigkeit an einen größeren Kreis von Personen oder bei Ausschreibungen wird jedoch der Ausübung des Gewerbes gleichgehalten.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

§ 366 Abs. 1 Ziffer 1 i.V.m. § 1 Abs. 4 2ter Satz Gewerbeordnung 1994

Wegen dieser Verwaltungsübertretungen wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe (€):	Gemäß:	Ersatzfreiheitsstrafe:
600,00	§ 366 Abs. 1 Einleitungssatz GewO 1994	3 Tagen

Außerdem wurde die Beschwerdeführerin zur weiteren Zahlung eines Betrages zu den Kosten des Verfahrens von der belangten Behörde verpflichtet.

Dagegen richtet sich das fristgerecht erhobene Rechtsmittel, in welchem die rechtsfreundlich vertretene Beschwerdeführerin im Wesentlichen ausführte, dass es dem Straferkenntnis von vorneherein an einer nachvollziehbaren Begründung fehle. Es sei lediglich eine formularhafte Erledigung erfolgt, was sich daraus erweise, dass ab Seite 5 nach der Rechtsbelehrung, wo offenbar zur Beweiswürdigung ausgeführt werde, nur mehr von dem Beschuldigten, also von einer männlichen Person die Rede sei. Weiters würden die Feststellungen auf einem mangelhaften Verfahren beruhen. Die Beweiswürdigung treffe jedenfalls nicht zu, da abgesehen von der Anbieten auf Internetplattformen kein Tatbestand vorliege, der eine Gewerbebeanmeldung erfordere.

Die Beschwerdeführerin macht des Weiteren geltend, dass sie keine Auskunft erhalten habe, ob sie ein Gewerbe anzumelden hätte oder nicht. Wäre ihr entsprechende Auskunft erteilt worden, hätte sie jedenfalls die Anbieten im Internet unterlassen oder das Gewerbe angemeldet. Die Richtigstellung des Sachverhaltes spiele auf jeden Fall für die Strafbarkeit eine Rolle sowie für die Strafbemessung. Insgesamt sei der Beschwerdeführerin nie klar gesagt worden, ob sie eine Gewerbebeanmeldung benötige oder nicht.

Am 16.09.2020 hat eine öffentliche mündliche Verhandlung vor dem Landesverwaltungsgericht Tirol stattgefunden, in welcher die Beschwerdeführerin persönlich einvernommen wurde.

## II. Sachverhalt:

AA ist Miteigentümerin bzw. Wohnungseigentümerin des Gst Nr \*\*1, Z, auf welchem sich das Haus mit der Wohnanschrift Adresse 1, Z, befindet. Die Beschwerdeführerin bewohnt in diesem Haus selbst die Wohnung Top 2 und ist unter der Adresse in Adresse 1 mit Hauptwohnsitz gemeldet. Weiters ist sie unter anderem Wohnungseigentümerin der Wohnung Top 3 Appartement und Top 4 Appartement.

AA hat zumindest am 25.02.2020 und 20.05.2020 zwei Wohnungen für touristische Zwecke im Internet zur Vermietung angeboten. Die Vermietung dieser zwei Wohnungen ist das einzige Einkommen, das die Beschwerdeführerin hat. Sie vermietet diese zwei Wohnungen laut ihren Angaben seit ca. 4,5 Jahren. Bei den zwei Wohnungen handelt es sich um jeweils selbstständige Wohneinheiten in ihrem Wohnungseigentum, welche vom gemeinsamen Stiegenhaus aus erreichbar sind. Eine Verbindung zwischen der Wohnung der Beschwerdeführerin Top 2 und den anderen zwei Wohnungen Top3 und Top 4 besteht nicht. Die Vermietung der gegenständlichen zwei Wohnungen erfolgt ab zwei Nächten. Beide Wohnungen sind mit einer Küche, einem kleinen Badezimmer und einem Fernseher ausgestattet. Die anfallende Arbeit wird von der Beschwerdeführerin selbst erledigt. Für die Gäste wird ein Frühstück angeboten, welches von AA mittels „Frühstückskörbe“ vor die Türe der Gäste gestellt wird. Das Frühstück ist bereits zubereitet und die Gäste müssen nur mehr gewisse Schritte erledigen, wie z.B. Tee oder Kaffee zubereiten. Seitens der Beschwerdeführerin werden den Gästen zudem Bettwäsche und Handtücher zur Verfügung gestellt. Bei der Anreise erhalten die Gäste außerdem einen kleinen Welcome-Gruß, welcher aus einer Flasche Rotwein aus Österreich und einer kleinen Speckjause auf einem Brettchen besteht.

