

Geschäftszeichen:

LVwG-2020/22/1644-3

LVwG-2020/22/1645-3

Ort, Datum:

Innsbruck, 30.09.2020

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Tirol erkennt durch seinen Richter Dr. Triendl über die Beschwerde des Herrn AA, geb. ***, Adresse 1, Z, v.d. Rechtsanwälte BB, Adresse 2, Y, gegen das Straferkenntnis der CC vom 30.6.2020, ZI***, betreffend Verwaltungsübertretungen nach der GewO 1994 und der TBO 2018, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung,

zu Recht:

1. a) Die Beschwerde wird zu Spruchpunkt 1. des angefochtenen Straferkenntnisses mit der Maßgabe als **unbegründet abgewiesen**, als es im Spruch bei der als erwiesen angenommenen Tat (§ 44a Z 1 VStG) zu lauten hat wie folgt:

*„Sie haben seit ca. dem Jahre 2017 bis zumindest 31.12.2019 im Standort Z, Gp **1 KG Z, durch die entgeltliche, selbständige und regelmäßige, sohin die gewerbsmäßige Beherbergung von Gästen im Wohnbereich der sog. „DD“, das Gastgewerbe im Berechtigungsumfang nach § 111 Abs 2 Z 4 GewO 1994 ausgeübt, obwohl Sie nicht im Besitz der hierfür erforderlichen Gewerbeberechtigung waren. Eine Privatzimmervermietung liegt nicht vor.“*

- b) Die Beschwerde wird zu Spruchpunkt 2. des angefochtenen Straferkenntnisses mit der Maßgabe als **unbegründet abgewiesen**, als es im Spruch bei der als erwiesen angenommenen Tat (§ 44a Z 1 VStG) zu lauten hat wie folgt:

*„Sie haben seit ca. dem Jahre 2017 bis zumindest 31.12.2019 die „DD“ im Standort Z, Gp **1 KG Z, baubewilligt mit Bescheid des Bürgermeisters der Gemeinde EE vom 4.1.1989, Zl. ***, zu einem anderen als dem bewilligten Verwendungszweck verwendet, indem Sie jedenfalls in diesem Zeitraum ohne die erforderliche Baubewilligung die DD zur gewerbsmäßigen touristischen Beherbergung von Gästen verwendet haben und so den bewilligten Verwendungszweck „kombiniertes Alpgebäude“ konsenslos abgeändert haben.“*

2. Der Beschwerdeführer hat einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von 20 % der verhängten Geldstrafen, das sind zu Spruchpunkt 1. Euro 100,00 zu Spruchpunkt 2. Euro 120,00 sohin insgesamt Euro 220,00 zu leisten.
3. Die **ordentliche Revision** ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG **nicht zulässig**.

Entscheidungsgründe

I. Verfahrensgang:

Mit dem angefochtenen Straferkenntnis wurde dem Beschwerdeführer spruchgemäß Folgendes zur Last gelegt:

*Sie haben ca. seit 2017 bis zumindest 31.12.2019 in Z, Gp. **1 im Ferienhaus „DD“*

- 1. ohne Gewerbeberechtigung durch die entgeltliche, selbständige und regelmäßige touristische Vermietung von 2 Doppelzimmern, 3 Einzelzimmer, Bettwäsche und Handtücher, Endreinigung usw. das Gewerbe mit den Berechtigungen gemäß § 111 Abs 2 Z 4 GewO 1994 ausgeübt, obwohl sie nicht im Besitz der hierfür erforderlichen Gewerbeberechtigung waren und*
- 2. ohne Baubewilligung den Verwendungszweck des im Freiland liegenden Gebäudes von „kombiniertes Alpgebäude“ auf Ferienhaus mit Gästevermietung geändert und sohin die ursprünglich genehmigten Räume zu anderen als dem bewilligten Verwendungszweck bzw. dem aus der baulichen Zweckbestimmung hervorgehenden Verwendungszweck verwendet, obwohl die Änderung des Verwendungszwecks von Gebäuden oder Gebäudeteilen, wenn sie auf die Zulässigkeit des Gebäudes oder Gebäudeteiles nach den bau- und raumordnungsrechtlichen Vorschriften von Einfluss sein kann, einer Baubewilligung bedarf, hiebei ist vom bewilligten Verwendungszweck bzw. bei Gebäuden oder Gebäudeteilen, für die aufgrund frühere baurechtlicher Vorschriften ein Verwendungszweck nicht bestimmt wurde, von dem aus der baulichen Zweckbestimmung hervorgehenden Verwendungszweck auszugehen.*

