

Geschäftszeichen:

LVwG-2023/39/1296-12

Ort, Datum:

Innsbruck, 31.05.2024

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Tirol erkennt durch seine Richterin Dr.ⁱⁿ Mair über die Beschwerde der AA, Adresse 1, BG-**** Z, vertreten durch Rechtsanwaltskanzlei BB, Adresse 2, **** Y, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft X vom 28.03.2023, ***, betreffend Übertretung nach dem Tiroler Raumordnungsgesetz 2022 nach öffentlicher mündlicher Verhandlung

zu Recht:

1. Die Beschwerde wird **insofern Folge gegeben**, als die verhängte Geldstrafe in der Höhe von Euro 8.000,00 (Ersatzfreiheitsstrafe 4 Tag) auf Euro 4.000,00 (Ersatzfreiheitsstrafe 2 Tage) herabgesetzt wird, dies mit der **Maßgabe**, dass es im Spruchtext richtig mit „... im Sinne des § 13 Abs 3 lit a TROG 2022 ... im Sinne des § 13 Abs 8 TROG 2022 ...“ sowie im Spruch bei der verletzten Verwaltungsvorschrift (§ 44a Z 2 VStG) und bei der Strafsanktionsnorm (§ 44a Z 3 VStG) jeweils mit „§ 13a Abs 1 lit a zweiter Fall Tiroler Raumordnungsgesetz 2022, LGBl Nr 43/2022“ zu lauten hat.

Im Übrigen wird die Beschwerde als **unbegründet abgewiesen**.

2. Die Kosten des Strafverfahrens vor der belangten Behörde werden mit Euro 400,00 neu festgesetzt.
3. Die **ordentliche Revision** ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG **nicht zulässig**.

Entscheidungsgründe

I. Verfahrensgang:

Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft X vom 28.03.2023, ***, wurde der Beschwerdeführerin zur Last gelegt:

„1. Datum/Zeit: 22.12.2018-30.06.2022
Ort: 6352 Ellmau, Auwinkl 16

*Sie haben als unbeschränkt haftender Gesellschafter der der CC zu verantworten, dass diese am angeführten Zeitpunkt bzw. im angeführten Zeitraum einen Wohnsitz, nämlich das Gebäude bzw. die Wohnung unter der Adresse **** W, Adresse 3, als Freizeitwohnsitz anderen zur Verwendung als Freizeitwohnsitz überlassen hat, ohne dass eine Feststellung über die Zulässigkeit der Verwendung des betreffenden Wohnsitzes als Freizeitwohnsitz im Sinne des § 13 Abs. 3 lit. a TROG 2018 2022 idgF oder eine Ausnahmegewilligung im Sinne des § 13 Abs. 7 TROG 2018 2022 idgF vorliegt, indem der genannte Wohnsitz zur gewerblichen Beherbergung verwendet wurde.“*

Der Beschwerdeführerin wurde eine Verletzung der Rechtsvorschrift des § 13a Abs 1 zweiter Fall TROG vorgeworfen und über sie eine Gelstrafe in der Höhe von Euro 8.000,00, im Uneinbringlichkeitsfalle eine Ersatzfreiheitsstrafe in der Dauer von 4 Tagen, verhängt. Kosten zum Strafverfahren in der Höhe von Euro 8.00,00 wurden vorgeschrieben.

In gegen das Straferkenntnis erhobener Beschwerde wird vorgehalten, dass eine Herabsetzung der Strafhöhe auf Euro 4.000,00, gleich wie dies mit Entscheidung des Landesverwaltungsgerichts Tirol im gegen ihren Ehemann geführten Strafverfahren erfolgt sei, zu berücksichtigen wäre. Die von der belangten Behörde errechnete Strafhöhe lasse diese Entscheidung vollkommen außer Acht, ebenso wie den Umstand, dass von den erzielten Einnahmen Gebühren, Steuern und sonstige Abgaben bzw. Reparaturkosten am Haus, etc. bezahlt hätten werden müssen und schlussendlich weniger als die Hälfte der Einnahmen verblieben sei.