Die Vermietung der gegenständlichen Wohnungen wird von AA unter anderem über ihre eigene Homepage angeboten und betrieben. Darüber hinaus bietet die Beschwerdeführerin ihre Wohnungen auch auf der Buchungsplattform Adresse 7 an. Wenn die Gäste direkt bei der Beschwerdeführerin gebucht haben, erfolgt die Bezahlung bei der Beschwerdeführerin zuhause oder, wenn Gäste über Adresse 7 gebucht haben, üblicherweise im Vorhinein per Kreditkarte. Nach Abreise der Gäste erfolgt noch eine Reinigung der Wohnung. Zudem wird den Gästen, welche über einen längeren Zeitraum gebucht haben, bei Bedarf von der Beschwerdeführerin eine kostenlose Zwischenreinigung angeboten.

Weiters geht aus dem vorliegenden Akt und aus der Einvernahme der Beschwerdeführerin hervor, dass diese sich mehrmals mit der belangten Behörde in Verbindung gesetzt hat, um die Auskunft zu erhalten, ob eine Gewerbeanmeldung für sie erforderlich ist oder nicht.

## III. Beweiswürdigung:

Dieser Sachverhalt ergibt sich aus dem Inhalt der Akten der Bezirkshauptmannschaft X und des Landesverwaltungsgerichts Tirol, sowie den glaubwürdigen Angaben der Beschuldigten in der mündlichen Verhandlung.

Dass die Beschwerdeführerin Miteigentümerin der verfahrensgegenständlichen Liegenschaft ist, ergibt sich aus dem Grundbuch. Dass die Beschwerdeführerin ihren Hauptwohnsitz an der oben genannten Adresse hat ergibt sich aus dem im Akt beiliegenden Meldezettel. Dass die Vermietung der beiden Wohnungen das einzige Einkommen der Beschwerdeführerin ist und sie diese Wohnungen seit ca. 4,5 Jahren vermietet, ergibt sich aus deren glaubwürdigen Aussagen sowie aus dem beiliegenden Akt, in welchem ausgeführt wird, dass eine Vermietung seit 01.02.2016 besteht.

Die Angaben über die Wohnungen, die Ausstattung, die Verpflegung der Gäste und der Reinigung ergeben sich ebenfalls aus den glaubwürdigen Aussagen der Beschwerdeführerin.

Dass sich die Beschwerdeführerin mit der belangten Behörde in Verbindung gesetzt hat, ergibt sich einerseits aus dem im Akt befindlichen E-Mail-Verkehr zwischen AA und der belangten Behörde, andererseits aus den glaubhaften Aussagen der Beschwerdeführerin.

Dass die Wohnungen auf der Website Adresse 7 angeboten wurden, ergibt sich aus dem im Akt beiliegenden Auszügen der Website und ist nicht strittig. Dass diese des Weiteren auf ihrer eigenen Homepage sowie über den Tourismusverband angeboten wurde, ergibt sich aus den im Akt beiliegenden Auszügen sowie aus den glaubhaften Aussagen der Beschwerdeführerin. Aufgrund der Auszüge konnten unter anderem weiters die Feststellungen zu den durch die Beschwerdeführerin angebotenen Leistungen und Ausstattungen getroffen werden.