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

- 1. § 366 Abs. 1 Ziffer 1 i.V.m. § 111 Abs 2 Z 4 Gewerbeordnung 1994*
- 2. § 67 Abs 1 lit a iVm § 28 Abs 1 lit c TBO 2018*

Wegen dieser Verwaltungsübertretungen wird über Sie folgende Strafe verhängt:

<i>Geldstrafe (€):</i> 1. 500,00 2. 600,00	<i>Gemäß:</i> § 366 Abs 1 Einleitungssatz GewO 1994 § 67 Abs 1 lit a TBO 2018	<i>Ersatzfreiheitsstrafe:</i> 46 Stunden 6
--	---	--

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

Dagegen richtet sich das fristgerecht erhobene Rechtsmittel, in welchem der rechtsfreundlich vertretene Beschwerdeführer im Wesentlichen ausführt, dass es sich am gegenständlichen Standort einerseits um eine reine Privatzimmervermietung und andererseits um eine reine Raumvermietung handle.

Im Rahmen der mündlichen Verhandlung vor dem Landesverwaltungsgericht Tirol am 23.9.2020 wurde der Beschwerdeführer einvernommen. Beweis wurde weiters durch Einsichtnahme in den behördlichen Akt sowie in Kopien des Bauaktes zur Baubewilligung vom 4.1.1989, Zl. *** aufgenommen.

II. Sachverhalt:

Der Beschwerdeführer ist Landwirt und Alleineigentümer des geschlossenen Hofes in EZ *** KG Z, mit welchem auch die sog. „DD“ auf Gp **1 KG Z untrennbar verbunden ist. Die DD wurde mit Bescheid des Bürgermeisters der Gemeinde EE vom 4.1.1989, Zl. *** baubewilligt. Die DD liegt im Freiland. Dem Bauakt, insb. der Baubeschreibung, den Bauplänen und dem Baubescheid, ist dabei zu entnehmen, dass es sich bei der DD um ein kombiniertes Alpgebäude, bestehend aus Wirtschafts- und Wohnbereich handelt. Laut Baubeschreibung (Einreichunterlage vom 15.6.1988) weist der Wohnbereich eine Gesamtnutzfläche von 102,76 m², der Wirtschaftsteil eine Fläche von 138,87 m² auf. Der Wirtschaftsteil besteht aus Stall, Hofraum, Streuraum und Heubergeraum, der Wohnteil im Erdgeschoß aus Stube, Küche, WC und Speis, im Obergeschoß aus 3 Zimmer, Vorraum, WC und Dusche. Die Erschließung der Alm erfolgt über einen Alpweg.

Der Beschwerdeführer hat seinen Hauptwohnsitz an der Adresse Adresse 1, Z. dort befindet sich auch der landwirtschaftliche Hauptbetrieb. Während der Alpzeit übernachtet der Beschwerdeführer immer wieder einmal auf der DD.

Die DD wurde auf der Homepage *** jedenfalls bis zum 29.2.2020 zur touristischen Vermietung mit folgendem Werbetext (Auszug) angeboten.

„Sie planen einen erholsamen Urlaub in der wunderschönen FF Bergwelt? Dann sind sie bei uns genau richtig! Sie können zwischen unseren drei verschiedenen Ferienhäusern auswählen! Wir freuen uns auf Ihre Anfrage und hoffen, Sie in Ihrem Urlaub bei uns begrüßen zu dürfen! Mit lieben Grüßen aus Z

Almhütte „DD“

Unsere Almhütte DD liegt am Anfang des X auf ca 1810 hm inmitten malerischer Abgeschiedenheit und saftig grüner Weiden umgeben von einem überwältigenden Bergpanorama. Die Almhütte ist ein idealer Ausgangspunkt für zahlreiche verschiedene

Bergtouren sowie entspannende Spaziergänge in der wunderschönen FF Bergwelt. Über einen Kiesweg ist die Almhütte bequem mit dem Auto erreichbar.

Sie können die Hütte von Mai bis ca. Ende Oktober mieten und es erwartet Sie folgende Ausstattung:

- *2 Doppelzimmer*
- *3 Einzelzimmer*
- *Babybett*
- *Wohnküche (voll ausgestattet)*
- *Wohnstube*
- *Dusche, WC*
- *Strom*
- *Bettwäsche und Handtücher inkl.*

*4 Personen € 60 pro Tag, jede weitere Person € 12 pro Tag
+ Endreinigung € 50 inkl. Ortstaxe"*

Die DD wurde auch über den Tourismusverband beworben. Die Vermietung der Alm erfolgt immer als „Ganzes“ und durchschnittlich für eine bis zwei Wochen. Der Beschwerdeführer stellt die Bettwäsche zur Verfügung. Die Endreinigung erfolgt durch ihn.

