

Geschäftszeichen:

LVwG-2020/40/2640-1

LVwG-2020/40/2641-1

Ort, Datum:

Innsbruck, 28.04.2021

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Tirol erkennt durch seinen Richter Mag. Piccolroaz über die Beschwerde des Herrn AA, geb. **.**.****, Adresse 1, **** Z, v.d. Rechtsanwälte BB CC, Adresse 2, **** Y, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Y vom 15.10.2020, ***, betreffend Verwaltungsübertretungen nach der GewO 1994 und der TBO 2018,

zu Recht:

1. a) Der Beschwerde gegen **Spruchpunkt 1.** des angefochtenen Straferkenntnisses wird mit der Maßgabe **insofern Folge gegeben**, als die verhängte Geldstrafe in der Höhe von Euro 500,00 auf Euro 300, 00 (Ersatzfreiheitsstrafe 24 Stunden) **herabgesetzt** wird und es im Spruch bei der als erwiesen angenommenen Tat (§ 44a Z 1 VStG) zu lauten hat wie folgt:

*„Sie haben ca. vom 03.07.2020 bis zumindest 09.08.2020 im Standort **** Z, Adresse 3 Z, Gp **1 KG Z, durch die entgeltliche, selbständige und regelmäßige, sohin die gewerbsmäßige Beherbergung von Gästen im Wohnbereich des 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. Es liegen weder eine Privatzimmervermietung noch eine reine Raumvermietung vor.“*

- b) Der Beschwerde gegen **Spruchpunkt 2.** des angefochtenen Straferkenntnisses wird mit der Maßgabe **insofern Folge gegeben**, als die verhängte Geldstrafe in der Höhe von Euro 600,00 auf Euro 350, 00 (Ersatzfreiheitsstrafe 3 Stunden) **herabgesetzt** wird und es im Spruch bei der als erwiesen angenommenen Tat (§ 44a Z 1 VStG) zu lauten hat wie folgt:

*„Sie haben ca. vom 03.07.2020 bis zumindest 09.08.2020 das „DD“ im Standort **** Z, Adresse 3, Gp **1 KG Z, baubewilligt mit Bescheid des Bürgermeisters der Gemeinde Z vom 12.03.1998, Zl. ***, zu einem anderen als dem bewilligten Verwendungszweck verwendet, indem Sie jedenfalls in diesem Zeitraum ohne die erforderliche Baubewilligung das DD zur gewerbsmäßigen touristischen Beherbergung von Gästen verwendet haben und so den bewilligten Verwendungszweck „Wohngebäude“ konsenslos abgeändert haben.“*

2. Dementsprechend wird der Beitrag zu den behördlichen Verfahrenskosten mit Euro 30,00 (Spruchpunkt 1 des angefochtenen Straferkenntnisses) und Euro 35,00 (Spruchpunkt 2 des angefochtenen Straferkenntnisses), in Summe **Euro 65,00** neu festgesetzt.
3. Im Übrigen wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen
4. 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. vom 02.07.2020 (Erlassung Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Y vom 30.06.2020, ***) bis dato in **** Z, Adresse 3,*

1. *im Ferienhaus „DD“ ohne Gewerbeberechtigung durch die entgeltliche, selbständige und regelmäßige touristische Vermietung von 4 Doppelzimmern, SAT-TV, Bettwäsche und Handtücher, W-Lan 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. *das mit Baubescheid der Gemeinde Z vom 12.03.1998, Zahl ***, im Freiland liegende und als „Wohnhaus“ bewilligte Gebäude zur touristischen Vermietung als Ferienhaus benützt bzw. anderen zur Benützung überlassen und sohin das Gebäude zu einem anderen als dem bewilligten bzw. aus der baulichen Zweckbestimmung hervorgehenden Verwendungszweck bemützt bzw. anderen zur Benützung überlassen Eine Verwaltungsübertretung begeht, wer unbeschadet des § 13a Abs. 1 des Tiroler Raumordnungsgesetzes 2016 eine bauliche Anlage oder einen Teil davon zu einem anderen als dem bewilligten bzw. als dem aus der baulichen Zweckbestimmung hervorgehenden Verwendungszweck benützt oder anderen zur Benützung überlässt oder wer entgegen dem § 44 Abs. 8 erster Satz oder Abs. 9 des Tiroler Raumordnungsgesetzes 2016 auf einer Hofstelle eine gewerbliche Tätigkeit ausübt oder eine Hofstelle anderen zur Ausübung einer solchen Tätigkeit überlässt.*