#### IV. Rechtslage:

##### *§ 1 GewO 1994 Geltungsbereich*

*(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. Die Veröffentlichung über eine den Gegenstand eines Gewerbes bildenden*

*Tätigkeit in Registern gilt nicht als Ausübung, wenn die Veröffentlichung auf Grund von gesetzlichen Verpflichtungen erfolgt.*

*(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.*

*(...)*

*§ 2 GewO 1994*

*(1) Dieses Bundesgesetz ist – unbeschadet weiterer ausdrücklich angeordneter Ausnahmen durch besondere bundesgesetzliche Vorschriften – auf die in den nachfolgenden Bestimmungen angeführten Tätigkeiten nicht anzuwenden:*

*(...)*

*9. die nach ihrer Eigenart und ihrer Betriebsweise in die Gruppe der häuslichen Nebenbeschäftigungen fallenden und durch die gewöhnlichen Mitglieder des eigenen Hausstandes betriebenen Erwerbszweige;*

*(...)*

§ 94 GewO 1994  
Reglementierte Gewerbe

*Folgende Gewerbe sind reglementierte Gewerbe:*

*(...)*

*26. Gastgewerbe*

*(...)*

§ 111 GewO 1994  
Gastgewerbe

- (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.*
- (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, das Anbieten und die Veranstaltung von Pauschalreisen sowie das Anbieten und die vertragliche Zusage von verbundenen Reiseleistungen, jeweils bestehend aus der Unterbringung im eigenen Betrieb und dem Anbieten folgender sonstiger touristischer Leistungen: Ski- und Liftkarten, Verleih von Sportausrüstung, Sport- und Wanderführungen, Eintrittskarten für Veranstaltungen und Freizeiteinrichtungen, Wellnessbehandlungen, Veranstaltung von Tagesausflügen.

3a. die Ausübung von Tätigkeiten der Massage (§ 94 Z 48) an den Beherbergungsgästen im Rahmen der Beherbergung, wenn die Leistung durch facheinschlägig ausgebildete Fachkräfte, die zumindest auf dem Niveau der Massage-Verordnung, BGBl. II Nr. 68/2003 in der Fassung BGBl. II Nr. 20/2017, ausgebildet sind, erbracht wird,

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.

(...)

§ 366 GewO 1994  
Strafbestimmungen

(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, und nicht Z 10 oder § 367 Z 8 anzuwenden sind;

(...)

Privatzimmervermietungsgesetz  
§ 1  
Anwendungsbereich

(1) Die Beherbergung von Fremden als häusliche Nebenbeschäftigung (Privatzimmervermietung) im Sinne des Art. V lit. e des Kundmachungspatentes zur Gewerbeordnung unterliegt den Bestimmungen dieses Gesetzes.

(2) Als Fremde im Sinne dieses Gesetzes gelten Personen, die nicht zum ständigen Haushalt des Vermieters gehören und in der Wohnung des Vermieters gegen Entgelt zum Zwecke der Erholung vorübergehend Aufenthalt nehmen.

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:

Gemäß § 111 Abs 2 Z 4 GewO 1994 bedarf es für die Beherbergung von Gästen einer Gewerbeberechtigung für ein freies Gastgewerbe. Es obliegt einer Einzelfallentscheidung, wo die Grenze einer Zurverfügungstellung von Wohnräumen und einer gemäß § 111 Abs 2 Z 4 anmeldungspflichtigen Beherbergung verläuft (*Gruber/Paliego-Barfuß*, GewO<sup>7</sup>, § 111 Anm 5).