Die Beschwerdeführerin sei aufgrund der gesetzlichen Bestimmungen zwar als unbeschränkt haftende Gesellschafterin der CC zugleich auch gemeinsam mit ihrem Mann Geschäftsführerin, die Geschäfte bzw. gegenständliche Vermietung seien aber maßgeblich vom Ehemann durchgeführt worden, weshalb ihr - wenn überhaupt - nur ein wesentlich geringeres Verschulden anzulasten wäre bzw ein allfälliger Gesetzesverstoß durch die Beschwerdeführerin weniger schwer zu wiegen habe als ein solcher durch den Ehemann.

Auch die Beschwerdeführerin habe das Haus weder als Freizeitwohnsitz nutzen lassen noch selbst als solches genutzt, die Vermietungen seien stets gemeldet bzw. entsprechende Taxen abgeführt worden. Ein eigenes zeitweiliges Wohnen im Haus durch die Beschwerdeführerin und ihren Ehemann sei als rechtstreue Bürger nicht erfolgt, im Schiurlaub 2018/2019, 2021/2022 habe die Beschwerdeführerin kostenpflichtig in einem Appartementhaus übernachtet. Auf das Verfahren zu LVwG-2022/38/352-13 wurde verwiesen. Die Beschwerdeführerin habe das Haus mit Kaufvertrag vom 22.05.2018 erworben.

Der Ausnahmetatbestand des § 13 Abs 1 lit a TROG liege vor, es handle sich um einen Gastgewerbebetrieb zur Beherbergung von Gästen. Das Objekt verfüge jedenfalls über ausreichende Gemeinschaftsräume, dies ergebe sich aus dem zugehörigen Bauakt, dazu würde insbesondere die Einholung der Baupläne beantragt.

Das Vorliegen einer gastgewerblichen Beherbergung dürfte der Anzeigerin bekannt und auch bewusst gewesen sein, da sie parallel eine Verwaltungsstrafanzeige wegen eines Verstoßes gegen die GewO eingebracht habe. Konkret werde der Beschwerdeführerin zeitgleich die touristische Beherbergung ohne Anmeldung des entsprechenden Gewerbes bzw. das entsprechende Angebot vorgeworfen.

Entlastende bzw. tatbestandausschließende Umstände blieben unerwähnt, konkret gehe es um die Gewährleistung der ständigen Erreichbarkeit einer Ansprechperson seitens des Betriebes.

Die Anzeigerin lege der Anzeige einen Screenshot eines Teils einer Onlineseite vom Booking.com-Angebot bei, den restlichen bzw. vollständigen Onlineauftritt auch auf anderen Plattformen oder der eigenen Homepage der CC, auf welcher neben der E-Mail-Adresse insbesondere auch die Handynummer einer namentlich genannten ständig erreichbaren Ansprechperson in W angeführt sei, hingegen nicht.

In der Anzeige bzw. im Verwaltungsstrafakt wegen der (noch) nicht erfolgten Gewerbeanmeldung finde sich sehr wohl ein mehrseitiger Screenshot bzw. Internetausdruck, in dem die vor Ort ständig erreichbare Ansprechperson namentlich genannt sei. Es handle sich um Frau DD, deren Handynummer (auch auf der eigenen Homepage des Appartementhauses) angeführt sei und welche ihren Wohnsitz in W habe.