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

1. *§ 366 Abs. 1 Ziffer 1 i.V.m. § 111 Abs 2 Z 4 Gewerbeordnung 1994, BGBl. Nr. 194/1994 idF BGBl. Nr. 65/2020*
2. *§ 67 Abs 1 lit I Tiroler Bauordnung 2018, LGBl. Nr. 28/2018 idF LGBL. Nr. 65/2020*

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 I Tiroler Bauordnung 2018	<i>Ersatzfreiheitsstrafe:</i> 46 Stunden 6 Stunden
--	--	--

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 keine Vermietung „bis dato“ erfolge. Der Beschuldigte habe mitgeteilt, dass er die Vermietung ab 31.08.2020 einstelle. Warum nun eine Bestrafung für den Zeitraum bis 15.10.2020 erfolge, begründe die belangte Behörde nicht. Es liege in Verbindung mit dem Straferkenntnis der BH Y vom 30.06.2020, *** ein Dauerdelikt vor und dürfe eine Doppelbestrafung nicht erfolgen.

Beweis wurde durch Einsichtnahme in den behördlichen Akt aufgenommen.

Auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung wurde seitens des rechtsfreundlich vertretenen Beschwerdeführers ausdrücklich verzichtet. Der entscheidungswesentliche Sachverhalt steht aufgrund der Aktenlage als erwiesen fest. Von der Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung konnte gemäß § 44 Abs 5 VwGVG Abstand genommen werden.

II. Sachverhalt:

Der Beschwerdeführer ist Landwirt und Alleineigentümer des geschlossenen Hofes in EZ **2 KG Z sowie auch von dem sog. „DD“ auf Gp **3 KG Z liegendem Wohngebäude. Das DD wurde mit Bescheid des Bürgermeisters der Gemeinde Z vom 12.03.1998, Zl. ***, baubewilligt. Das DD liegt im Freiland. Aus dem Baubescheid, ist dabei zu entnehmen, dass es sich bei dem DD um ein Wohngebäude handelt. Aus dem Baubescheid ist des Weiteren ersichtlich, dass dieses Wohngebäude früher auch als Wirtschaftsgebäude genutzt worden ist und seit ca. 1970 als reines Wohngebäude genutzt wird. Laut Baubeschreibung ist das Wohngebäude 3-geschoßig. Das Erdgeschoß besteht dabei aus einem Heiz- und Tankraum, einem Eingangsbereich, einem Sanitärbereich sowie einer Küche und Stube. Das Obergeschoß besteht aus einem Stadel im Nordteil und einem im Südteil befindlichen Flur und Schlafzimmer. Das Dachgeschoß hat keinen Verwendungszweck.

Der Beschwerdeführer hat seinen Hauptwohnsitz an der Adresse 1, **** Z. dort befindet sich auch der landwirtschaftliche Hauptbetrieb.

Das DD wird auf der Homepage www.DD-EE.at jedenfalls bis zum heutigen Tag zur touristischen Vermietung mit folgendem Werbetext (Auszug) angeboten.

„Ferienhaus DD

Unser Haus liegt ca. 2 km hinterm Dorf auf der Schattseite in sehr ruhiger Lage und herrlicher Aussicht über das ganze Tal. Die Loipe führt direkt am Haus vorbei. Ein Kinderlift ist in unmittelbarer Nähe. Das Schigebiet X können Sie mit dem Schibus in der Nähe erreichen. Vom Balkon aus können Sie die herrliche Aussicht über das ganze Tal genießen.

Das Haus wird ganzjährig vermietet und ist folgendermaßen ausgestattet:

*4 Doppelzimmer
Wohnküche (voll ausgestattet)
Zirbenwohnstube mit SAT-TV
Dusche, WC
Zentralheizung
Waschmaschine
Bettwäsche und Handtücher inkl.
W-Lan*

*Sommer 4 Personen € 75 pro Tag, jede weitere Person € 15 pro Tag, inkl. Ortstaxe
+ Endreinigung € 50
Winter 4 Personen € 85 pro Tag, jede weitere Person € 18 pro Tag, inkl. Ortstaxe
+ Endreinigung € 50"*

Das DD wurde auch über den Tourismusverband beworben. Die Vermietung der Wohnräume des DD erfolgt durchschnittlich für eine bis zwei Wochen. Der Beschwerdeführer stellt Bettwäsche und Handtücher zur Verfügung. Die Endreinigung erfolgt durch die Mutter des Beschwerdeführers.