In einer Vielzahl von Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofes zeigt sich, dass diese Einzelfalljudikatur dem aktuellen Stand der Rechtsprechung entspricht und daher keine exakte Abgrenzung möglich ist. Allerdings haben sich durch diese Entscheidungen auch gewisse Kriterien herausgebildet, welche zumindest Anhaltspunkte dafür geben, ob die Wohnraumüberlassung der Gewerbeordnung unterliegt oder nicht. Es handelt sich dabei um ein bewegliches System, in welchem die vom Verwaltungsgerichtshof ausgearbeiteten Kriterien realisiert sein müssen, jedoch können diese in unterschiedlicher Intensität vorliegen.

Bei der Beherbergung ist zwischen der gewerblichen Beherbergung im Rahmen eines reglementierten Gastgewerbes (§ 111 Abs 1 Z 1 GewO 1994) oder eines freien Gastgewerbes (§ 111 Abs 2 Z 2 und 4 GewO 1994) und der Privatzimmervermietung zu unterscheiden.

Nach der Rechtsprechung des VwGH ist unter einer gewerblichen Beherbergung auf den allgemeinen Sprachgebrauch Rückgriff zu nehmen. Demnach ist unter gewerblicher Beherbergung bzw. dem Beherbergungsgewerbe die gewerbliche Gewährung von Unterkunft in Hotels, Gasthöfen, Pensionen, Motels oder Privatquartieren (von einer bestimmten Bettenanzahl an) zu verstehen; es handelt sich um einen zum Gastgewerbe gehörenden Gewerbebranchen (vgl VwGH 2000/15/0006; siehe zum Begriff „gewerbliche Beherbergung“ auch Grabler/Stolzlechner/Wendl, Kommentar zur GewO [2011] § 111 Rz 4 ff). Nach Ansicht des VwGH ist die Frage, ob gewerbsmäßige Fremdenbeherbergung iSd GewO 1994 anzunehmen ist, unter Bedachtnahme auf alle Umstände des Einzelfalles zu beantworten, und zwar im



Besonderen unter Bedachtnahme auf: Gegenstand des Vertrages (bloß Schlafstelle und Wohnraum und dessen Umfang), Dauer des Vertrages, Verabredung in Ansehung von Kündigung und Kündigungsfristen, Nebenverabredung über Beistellung von Bettwäsche und Bettzeug, über Dienstleistungen, wie Reinigung der Haupt- und der Nebenräume, der Bettwäsche, der Kleider usw. des Mieters, Beheizung udgl. sowie auch Art und Weise, in welcher sich der Betrieb nach außen darstellt. Eine den Begriff der Fremdenbeherbergung zuzuordnende Tätigkeit liegt 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. Zum Begriff der "gewerblichen Beherbergung von Gästen" hat der Verwaltungsgerichtshof, auch abgeleitet, dass dafür bereits ein geringes Ausmaß an für die Beherbergung typischen Dienstleistungen ausreichend ist (vgl VwGH 2009/06/0013).

Wenn man die Art der Nutzung der beiden Wohnungen im Gesamten betrachtet, ist im Gegenstandsfall jedenfalls davon auszugehen, dass eine gewerbliche Beherbergung angeboten wurde. Die beiden Wohnungen wurden unter „Landhausstudios“ angeboten und unter anderem beworben mit „Ausstattung für Genießer“, „Moderner Landhausstil“ etc. Weiters werden die Wohnungen über die eigene Homepage der Beschwerdeführerin als auch über Adresse 7 angeboten, womit die Beherbergung als solche auch nach außen sichtbar ist. Die Preise sind pro Übernachtung(en) – es ist eine Mindestaufenthaltsdauer von 2 Nächsten vorgesehen - ausgewiesen und wird auch eine Endreinigung angeboten. Hinsichtlich langfristiger Vermietungen ist nach festgestelltem Sachverhalt davon auszugehen, dass keine langfristigen Vermietungen erfolgen, zumal die Vermietung einzig und allein zu touristischen Zwecken erfolgt. Durch die angebotenen Dienstleistungen, beispielsweise die Reinigung nach Abreise oder auf Wunsch der Gäste, die Zurverfügungstellung einer Kochgelegenheit und Kochutensilien, die tägliche Bereitstellung von Frühstück mittels einem „Frühstückskorb“, ist auch von einer laufenden Obsorge im Sinne einer daraus resultierenden Betreuung der Gäste auszugehen. Es kann daher nicht von einer bloßen Zurverfügungstellung von Wohnraum ausgegangen werden (vgl VwGH 11.1.2012, 2010/06/0082).