Im Objekt hätten sich damals fünf (nunmehr vier) Doppelbetten befunden, an Gemeinschaftsräumlichkeiten gebe es neben einer teilweise überdachten Grillterrasse von 50 m² einen vollkommen umfriedeten Garten von ca. 550 m². Der Garten, die überdachte Grillterrasse und die eigens im Garten vorhandene Grillhütte (vollkommen um- und geschlossene Räumlichkeit) könnten von sämtlichen Gästen als Gemeinschaftsräumlichkeiten genutzt werden, jede der beiden vorhandenen Wohnungen (Top 1 und Top 2) verfüge über einen eigenen Gartenzugang. Das Objekt verfüge über einen Wohnküchen-Aufenthaltsraum von mehr als 30 m², einen gemeinsam nutzbaren TV- und Sportraum im UG mit einer Fläche von mehr als 20 m² sowie eine auf Wunsch nutzbare Waschküche von ca. 20 m². Ein Lokalaugenschein durch das erkennende Gericht sei unerlässlich. Sämtliche Gemeinschaftsräume befänden sich naturgemäß außerhalb der vorhandenen Wohnungen.

Es würden gewerbetypische Dienstleistungen erbracht, insbesondere die Bettwäsche regelmäßig (mindestens einmal wöchentlich, nach Vereinbarung auch öfter) gewechselt, eine Reinigung der Allgemeinräume erfolge regelmäßig (mindestens einmal wöchentlich, nach Vereinbarung auch öfter). Bettwäsche, Tischwäsche, Handtücher, Koch- und Essgeschirr sowie Koch- und Essbesteck stünden zur Verfügung. Die CC besorge für Gäste das Ausfüllen und die Einmeldung der Gästemeldezettel, die Einhebung und Abfuhr der Ortstaxe, die vollständige Ausstattung der Küche, die Wartung und Reinigung des Gasgrills sowie den Wechsel der Gasflasche, die Wartung und den Service aller Haushalts- und Gartengeräte, das Rasenmähen, das Schneiden der Hecken und Bäume, die Schneeräumung und das Streuen, den Wechsel von defekten Leuchtmitteln, usw.

Richtig sei, dass die für die gastgewerbliche Vermietung erforderliche Gewerbebeanmeldung bzw. Bestellung eines gewerberechtl. Geschäftsführers vor Ort irrtümlich unterlassen worden sei. Der Beschwerdeführerin sei nicht bekannt gewesen, dass noch weitere behördliche Bewilligungen bzw. Anmeldungen erforderlich seien. Die Gewerbebeanmeldung werde seitens der Beschwerdeführerin umgehend nachgeholt. Das Fehlen der formalen Gewerbebeanmeldung ändere aber rechtlich nichts an dem Umstand, dass tatsächlich eine gewerbliche Tätigkeit im Sinne des TROG 2022 vorliege. Die CC sei naturgemäß im Firmenbuch eingetragen, der Geschäftszweig laute mit „Erwerb, Verwaltung und Nutzung von Immobilien sowie alle Geschäfte, die der Gesellschaft erlaubt sind.“ Die Gästeanmeldungen seien ordnungsgemäß gegenüber der Meldebehörde durchgeführt worden, Ortstaxen ordnungsgemäß und vollständig an den Tourismusverband abgeführt, die Einnahmen ordnungsgemäß dem Finanzamt gemeldet und versteuert worden.

Im Verfahren ihren Ehemann betreffend seien die Behörde und das Landesverwaltungsgericht Tirol fälschlich vom Vorliegen nur einer einzigen Wohneinheit und damit vom Nichtbestehen von Gemeinschaftsräumen, welche nach dem Gesetz außerhalb einer Wohnung liegen müssten, ausgegangen. Dies hätte zur Folge, dass eine Ferienwohnungsvermietung erst bei Vorliegen von mindestens zwei Objekten zulässig wäre.

In natura würden - dies schon seit dem Ankauf durch die CC - 2 Wohnungen im Haus bestehen, welche separat über den gemeinsamen Eingangsbereich durch absperrbare Eingangstüren begeh- und benützbar seien. Schon auf den im erstinstanzlichen Akt befindlichen Fotos zum Kontrollbericht vom 09.09.2022 der EE seien unter anderem der Hauseingang und die Türklingeln „FF Top 1“ und „FF Top 2“ zu sehen. Anlässlich einer am 10.08.2022 stattgefundenen Kontrolle hätten zwei angetroffene Gäste die Buchung dieses Objektes bestehend aus zwei Ferienwohnungen (Top 1 und Top 2) mitgeteilt.