Beim Tourismusverband Osttirol waren für die DD im Jahre 2017 (Juni bis November) insgesamt 48 Gäste mit 309 Nächtigungen, im Jahre 2018 (Juni bis Oktober) insgesamt 41 Gäste mit 297 Nächtigungen und im Jahre 2019 (Juni bis September) insgesamt 42 Gäste mit 324 Nächtigung gemeldet.

III. Beweiswürdigung:

Die maßgeblichen Feststellungen ergeben sich aus dem Akt der belangten Behörde und werden auch vom Beschwerdeführer nicht bestritten bzw. wurden von ihm selbst (siehe v.a. seinen Einspruch gegen die Strafverfügung vom 3. Juni 2020 und seine Aussagen vor dem Landesverwaltungsgericht Tirol im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom 23.9.2020) vorgetragen.

IV. Rechtslage:

Die hier maßgeblichen Bestimmungen der Gewerbeordnung 1994 (GewO 1994), BGBl 194 in der hier maßgeblichen Fassung BGBl I 2018/112 lauten wie folgt:

„§ 1 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 bildende 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

(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

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;

(...)

§ 366
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;

(...)"

Weiters sind folgende Bestimmungen des Gesetz vom 26. Juni 1959 über die Beherbergung von Fremden als häusliche Nebenbeschäftigung (Privatzimmervermietungsgesetz), LGBl 1959/29 idF LGBl 2018/144 von Belang:

„§ 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.

§ 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.

§ 3

Persönliche Voraussetzungen

Der Vermieter und die zu seinem Haushalt gehörenden Personen müssen die für die Beherbergung von Fremden erforderliche Verlässlichkeit besitzen.

(...)."

Folgende Bestimmungen der Tiroler Bauordnung 2018 (TBO 2018), LGBI 28 (WV) idF LBG 2020/65 sind maßgeblich:

§ 28

Bewilligungspflichtige und anzeigepflichtige Bauvorhaben, Ausnahmen

(1) Einer Baubewilligung bedürfen, soweit sich aus den Abs. 2 und 3 nichts anderes ergibt:

(...)

c) die Änderung des Verwendungszweckes von Gebäuden oder Gebäudeteilen, wenn sie auf die Zulässigkeit des Gebäudes oder Gebäudeteiles nach den bau- oder raumordnungsrechtlichen Vorschriften von Einfluss sein kann; hierbei ist vom bewilligten Verwendungszweck bzw. bei Gebäuden oder Gebäudeteilen, für die aufgrund früherer baurechtlicher Vorschriften ein Verwendungszweck nicht bestimmt wurde, von dem aus der baulichen Zweckbestimmung hervorgehenden Verwendungszweck auszugehen; keiner Baubewilligung bedarf in Gebäuden mit mehreren Wohnungen die

Verwendung von höchstens drei Wohnungen mit insgesamt höchstens zwölf Betten zur gewerblichen Beherbergung von Gästen, wenn der Gewerbetreibende im betreffenden Gebäude seinen Hauptwohnsitz hat und in diesem neben allfälligen Wohnungen für seine Angehörigen keine weiteren Wohnungen bestehen, die der Befriedigung eines ganzjährigen, mit dem Mittelpunkt der Lebensbeziehungen verbundenen Wohnbedürfnisses dienen;

(...)

§ 67
Strafbestimmungen

(1) Wer

a) als Bauherr oder Bauverantwortlicher ein bewilligungspflichtiges Bauvorhaben ohne eine entsprechende Baubewilligung oder abweichend von der Baubewilligung oder ein anzeigepflichtiges Bauvorhaben ohne eine entsprechende Bauanzeige, erheblich abweichend von der Bauanzeige, ungeachtet einer Untersagung nach § 30 Abs. 3 dritter Satz oder vorzeitig ohne Vorliegen der Voraussetzungen nach § 37 Abs. 2 ausführt,

(...)

begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde mit Geldstrafe bis zu 36.300,- Euro, zu bestrafen.

(...).

V. Rechtliche Erwägungen:

A) Zu Spruchpunkt 1.:

Die belangte Behörde wirft dem Beschwerdeführer im angefochtenen Straferkenntnis unter Spruchpunkt 1. vor, dass dieser die Beherbergung von Gästen ausgeübt habe, obwohl er nicht im Besitz der hierfür erforderlichen Gewerbeberechtigung gewesen sei.