Im Übrigen wird auf der Internetseite Adresse 7 der Begriff „Reisende“ verwendet, was den Schluss nahelegt, dass selbst die Betreiberin die Personen, die die Wohnungen buchen, nicht als Mieter betrachtet.

Bei der Anbietung der im gegenständlichen Fall vorliegenden „Landhausstudios“ handelt es sich des Weiteren nicht bloß um eine Raumvermietung, da die Bereitstellung von Wohnraum inklusive Möblierung, Bettwäsche, Handtücher, Ess- und Kochgeschirr, Bad etc. und darüber hinaus eine Vielzahl von Dienstleistungen angeboten werden, wie z.B. Bereitstellung von Frühstück, Begrüßung durch einen kleinen „Welcome-Gruß“ bei der Anreise, welcher aus einer Flasche Rotwein aus Österreich und einer kleinen Speckjause auf einem Brettchen besteht sowie die Reinigung der Wohnungen nach Abreise oder auf Wunsch der Gäste. Zudem entspricht das äußere Erscheinungsbild in zahlreichen Belangen dem eines gewerblichen Beherbergungsbetriebes bzw. kommt diesem relativ nahe. Wird daher nicht nur Wohnraum

bereitgestellt, sondern zudem noch zahlreiche Dienstleistungen erbracht, so ist von einer gewerbsmäßigen Gästebeherbergung auszugehen. 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 gegeben ist.

Da gegenständlich nicht mehr als zehn Betten in Rede stehen, ist von einem freien Gewerbe nach § 111 Abs 2 Z 4 GewO leg cit auszugehen. Gegenüber einem reglementierten Beherbergungsgewerbe ist der Unrechtsgehalt der Tat für die Beschwerdeführerin im gegenständlichen Fall etwas geringer.

Eine Anwendung des Privatzimmervermietungsgesetzes scheidet im gegenständlichen Fall bereits deshalb aus, weil die beiden Wohnungen getrennte, über das Stiegenhaus erreichbare, Wohneinheiten darstellen und nicht Bestandteile der Wohnung des Vermieters im Erdgeschoss sind (vgl § 2 Abs 1 lit a Privatzimmervermietungsgesetz).

Im gegenständlichen Fall handelt es sich eindeutig um das Anbieten einer gewerblichen Beherbergung iS eines freien Gastgewerbes gemäß § 111 Abs 2 Z 4 GewO und nicht um eine bloße Raumvermietung, zumal das Anbieten der Ferienwohnung ausschließlich zu touristischen Zwecken (Skifahren, Bergwandern, etc.) und nicht zur Befriedigung eines längerfristigen Wohnbedürfnisses erfolgt. Zudem spricht auch eine relativ kurze Verweildauer der Gäste für eine gewerbliche Beherbergung und nicht für eine Raumvermietung, da kein Dauermietverhältnis vorliegt. Die Vermieterin bietet eine vollständig eingerichtete Wohnung samt Bettwäsche und Handtüchern an. Das zu entrichtende Beherbergungsentgelt enthält, wie bereits erwähnt, diverse Serviceleistungen sowie die Endreinigung der Wohnung beim Gästewechsel. All diese Punkte sind bei einer bloßen Raumvermietung nicht gegeben, weshalb im gegenständlichen Fall von einer gewerblichen Gästebeherbergung iSd des § 111 Abs 2 Z 4 GewO auszugehen ist.