Allfällige baurechtliche (Bewilligungs-)Mängel seien hier nicht weiter relevant und würden den Vorwurf einer unzulässigen Freizeitwohnsitznutzung nicht stützen. Raumordnungsrechtlich lägen die Erfordernisse, insbesondere eine Flächenwidmung als Allgemeines Mischgebiet (§ 40 Abs. 2 TROG 2022), vor.

Sollte das erkennende Gericht ungeachtet der tatsächlichen Gegebenheiten dennoch der Ansicht sein, dass lediglich eine einzige Wohneinheit/Ferienwohnung vorhanden sei bzw. vermietet werde, so sei auszuführen, dass - wie sich aus den Bauunterlagen und aus einem vorzunehmenden Lokalaugenschein ergebe - jedenfalls gesondert verschließbare, getrennt voneinander nutzbare Schlafzimmer vorhanden seien. Das erfolgte Anbieten des Objektes gesamt zur Vermietung vermöge daran nichts zu ändern, dürfte ansonsten ein Hotel seine Zimmer auch nicht für Veranstaltungen ausschließlich an einen Kunden (Fußballvereine, etc) vergeben.

Die Rechtsansicht, für eine Ferienwohnungsvermietung müsse man zumindest über 2 vermietbare Wohnungen verfügen, hätte einen massiven und unerlaubten Eingriff in die Grundrechte zur Folge, wäre damit - ohne sachliche Rechtfertigung - einem Eigentümer eines Hauses bei Einhaltung sämtlicher übriger Voraussetzungen die Vermietung als einheitliches

Objekt als Ferienwohnung verboten, könne dem auch – aus näher angeführten Gründen - das Bestreben, illegale Freizeitwohnsitznutzung hintanzuhalten nicht entgegenstehen.

Die Beschwerdeführerin regte die Einleitung eines Normprüfungsverfahrens gegen § 13 Abs 1 lit a Z 1 TROG 2022 durch das Landesverwaltungsgericht beim Verfassungsgerichtshof an.

In der mündlichen Verhandlung vor dem Landesverwaltungsgericht Tirol gab der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin zu Protokoll, dass im verfahrensgegenständlichen Zeitraum zwei eigenständige Ferienappartements mit ausreichenden Gemeinschaftsräumen bestanden hätten, konkret ein Fitness- und TV-Raum im Ausmaß von 20 m² im Untergeschoß sowie die gesondert von beiden Ferienwohnungen erreichbare Grillterrasse samt Grillhäuschen zusammen im Ausmaß von weit über 40 m².

II. Feststellungen/Sachverhalt:

Auf dem Gst**1 ist ein Wohnhaus errichtet.

Mit Bescheid vom 10.05.2005, ZI ***, wurde auf Gst**1 und dem benachbarten Gst**2 der Neubau eines Doppelwohnhauses mit je einer Garage nach Maßgabe der Pläne der GG, baurechtlich bewilligt, je Bauplatz ein Einfamilienhaus mit Garage. Genehmigter Verwendungszweck der Gebäude ist „je ein Wohnhaus 1 Wohneinheit zur ständigen Deckung eines ganzjährigen, mit dem Mittelpunkt der Lebensbeziehungen verbundener Wohnbedarf (Hauptwohnsitze)“. Unter Punkt „D) Hinweise 2.“ wurde ausdrücklich darauf aufmerksam gemacht, dass auf Grund der Bestimmungen des § 12 Abs 3 Tiroler Raumordnungsgesetz 2001 keinesfalls ein Freizeitwohnsitz neu geschaffen werden darf.

Eigentümerin der Liegenschaft Gst**1 ist die CC, der Erwerb erfolgte mit Kaufvertrag vom 22.05.2018. Die Beschwerdeführerin ist – neben ihrem Ehemann – unbeschränkt haftende Gesellschafterin der CC. Die CC hat ihren Sitz in der Gemeinde W mit der Geschäftsadresse Adresse 3, **** W.