Beim Tourismusverband W waren für das DD im Zeitraum 01.07.2020 bis 31.07.2020 insgesamt 10 Gäste mit 184 Nächtingungen gemeldet. Eine Überprüfung durch die Polizeiinspektion V am 29.07.2020 hat ergeben, dass das Haus in der Zeit von 26.07.2020 bis 09.08.2020 an 2 Personen vermietet war. Nicht festgestellt werden konnte eine über dieses Datum hinausgehende Vermietung des gegenständlichen Gebäudes.

III. Beweiswürdigung:

Die maßgeblichen Feststellungen ergeben sich aus dem Akt der belangten Behörde und werden auch vom Beschwerdeführer mit Ausnahme des Tatzeitraumes nicht bestritten.

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 Gesetzes 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), LGBl 28 (WV) idF LGBl 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(...)

l)

unbeschadet des § 13a Abs. 1 des Tiroler Raumordnungsgesetzes 2016 eine bauliche Anlage oder einen Teil davon zu einem anderen als dem bewilligten bzw. als dem aus der baulichen Zweckbestimmung hervorgehenden Verwendungszweck benützt oder anderen zur Benützung überlässt oder wer entgegen dem § 44 Abs. 8 erster Satz oder Abs. 9 des Tiroler Raumordnungsgesetzes 2016 auf einer Hofstelle eine gewerbliche Tätigkeit ausübt oder eine Hofstelle anderen zur Ausübung einer solchen Tätigkeit überlässt,

(...)

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

(...)." "

V. Rechtliche Erwägungen:

A) Zu Spruchpunkt 1.:

Vorab ist auf das rechtskräftige Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Tirol vom 14.10.2020, Zl. *** und *** zu einem gleich gelagerten Sachverhalt den Beschwerdeführer betreffend zu verweisen.

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. 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. Das DD wird zumeist im ein- bis zweiwöchigen Abstand, sohin ständig wechselnd an Feriengäste vermietet. Der Beschwerdeführer als Vermieter kümmert sich um die Endreinigung und stellt Handtücher und Bettwäsche zur Verfügung. In der vorliegenden Nutzung ist das 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 an der Adresse Adresse 1, **** Z hat und das Wohngebäude von ihm nur teilweise genutzt wird. Er hat als

Landwirt nachvollziehbar den Mittelpunkt seines Lebens bei seinem Hauptbetrieb. Melderechtlich ist der Beschwerdeführer an der Adresse 3, **** Z nicht erfasst.

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, zu entsprechen.

Nach der ständigen VfGH-Jud (vgl. VfGH 25.5.1973, VfSlg 7074/1973) ist die Privatzimmervermietung die Vermietung von möblierten Wohnräumen an eine geringe Anzahl von Personen, die nicht zum Haushalt des Vermieters gehören und in der Wohnung des Vermieters gegen Entgelt vorübergehend Aufenthalt nehmen.

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 (Privatzimmervermietungs-gesetz) 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 Privatzimmervermietungs-gesetz, 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. Die Wohnbereiche des DD werden zur Gänze an die Feriengäste vermietet und hat der Beschwerdeführer seinen Hauptwohnsitz nicht am vorliegenden Standort. 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 Baubeschreibung sowie dem Baubescheid vom 12.03.1998, Zl. ***, ist völlig unzweifelhaft zu entnehmen, dass hier ein Wohnhaus für die private Wohnnutzung einer Baubewilligung zugeführt wurde. Tatsächlich genutzt wird das Gebäude jedoch entsprechend den getroffenen Feststellungen zur gewerbsmäßigen touristischen Beherbergung von Gästen.