Wenn nunmehr die Beschwerdeführerin vorbringt, dass außer dem Anbieten auf Internetplattformen kein Tatbestand vorliege, der eine Gewerbebeanmeldung erfordere, ist zu entgegnen, dass nach § 1 Abs 4 GewO 1994 unter anderem das Anbieten einer den Gegenstand eines Gewerbes bildenden Tätigkeit an einen größeren Kreis von Personen der Ausübung des Gewerbes gleichgehalten wird. Das Anbieten einer den Gegenstand eines Gewerbes bildenden Tätigkeit kann zum Beispiel in einem Zeitungsinserat, in einem amtlichen Telefonbuch, durch Einrichtung einer Homepage im Internet oder durch das Anbringen einer Firmentafel erfolgen. Durch den Internetauftritt wurden die Wohnungen jedenfalls einem größeren Kreis von Personen angeboten.

Der Umstand, dass tatsächlich Übernachtungen stattgefunden haben, steht im Übrigen aufgrund der Aussage der Beschwerdeführerin in der mündlichen Verhandlung fest.

Der von der Beschwerdeführerin vorgebrachte Einwand, dass die belangte Behörde eine formularhafte Erledigung getroffen habe, da ab Seite 5 nach der Rechtsbelehrung nur mehr von dem Beschuldigten die Rede sei, ist auszuführen, dass lediglich ein Schreibfehler der belangten Behörde vorliegt. Dieser Schreibfehler hat inhaltlich keine Relevanz, da nur ein Versehen hinsichtlich der Bezeichnung des Geschlechtes (männlich/weiblich) durch die

Behörde an gewissen Stellen erfolgt ist, welches allein noch keine formularhafte Erledigung begründet.

Im gegenständlichen Fall haben somit die oben genannten Merkmale in der Gesamtschau ergeben, dass die Appartements für einen objektiven Betrachter nicht im Rahmen der Raumvermietung nach ABGB angeboten werden. Vielmehr werden Tätigkeiten angeboten, die Gegenstand des Gastgewerbes bilden.

Lediglich die verletzte Verwaltungsvorschrift war richtig zu stellen.

#### Subjektive Tatseite:

Gemäß § 5 Abs 1 VStG genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nichts anderes bestimmt. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft. Im Falle eines "Ungehorsamsdeliktes" - als welches sich auch die gegenständliche Verwaltungsübertretung darstellt - tritt somit insofern eine Verlagerung der Behauptungslast ein, als die Behörde lediglich die Verwirklichung des objektiven Tatbestandes zu beweisen hat, während es Sache des Täters ist, glaubhaft zu machen, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft.

Dies ist der Beschwerdeführerin nicht gelungen. In der mündlichen Verhandlung vor dem Landesverwaltungsgericht Tirol führte sie aus, dass sie diesbezüglich noch vor Erhalt der Strafverfügung beim Gewerbeamt angerufen hat. Eine entsprechende Auskunft habe sie von der belangten Behörde nicht bekommen. Dazu ist auszuführen, dass der Beschwerdeführerin Fahrlässigkeit vorgeworfen werden kann.

In diesem Zusammenhang ist auf die ständige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes hinzuweisen. Demnach vermag eine irrige Gesetzesauslegung einen Beschuldigten dann nicht zu entschuldigen, wenn dieser es unterlassen hat, Erkundigungen einzuholen, ob die von ihm zum vorliegenden Fragenkreis vertretene Rechtsansicht zutrifft. Solche Erkundigungen haben an der geeigneten Stelle zu erfolgen, worunter im Zweifelsfall die zur Entscheidung der Rechtsfrage zuständige Behörde zu verstehen ist. Die Argumentation mit einer auch plausiblen Rechtsauffassung kann ein Verschulden am objektiv unterlaufenen Rechtsirrtum nicht ausschließen, vielmehr trägt das Risiko des Rechtsirrtums der, der es verabsäumt, sich an geeigneter Stelle zu erkundigen (vgl VwGH 02.04.2009, 2007/16/0096 mwN). Die Beschwerdeführerin hat sich im gegenständlichen Fall zwar eine Rechtsauskunft geben lassen, jedoch hat sie keine Maßnahmen gesetzt und eine Gewerbeanmeldung nicht durchgeführt. Somit liegt es im Verschulden der Beschwerdeführerin, da sie fahrlässig nicht genauere Informationen bei der Behörde eingeholt hat.