Die Liegenschaft Gst**2 steht in anderem Eigentum.

Mit Bescheid vom 20.10.2017, ZI ***, wurde der Umbau des bestehenden Wohnhauses auf Gst**1 nach Maßgabe des (Tektur)Plans des JJ, Baumeister-Zimmermeister, baurechtlich bewilligt, bestehender Verwendungszweck des Gebäudes ist „Wohnhaus mit 1 Wohneinheit zur ständigen Deckung eines ganzjährigen, mit dem Mittelpunkt der Lebensbeziehungen verbundenen Wohnbedarfs (Hauptwohnsitz)“. Unter Punkt „B) Hinweise 2.“ wurde ausdrücklich darauf aufmerksam gemacht, dass aufgrund der Bestimmung des § 13 Abs 1 Tiroler Raumordnungsgesetz 2016 keinesfalls ein Freizeitwohnsitz neu geschaffen werden darf. *Die widerrechtliche Verwendung einer Wohnung als Freizeitwohnsitz ist gemäß § 13a Abs 3 TROG 2016 mit einer Geldstrafe bis zu € 40.000,00 zu bestrafen* (Anm: kursive Hervorhebung im Original)

Mit Bescheid vom 13.01.2023, ZI ***, wurde der Umbau und die Nutzungsänderung der bestehenden Garage auf Gst**1 nach Maßgabe der genehmigten Pläne des Baumeister LL, Planung Statik Bauleitung, vom 26.09.2022 baurechtlich bewilligt. Unter „Hinweise 4.“ wurde die Bauwerberin ebenfalls ausdrücklich auf das Verbot der Freizeitwohnsitzschaffung und auf die Strafsanktion bei Zuwiderhandeln aufmerksam gemacht.

Mit Bescheid vom 24.05.2023, ZI ***, wurde die Nutzungsänderung des bestehenden Gebäudes von Wohnhaus zum Verwendungszweck „Gewerbe-Ferienhaus“ auf Gst**1 nach Maßgabe der Pläne des Bmstr. MM baurechtlich bewilligt. Unter „Hinweise 4.“ wurde die Bauwerberin ebenfalls ausdrücklich auf das Verbot der Freizeitwohnsitzschaffung und auf die Strafsanktion im Falle des Zuwiderhandelns aufmerksam gemacht. In diesen Plänen ist erstmals eine Tür am Fuße des Stiegenhauses in das Obergeschoß eingetragen und ist erstmals die Bezeichnungen Top 1 und Top 2 im Gebäudeinneren festgehalten.

Im Kaufvertrag vom 22.05.2018 bestätigten die Vertragsparteien unter Punkt X 3), dass ihnen die Bestimmung des § 13 a Tiroler Raumordnungsgesetz 2016 sowie das mit Strafe bis zu Euro 40.000,00 bedrohte Begehen einer Verwaltungsübertretung im Falle der Verwendung des Wohnsitzes als Freizeitwohnsitz oder der Überlassung des Wohnsitzes an andere zur Verwendung als Freizeitwohnsitz bekannt ist.

Für den Tatzeitraum steht mit den zitierten Bescheiden aus den Jahren 2005 und 2017 fest, dass das Gebäude als ein Wohnhaus für die private Nutzung im Rahmen eines Hauptwohnsitzes bewilligt ist.

Im vorgeworfenen Tatzeitraum wurde das Wohnhaus im Rahmen einer kurzfristigen touristischen Vermietung an wechselnde Urlaubsgäste vermietet, angeboten unter anderem auf der Buchungsplattform booking.com. Danach verfügt das Ferienhaus über 5 Schlafzimmer, 3 Badezimmer, einen Essbereich, eine voll ausgestattete Küche und eine Terrasse mit Gartenblick, das Ferienhaus bietet einen Grill, Entspannung bietet eine Gemeinschaftslounge. Das Gebäude wird als ganzes (Ferien-)Haus angeboten.