Wenn der Beschwerdeführer eine unzulässige Doppelbestrafung vorbringt, so ist festzuhalten, dass die hier in Rede stehende Verwaltungsübertretung nach der Gewerbeordnung 1994 als fortgesetztes Delikt zu betrachten ist (vgl VwGH 15.09.2006, 2004/04/0185 ua). Ein fortgesetztes Delikt liegt vor, wenn eine Reihe von rechtswidrigen Einzelhandlungen aufgrund der Gleichartigkeit der Begehungsform und der Ähnlichkeit der äußeren Begleitumstände im Rahmen eines noch erkennbaren zeitlichen Zusammenhangs sowie eines diesbezüglichen Gesamtkonzepts des Täters zu einer Einheit zusammentreten (vgl VwGH 19.09.2020, Ra 2020/02/0103 uva), wobei dies auch bei fahrlässiger Tatbegehung infrage kommt (vgl VwGH 03.05.2017, Ra /2016/03/0108). Nachdem im Rahmen des fortgesetzten Deliktes Einzeltathandlungen bis zur Erlassung des Straferkenntnisses erfasst sind, wurde der Beginn der Tatzeit mit einem Tag nach der Zustellung des Straferkenntnisses vom 30.06.2020, somit dem 03.07.2020 verwaltungsgerichtlich klargestellt. Eine Doppelbestrafung liegt daher nicht vor.

Der Beschwerdeführer hat daher durch die entgeltliche, selbstständige und regelmäßige, sohin die gewerbsmäßige Beherbergung von Gästen im Wohnbereich des sog. „DD“, das Gastgewerbe im Berichtungsumfang 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 25.06.2020) 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 (noch) 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.

In der Zusammenschau all dieser Strafzumessungsgründe in der Höhe der nunmehr verhängten Geldstrafe (Ersatzfreiheitsstrafe) von ca 8 % des vorgesehenen Strafrahmens jedenfalls tat- und schuldangemessen, wobei der im verwaltungsgerichtlichen Verfahren eingeschränkten Tatzeit Rechnung getragen wurde. Eine Bestrafung in dieser Höhe wäre auch bei unterdurchschnittlichen wirtschaftlichen Verhältnissen 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 eine Verkürzung der Tatzeit ergeben, der Rechnung getragen wurde. Das Landesverwaltungsgericht Tirol war 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 Z vom 12.03.1998, Zl. ***, was die Festlegung eines Verwendungszwecks betrifft, zu entnehmen, dass mit diesem Bescheid ein „Wohngebäude“ mit demselben Verwendungszweck wie das abzubrechende Gebäude, baubewilligt wurde.

Zum Zeitpunkt der Erlassung dieses Baubescheides war die Tiroler Bauordnung 1989 (TBO), LGBl 1989/33 (WV), idF LGBl 1997/31 maßgeblich. § 25 lit d TBO sah bereits eine Bewilligungspflicht für die Änderung des Verwendungszweckes vor. Die Festlegung im Baubescheid vom 12.03.1998 mit „Wohngebäude“ 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, allein als Wohngebäude für eine private Wohnnutzung dient. Der Wohnbereich soll dem Landwirt (und allenfalls auch anderen Familienmitgliedern) erkennbar die Möglichkeit einräumen, das Wohngebäude für private Zwecke zu nutzen. Keinesfalls ist damit aber die gewerbsmäßige Vermietung zu touristischen Zwecken verbunden.

Das DD liegt im „Freiland“ gem § 41 TROG 2016. 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 „Wohngebäude“ 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 privaten Wohnnutzung. Zu beachten wären etwa brandschutztechnische Vorkehrungen wie Rauchmelder, Löscheräte 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.

Das Landesverwaltungsgericht Tirol trägt wiederum dem Umstand Rechnung, dass eine Verkürzung der Tatzeit vorgenommen wurde, weshalb eine Reduzierung der verhängten Geldstrafe (Ersatzfreiheitsstrafe) erfolgte. In Ansehung des Strafrahmens von bis zu Euro 36.300,00 kann die nunmehr verhängte Geldstrafe (Ersatzfreiheitsstrafe) keinesfalls unangemessen sein, wird doch der gesetzliche Strafrahmen lediglich zu knapp 1% ausgeschöpft.

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 eine Verkürzung der Tatzeit ergeben, der Rechnung getragen wurde. Das Landesverwaltungsgericht Tirol war zu diesen Modifikationen gemäß § 50 VwGGV 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
Mag. Piccolroaz
(Richter)