Die Gewerbeordnung gilt gemäß § 1 Abs 1 GewO 1994 für alle gewerbsmäßig ausgeübten und nicht gesetzlich verbotenen Tätigkeiten, soweit die §§ 2 bis 4 GewO 1994 nichts anderes bestimmen. Nach § 1 Abs 2 leg cit wird eine Tätigkeit gewerbsmäßig ausgeübt, wenn sie selbstständig, regelmäßig und in der Absicht betrieben wird, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, gleichgültig für welchen Zwecke dieser bestimmt ist.

Allerdings sind gewisse Tätigkeiten, unter anderem die gemäß § 2 Abs 1 Z 9 GewO 1994 als häusliche Nebenbeschäftigung ausgeübte Privatzimmervermietung, vom Geltungsbereich der Gewerbeordnung ausgenommen. Auch die reine Raumvermietung unterliegt nicht den Vorschriften der Gewerbeordnung. Hier ist der Beschwerdeführer widersprüchlich, wenn er einmal davon spricht, eine Privatzimmervermietung auszuüben (siehe v.a. seine Angaben im Einspruch vom 3.6.2020), dann jedoch wieder vorbringt, es handle sich um eine reine Raumvermietung (z.B. die Schlussäußerungen des Rechtsvertreters des Beschwerdeführers anlässlich der mündlichen Verhandlung vor dem Landesverwaltungsgericht Tirol). Beide Ausnahmen von der Gewerbeordnung liegen jedoch gegenständlich nicht vor:

Zur Abgrenzung eines Gewerbes nach der Gewerbeordnung von der reinen Raumvermietung hat der Verwaltungsgerichtshof, unter Bezugnahme auf die Judikatur des VfGH und des VwGH im richtungsweisenden Erkenntnis vom 3.3.2020, Ro 2019/04/0019 ausgeführt wie folgt:

„Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist die Frage, ob eine gewerbsmäßige Beherbergung von Gästen im Rahmen eines Gastgewerbes im Sinn des § 111 Abs. 1 Z 1 GewO 1994 oder eine bloße Zurverfügungstellung von Wohnraum anzunehmen ist, immer nur unter Bedachtnahme auf alle Umstände des konkreten Einzelfalls zu beantworten. Demnach ist neben Kriterien, wie etwa dem Gegenstand des Vertrages, der Vertragsdauer, Vereinbarungen über Kündigung und Kündigungsfristen, Nebenvereinbarungen über die Bereitstellung von Bettwäsche und über Dienstleistungen wie etwa die Reinigung der Räume, der Bettwäsche oder der Kleider des Mieters, auch darauf Bedacht zu nehmen, auf welche Art und Weise der Betrieb sich nach außen darstellt. Es ist erforderlich, dass das sich aus dem Zusammenwirken aller Umstände ergebende Erscheinungsbild ein Verhalten des Vermieters der Räume erkennen lässt, das - wenn auch in beschränkter Form - eine laufende Obsorge hinsichtlich der vermieteten Räume im Sinn einer daraus resultierenden Betreuung des Gastes verrät (vgl. zu all dem VwGH 27.2.2019, Ra 2018/04/0144, mwN). Für die Abgrenzung der Beherbergung von Gästen zur bloßen Wohnraumvermietung ist somit - neben anderen Aspekten - maßgeblich, ob gleichzeitig mit der Zurverfügungstellung von Wohnraum damit üblicherweise in Zusammenhang stehende Dienstleistungen erbracht werden (vgl. etwa VwGH 11.1.2012, 2010/06/0082, mwN).“