Im Lichte dieser Judikatur des Höchstgerichts vertritt das entscheidende Verwaltungsgericht im Gegenstandsfall die Auffassung, dass es Sache der Rechtsmittelwerberin gewesen wäre, sich vor Beginn der Vermietung der Wohnungen über die in Österreich und in Tirol geltende

Rechtsslage über die Beherbergung von Gästen zu erkundigen. Sie hätte sich bei Anwendung der gebotenen und ihr auch zumutbaren Sorgfalt mit den einschlägigen Vorschriften über die Vermietung von Wohnungen rechtzeitig vertraut machen müssen. Da sie nach eigenen Angaben bereits seit 4,5 Jahren die Wohnungen vermietet, kann die Erkundigung der Rechtsslage kurz vor Erhalt der Strafverfügung nicht als rechtzeitig erachtet werden.

#### Strafbemessung:

Nach § 19 Abs 1 VStG ist Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat.

Nach § 19 Abs 2 VStG sind im ordentlichen Verfahren überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. 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.

Die belangte Behörde hat über die Beschwerdeführerin eine Geldstrafe in der Höhe von ca 17% des vorgesehenen Strafrahmens verhängt und dies damit begründet, dass der Unrechtsgehalt der Tat nicht als leicht bezeichnet werden kann und aufgrund der zwei Informationsschreiben an die Beschuldigte sowie dem Unterlassen der Gewerbeanmeldung von Vorsatz auszugehen sei. Zudem bewege sich die Strafe im unteren Bereich des möglichen Strafrahmens und könne daher nicht geringer bemessen werden, da die Beschuldigte von der Begehung gleichartiger Verwaltungsübertretungen abgehalten werden soll.

Angaben zu ihren Einkommens- und Vermögensverhältnissen sowie allfälligen Sorgepflichten hat die Beschwerdeführerin – auch in ihrem Rechtsmittelschriftsatz – nicht gemacht. Die Beschwerdeführerin hat in der mündlichen Verhandlung lediglich angegeben, dass die Vermietung der gegenständlichen Wohnungen ihr einziges Einkommen darstelle. Aus diesem Grund ist nach der ständigen Rechtsprechung des VwGH eine Einschätzung vorzunehmen. Dabei ist mangels gegenteiliger Anhaltspunkte von einer zumindest durchschnittlichen Vermögens- und Einkommenssituation der Beschwerdeführerin auszugehen.

Als mildernd war die Unbescholtenheit der Beschwerdeführerin zu werten. Erschwerungsgründe oder sonstige Milderungsgründe sind im gegenständlichen Verfahren nicht hervorgekommen.

In Gesamtwürdigung der vorstehenden Überlegungen zu den Strafzumessungsgründen ist die von der belangten Behörde für die gegenständliche Übertretung vorgesehene Geldstrafe von Euro 600,00 als überhöht zu beurteilen, wurde damit doch der zur Verfügung stehende Strafrahmen von Euro 3.600,00 zu fast 20% ausgeschöpft. Insbesondere da keine Erschwerungsgründe vorliegen und die Beschwerdeführerin unbescholten ist, erweist sich aus Sicht des Landesverwaltungsgerichts Tirol die Verhängung einer Geldstrafe im Ausmaß von ca

10% des vorgesehenen Strafrahmens als schuld- und tatangemessen. Vor diesem Hintergrund war auch der Betrag zu den Kosten des Verfahrens vor der belangten Behörde entsprechend anzupassen.

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  
Mag. Piccolroaz  
(Richter)