Die Versorgung und Betreuung vor Ort erfolgt durch die Ansprechperson DD, diese übernimmt Buchungstätigkeiten, das Ein- und Auschecken der Gäste, informiert über Freizeitangebote, organisiert die Reinigung beim Gästewechsel, das Zurverfügungstellen von Bettwäsche und Handtüchern, die Durchführung notwendiger Reparaturen und versorgt den Garten.

Eine Feststellung über die Zulässigkeit der Verwendung des Wohnsitzes als Freizeitwohnsitz im Sinne des § 13 Abs 3 lit a TROG 2022 liegt ebensowenig vor wie eine Baubewilligung im Sinne des Gesetzes über die ausnahmsweise Zulässigkeit von Gebäuden im Freiland nach lit b oder eine Ausnahmbewilligung des Bürgermeisters gemäß § 13 Abs 8 TROG 2022.

Für den Tatzeitraum sind im Gebäude keine Gemeinschaftsräume im Sinne des § 13 Abs 1 lit a Z 1 TROG 2022 vorhanden.

III. Beweiswürdigung:

Beweis aufgenommen wurde durch Einschau in den behördlichen Strafakt.

Einschau gehalten wurde in die Baubescheide vom 10.05.2005 und vom 20.10.2017 sowie darüber hinaus auch in die Bescheide vom 13.01.2023 und vom 24.05.2023 samt jeweils genehmigten Planunterlagen. Einschau gehalten wurde in den Kaufvertrag vom 22.05.2018.

Am 17.05.2024 wurde vor dem Landesverwaltungsgericht Tirol eine öffentliche mündliche Verhandlung abgeführt. An dieser nahm der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin teil, die angebotene Zeugin DD wurde einvernommen. Vom Fragerecht an die Zeugin machte der Rechtsvertreter Gebrauch.

Die kurzfristige wechselweise Vermietung des Gebäudes im vorgeworfenen Tatzeitraum zu touristischen Zwecken an Urlaubsgäste ist von der Beschwerdeführerin der Sache nach nicht bestritten. Die Vermietungen seit Dezember 2018 bis Juni 2022 sind in der Nächtigungsstatistik des Tourismusverbandes Wilder Kaiser aufgeführt.

Die Funktion und Tätigkeit der Zeugin DD als Ansprechperson und Betreuerin vor Ort ergibt sich aus deren glaubhaften Schilderungen in der mündlichen Verhandlung, deren Kontaktdaten finden sich auf der Webseite des Hauses.

Dass das Gebäude als gesamtes als Ferienhaus im Tatzeitraum zur Vermietung angeboten wurde, wird in der Beschwerde (S 7) nicht in Abrede gestellt.

Nach Angabe der Zeugin besteht das Haus aus zwei Stockwerken, auf jedem Stock wäre praktisch eine Wohnung, auf jedem Stock gebe es eine Küche, Toilette, Badezimmer, WC, Schlafzimmer und Wohnzimmer. Die Zeugin teilte mit, dass eine Vermietung stockwerksweise theoretisch möglich wäre, dies ihr erinnerlich im vorgeworfenen Tatzeitraum praktisch jedoch nie der Fall war. Jedes Zimmer habe einen eigenen Schlüssel, es könnten die anderen Zimmer von ihr zugesperrt werden, damit nur eine Etage als Wohnung genutzt werde. Es reiche aus, nur eine Tür vor dem Stiegenhaus, welche schon im Tatzeitraum bestanden habe, zuzusperren.