Im Lichte dieser Ausführungen kann nicht ansatzweise bezweifelt werden, dass im gegenständlichen Fall keine Raumvermietung vorliegt. Die DD wird zumeist im ein- bis zweiwöchigen Abstand, sohin ständig wechselnd an Feriengäste vermietet. Die DD liegt auf über 1800 m und ist nur über einen „Alpweg“ erreichbar. Sie wird auch ausdrücklich als Urlaubsdomizil beworben. Der Wohnbereich wird „als Ganzes“, gleich einer Ferienwohnung vermietet. Der Beschwerdeführer als Vermieter kümmert sich um die Endreinigung und stellt Bettwäsche zur Verfügung. In der vorliegenden Nutzung ist die DD als geradezu typische touristische Nutzung gleich einer Ferienwohnung anzusehen. Nicht nur das äußere Erscheinungsbild, das durch die nähere Beschreibung im Internet gekennzeichnet ist, auch die Nebenleistungen des Vermieters sprechen unzweideutig für die Einstufung als Beherbergung. Hinzuweisen ist auch auf die Aussagen des VwGH im oben zitierten Erkenntnis, wonach *„bereits die Erbringung von Dienstleistungen in nur geringem Ausmaß für die Einstufung als Beherbergung ausreichend sein kann (so ausdrücklich VwGH 2008/06/0200, mwN; vgl. weiter VwGH 2010/06/0082, wo für ein Angebot als Ferienhaus/-hütte mit Erlebnisprogramm, Sauna und Endreinigung eine gastgewerbliche Beherbergung angenommen wurde; sowie VwGH 18.2.2009, 2005/04/0249, wo die mit der Vermietung einzelner Schlafstellen verbundene Reinigung der Toiletten sowie die Bereitstellung eines Aufenthaltsraumes mit Fernseher als hinreichend für eine Qualifikation als Beherbergung im Sinn des § 111 Abs. 1 Z 1 GewO 1994 angesehen wurden).“*

Aber auch eine Privatzimmervermietung liegt im gegenständlichen Fall nicht vor. Diese scheidet schon deshalb aus, zumal der Beschwerdeführer seinen Hauptwohnsitz im Tal, genauer gesagt an der Adresse Adresse 1, Z hat und nur zur Alpzeit mitunter auf der DD übernachtet. Er hat als Landwirt nachvollziehbar den Mittelpunkt seines Lebens bei seinem

Hauptbetrieb im Tal und nicht auf der Alm. Dass er hie und da dort oben (auf über 1800 hm) übernachtet, steht damit nicht in Widerspruch, sind doch Situationen denkbar, in denen ein Absteigen/Abfahren ins Tal nicht möglich ist bzw. es aufgrund der auf der Alm durchzuführenden Arbeiten ein Übernachten naheliegt.

Um aber vom Privileg der Privatzimmervermietung profitieren zu können, wäre es erforderlich, dass der Beschwerdeführer dort seine Wohnung, mithin dort ständig wohnt, also seinen faktischen Hauptwohnsitz hat, um den Intentionen dieses Gesetzes, nämlich die Betreuung der Gäste im Wohnungsverband zu ermöglichen. Dies ist gegenständlich schon deshalb nicht möglich und ist der Beschwerdeführer dahingehend widersprüchlich, zumal der Wohnbereich der DD nach den eigenen Angaben des Beschwerdeführers „als Ganzes“ an Feriengäste vermietet wird (dies bestätigen auch die Angaben in der Homepage), sohin über eine bloße Schlafstelle irgendwo in der Alm hinaus gar kein Platz für den Beschwerdeführer vorhanden ist, um dort seine Wohnung (neben jener der Gäste) für sich selbst einzurichten.

Dazu ist auf die Begründung im Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichts Tirol vom 25.2.2019, LVwG-2018/15/1757-5 hinzuweisen:

„Bereits mit dem „Kaiserlichem Patent, womit eine Gewerbe-Ordnung für den ganzen Umfang des Reiches, mit Ausnahme des venetianischen Verwaltungsgebietes und der Militärgrenze, erlassen, und vom 1. Mai 1860 angefangen in Wirksamkeit gesetzt wird“ vom 20.12.1859, hat der Gesetzgeber Bestimmungen geschaffen, die für „alle gewerbsmäßig betriebenen Beschäftigungen, sie mögen die Hervorbringung, Bearbeitung oder Umgestaltung von ‚Verkehrsgegenständen‘, den Betrieb von Handelsgeschäften, oder die Verrichtung von Dienstleistungen und Arbeiten zum Gegenstand haben“, galten.

Gemäß Art V) dieses Patenten fand für gewisse Beschäftigungen und Unternehmungen die damalige Gewerbeordnung keine Anwendung und zwar gemäß lit e) leg cit die in die Kategorie der häuslichen Nebenbeschäftigungen fallenden und durch die gewöhnlichen Mitglieder des eigenen Hausstandes betriebenen Erwerbszweige. Schon damals hatte der Gesetzgeber die klare Intention, gewisse Ausnahmetatbestände von der Gewerbeordnung zu schaffen und diese eigens zu regeln.

Nach der in der Rechtsprechung des VfGH entwickelten Versteinerungstheorie dürfen dem Kompetenztatbestand des Art 10 Abs 1 Z 8 B-VG „Angelegenheiten des Gewerbes“ nur jene Angelegenheiten unterstellt werden, die zum 1.10.1925, das ist der Zeitpunkt des Wirksamwerdens dieses Kompetenztatbestandes, auch dem Stand und der Systematik der Rechtsordnung im Zeitpunkt ihrer Schaffung zugekommen sind (Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹⁰ (2014), Rz 275). In diesem Zusammenhang ist insbesondere Art V) des Kundmachungspatentes von 1859 von großer Bedeutung, da Art V) lit e) wortgleich zum Versteinerungszeitpunkt in der damals geltenden Gewerbeordnung in Rechtskraft stand. Deshalb kam der Verfassungsgerichtshof auch zum Schluss, dass eine häusliche Nebenbeschäftigung im Sinne des Art V lit e) des Kundmachungspatentes zur GewO keinesfalls eine Angelegenheit des Gewerbes ist (VfGH vom 25.06.1983, VfGH K II-2/72). Da die Privatzimmervermietung zum damaligen Zeitpunkt unter gewissen Voraussetzungen bereits unter die häusliche Nebenbeschäftigung fiel, wurde mit der B-VG Novelle 1974 die

Privatzimmervermietung, also die durch die gewöhnlichen Mitglieder des eigenen Hausstandes als häusliche Nebenbeschäftigung ausgeübte Vermietung von nicht mehr als zehn Fremdenbetten, explizit ausgenommen.

In Tirol steht seit 01.11.1959 das Gesetz über die Beherbergung von Fremden als häusliche Nebenbeschäftigung (Privatzimmervermietungsgesetz) in Kraft. Ziel war es, für die Privatzimmervermietung klar definierte Vorgaben zu erstellen um eine eindeutigere Abgrenzung zur Gewerbeordnung zu schaffen. Sohin ergibt sich aus § 2 Abs 1 Privatzimmervermietungsgesetz, dass die Beherbergung von Fremden als häusliche Nebenbeschäftigung nur ausgeübt werden darf, wenn die zu vermietenden Wohnräume Bestandteile der Wohnung des Vermieters sind und die Zahl der für die Beherbergung von Fremden bereitgestellten Betten zehn nicht überschreiten. Die mit der Beherbergung von Fremden verbundenen Dienstleistungen dürfen nur durch die gewöhnlichen Mitglieder des Hausstandes des Vermieters besorgt werden und die Beherbergung von Fremden darf die Unterbringung der zum Haushalt des Vermieters gehörenden Personen in gesundheitlicher und sittlicher Hinsicht nicht beeinträchtigen. Sollte eine dieser Voraussetzungen nicht vorliegen, so liegt im Regelfall eine gewerbliche Tätigkeit vor, die der Genehmigungspflicht der GewO 1994 unterliegt."

Zusammenfassend zeigt sich, dass die Voraussetzungen für das Vorliegen einer Privatzimmervermietung im gegenständlichen Fall nicht vorliegen. Das typische Bild einer Privatzimmervermietung, bei der die Gäste im Wohnungsverband bzw. im Rahmen des eigenen Hausstandes des Vermieters zusätzliche Zimmer in Anspruch nehmen und der Vermieter Dienstleistungen im untergeordneten Ausmaß (z.B. Frühstück) zur Verfügung stellt, liegt hier nicht vor. Der Wohnbereich der DD wird zur Gänze an die Feriengäste vermietet und hat der Beschwerdeführer seinen Hauptwohnsitz im Tal. Er übernachtet nur sporadisch auf der Alm. Der Gast wird also hier nicht in den Hausstand des Vermieters aufgenommen (vgl. zu alledem mit Hinweisen auf die Judikatur des VwGH *Grabler/Stolzlechner/Wendl*, Kommentar zur Gewerbeordnung 1994³ (2011) § 2 Rz 16 und § 111 Rz 6).

Der Beschwerdeführer hat daher durch die entgeltliche, selbstständige und regelmäßige, sohin die gewerbsmäßige Beherbergung von Gästen im Wohnbereich der sog. „DD“, das Gastgewerbe im Berichtigungsumfang nach § 111 Abs 2 Z 4 GewO 1994 ausgeübt, obwohl er nicht im Besitz der hierfür erforderlichen Gewerbeberechtigung war. Damit steht die zur Last gelegte Übertretung in objektiver Hinsicht fest.

Gemäß § 5 Abs 1 VStG genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft. Im Falle eines "Ungehorsamsdeliktes" - als 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.

Der Beschwerdeführer hat nichts vorgebracht, was Zweifel an seinem Verschulden aufkommen ließe. Die Übertretung steht sohin auch in subjektiver Hinsicht fest, wobei beim Ausmaß des Verschuldens von Fahrlässigkeit auszugehen ist. Auch liegt keine unverschuldete Rechtsunkenntnis vor, da sich der Beschwerdeführer nicht bei der zuständigen Behörde darüber erkundigt hat, in wie fern für die Vermietung eine gewerberechtliche Genehmigung erforderlich ist oder nicht: Nur im Falle der Erteilung einer, auf einer vollständigen Sachverhaltsgrundlage erteilten, unrichtigen Rechtsauskunft der zuständigen Behörde können im Vertrauen auf die Auskunft erfolgte Gesetzesverstöße nicht als Verschulden angerechnet werden (VwGH 18.05.2010, 2009/09/0122).

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. Der Beschwerdeführer ist Eigentümer einer Landwirtschaft und verfügt sohin jedenfalls über beträchtliches Vermögen. Nähere Angaben zu den Einkommensverhältnissen hat er nicht gemacht. Die bloßen Angaben zum Einheitswert (siehe seine Stellungnahme vom 25.6.2020) haben diesbezüglich keine Aussagekraft. Welcher Art die Schulden sind (ob z.B. vermögensbildend und daher keinesfalls zu berücksichtigen), wird von ihm nicht angegeben. Insgesamt ist – wie hier bei einem Landwirt mit beträchtlichem Grundbesitz – jedenfalls von durchschnittlichen wirtschaftlichen Verhältnissen auszugehen, wobei im gegenständlichen Fall auch zu berücksichtigen ist, dass der Beschwerdeführer über Jahre hinweg Einnahmen in unbestimmter Höhe aus der konsenslosen Vermietung lukriert hat. Die Einschätzung der belangten Behörde, beim Beschuldigten seien die wirtschaftlichen Verhältnisse als „schlecht“ zu bezeichnen, wird daher nicht geteilt.

Der Unrechtsgehalt der zur Last gelegten Tat ist als hoch einzustufen. Es besteht ein besonderes öffentlich-rechtliches Interesse daran, dass Gewerbe nur von Befugten ausgeübt werden.

Als mildernd war die Unbescholtenheit des Beschwerdeführers zu werten. Erschwerungsgründe oder sonstige Milderungsgründe sind im gegenständlichen Verfahren für das Landesverwaltungsgericht Tirol nicht hervorgekommen, solche wurden vom Beschwerdeführer auch nicht geltend gemacht.

Die belangte Behörde hat über den Beschwerdeführer lediglich eine Geldstrafe in der Höhe von ca 14 % des vorgesehenen Strafrahmens verhängt und dies zutreffend damit begründet, dass der Unrechtsgehalt der begangenen Übertretung erheblich sei. Diese Strafe im unteren Bereich des maßgeblichen Strafrahmens (bis zu Euro 3.600,00) ist jedenfalls tat- und schuldangemessen.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden. Dabei war eine geringfügige Änderung des Spruches des angefochtenen Straferkenntnisses vorzunehmen. Es handelt sich dabei aber um bloße Präzisierungen. Hinsichtlich des relevanten Tatvorwurfes hat sich dadurch keine Änderung ergeben. Das Landesverwaltungsgericht Tirol war daher zu diesen Modifikationen gemäß § 50 VwGVG berechtigt.

B) Zu Spruchpunkt 2.:

Die belangte Behörde wirft dem Beschwerdeführer im angefochtenen Straferkenntnis unter Spruchpunkt 2. eine konsenslose Verwendungszweckänderung vor.

Tatsächlich ist dem Bescheid des Bürgermeisters der Gemeinde EE vom 4.1.1989, Zl. ***, was die Festlegung eines Verwendungszwecks betrifft, zu entnehmen, dass mit diesem Bescheid ein „kombiniertes Alpgebäude“, bestehend aus einem Wohn- und Wirtschaftsbereich, anstelle eines – aufgrund eines Lawinenabganges – völlig zerstörten Almgebäudes, baubewilligt wird.

Mit seinem Hinweis in der mündlichen Verhandlung vor dem Landesverwaltungsgericht Tirol auf den Grundsatz „*Wohnen ist Wohnen*“ bezieht sich der Beschwerdeführer wohl auf die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs zu Fallkonstellationen, in denen aufgrund des Fehlens einer Verwendungszweckfestlegung sowohl im Baubescheid aber auch in der gesetzlichen Grundlage ein Wohnen, gleich ob als Hauptwohnsitz oder Freizeitwohnsitz, mangels diesbezüglicher Unterscheidung möglich ist (vgl. dazu eingehend VwGH 28.3.1996, 95/06/0265). Damit ist für ihn aber nichts gewonnen.

Zum Zeitpunkt der Erlassung dieses Baubescheides war die Tiroler Bauordnung (TBO), LGBl 1978/43 (WV) idF LGBl 1984/19 (2. Bauordnungsnovelle) maßgeblich. § 25 lit d TBO sah bereits eine Bewilligungspflicht für die Änderung des Verwendungszweckes vor. Die Festlegung im Baubescheid vom 4.1.1989 mit „kombiniertes Alpgebäude“ lässt nun im Zusammenhalt mit der Baubeschreibung und den Einreichplänen nicht die geringsten Zweifel ob der zulässigen Nutzung dieses Gebäudes offen und ist als völlig ausreichend zu qualifizieren. Klar und unmissverständlich wird damit ausgedrückt, dass dieses Gebäude, im Almgebiet auf über 1800 hm gelegen und nur über einen Alpweg erreichbar, allein der Almwirtschaft dient. Der Wohnbereich soll dem Landwirt (und allenfalls auch anderen Familienmitgliedern) erkennbar die Möglichkeit einräumen, vor allem während der Almsaison auch im Alpgebäude zu wohnen, um sich mühsame Fahrten zurück ins Tal zu ersparen. Keinesfalls ist damit aber die gewerbsmäßige Vermietung zur touristischen Zwecken verbunden.

Die DD liegt im „Freiland“. Die Änderung des Verwendungszweckes von Gebäuden oder Gebäudeteilen ist gemäß § 28 Abs 1 lit c TBO 2018 dann bewilligungspflichtig, wenn sie auf die Zulässigkeit des Gebäudes oder Gebäudeteiles nach den bau- oder

raumordnungsrechtlichen Vorschriften von Einfluss sein kann. Davon ist im gegenständlichen Fall jedenfalls auszugehen, zumal eine Verwendungszweckänderung von „kombiniertes Alpbgebäude“ zu einem Gebäude mit gewerbsmäßiger touristischer Vermietung im Freiland jedenfalls in der hier vorliegenden Art und Weise unzulässig ist (§ 41 TROG 2016). Aber auch aus rein baurechtlichen Erwägungen wäre die gegenständliche Verwendungszweckänderung als bewilligungspflichtig anzusehen, zumal bautechnische Erfordernisse (§ 18 TBO 2018) massiv betroffen sind. Zu denken ist dabei etwa an den Brandschutz oder die Nutzungssicherheit. Diese sind bei einer gewerbemäßigen touristischen Nutzung naturgemäß anders zu beurteilen als bei einer reinen Nutzung durch den Landwirt als Alpbgebäude. Zu beachten wären etwa brandschutztechnische Vorkehrungen wie Rauchmelder, Löschgeräte und v.a. auch die Fluchtwege.

Zusammenfassend liegt gegenständlich eine konsenslose bewilligungspflichtige Änderung des bewilligten Verwendungszweckes vor. Damit steht auch diese zur Last gelegte Übertretung in objektiver Hinsicht fest.

In Bezug auf die subjektive Tatseite und die Strafbemessung kann vollinhaltlich auf die obigen Ausführungen verwiesen werden. Auch beim gegenständlichen Delikt ist der Unrechtsgehalt als sehr hoch einzustufen, besteht doch ein großes öffentliches Interesse daran, dass Gebäude nicht illegal zu anderen als den baubewilligten Zwecken verwendet werden.

Die belangte Behörde hat über den Beschwerdeführer lediglich eine Geldstrafe in der Höhe von nicht einmal 2 % des vorgesehenen Strafrahmens verhängt. Dem Landesverwaltungsgericht Tirol ist es aufgrund des Grundsatzes der „reformatio in peius“ – was gegenständlich aufgrund der obigen Ausführungen naheliegend gewesen wäre – untersagt, eine höhere Strafe auszusprechen. Die verhängte Strafe im untersten Bereich des maßgeblichen Strafrahmens (bis zu Euro 36.300,00) ist jedenfalls tat- und schuldangemessen.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden. Dabei war eine geringfügige Änderung des Spruches des angefochtenen Straferkenntnisses vorzunehmen. Es handelt sich dabei aber um bloße Präzisierungen. Hinsichtlich des relevanten Tatvorwurfes hat sich dadurch keine Änderung ergeben. Das Landesverwaltungsgericht Tirol war daher zu diesen Modifikationen gemäß § 50 VwGVG berechtigt.

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, 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. Triendl

(Richter)