Die Aussagen der Beschwerdeführerin zum Bestehen von Gemeinschaftsräumen, mit deren Vorhandensein im Tatzeitraum die fehlende Freizeitwohnsitzqualität im Sinne des § 13 Abs 1 lit a Z 1 TROG 2022 argumentiert wird, sind in sich widersprüchlich. In der Beschwerde wird dazu begründend auf den Bauakt zum gegenständlichen Gebäude rückgegriffen, dabei insbesondere auf die diesem zugrundeliegenden Baupläne, aus welchen sich die maßgeblichen Gemeinschaftsräume ergeben würden. Dabei wird insbesondere als solcher maßgeblicher Gemeinschaftsraum des Objektes auch ein Wohnküchen-Aufenthaltsraum von mehr als 30 m² ins Treffen geführt. Ein solcherart beschriebener Gemeinschaftsraum findet sich in den für den Tatzeitraum maßgeblichen Bauplänen 2005 und 2007 schon aber nicht. In den Bauplänen 2005 ist vielmehr lediglich im Obergeschoß ein Wohnraum mit 30,38 m² sowie eine Küche mit 10,36 m², in den Umbautekturplänen 2017 ein Wohnzimmer mit 37,52 m², eine Küche mit 10,20 m² und ein Esszimmer mit 10,20 m² im Erdgeschoß sowie ein Wohnraum mit 38,69 m² im Obergeschoß ausgewiesen. War ein solcherart angegebener (Wohnküchen-Aufenthalts)Raum

aber nach den Angaben der Beschwerdeführerin der Gemeinschaftsraum für – wie vorgehalten – das Objekt im Tatzeitraum, konterkariert dies aber im Gegenschluss die Behauptung des Bestehens zweier selbständiger Wohneinheiten im Gebäude im Tatzeitraum unter der Betrachtung, als nach Angaben der Beschwerdeführerin das gesamte Erdgeschoß für sich die (zum Wohnen eigenständige) Top 1, das gesamte Obergeschoß für sich die (zum Wohnen eigenständige) Top 2 bildete, ein gemeinsamer außerhalb dieser eigenständigen Wohneinheiten bestehender Raum (im Untergeschoß wird lediglich das Vorhandensein eines Fitness- und TV- Raumes als Gemeinschaftsraum vorgehalten) nicht sein konnte. Das Fehlen eines eigenen, außerhalb der beiden eigenständigen Wohneinheiten vorhandenen Wohnküchen-Aufenthaltsraums erschließt sich – damit übereinstimmend – auch aus dem Vorbringen des Rechtsvertreters in der mündlichen Verhandlung, als als Gemeinschaftsräume für beide Wohneinheiten ausdrücklich lediglich ein Fitness- und TV-Raum im Untergeschoß sowie eine Grillterrasse und ein Grillhäuschen, nicht aber auch ein eigener gemeinsamer Wohnküchen-Aufenthaltsraum für das Top 1 und das Top 2 genannt bzw behauptet sind.

Die Existenz eines Grillhäuschens (bereits) im Tatzeitraum, welches (erstmal) in der Beschwerde als Gemeinschaftsraum vorgetragen wird, erweist sich aus folgenden Umständen als in Frage zu stellen: Das Angebot auf booking.com Plattform erwähnt ein solches nicht, es wird lediglich eine Terrasse mit Gartenblick und ein Grill beworben. Auch die, durch dieselbe Rechtsvertretung wie gegenständlich erhobene Beschwerde des Ehemannes der Beschwerdeführerin gegen das zu identem Tatvorwurf und Tatzeitraum ergangene Straferkenntnis vom 11.11.2022 (die Beschwerdeführerin nimmt auf diesen Aktenvorgang in ihrer Beschwerde selbst Bezug) hält zur dort tragenden Frage des Bestehens von Gemeinschaftsräumen das Bestehen eines Grillhäuschens gänzlich nicht vor, sondern argumentiert einschlägig lediglich mit vorhandener Grillterrasse, Garten, Wohnküchen-Aufenthaltsraum, TV- und Sportraum und Waschküche. Gleichwenig wird in der gegen das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichts Tirol vom 09.03.2023 erhobenen außerordentlichen Revision vom 21.04.2023 ein Grillhäuschen als Gemeinschaftsraum vorgehalten. Erstmals in der vorliegenden Beschwerde vom 26.04.2023 wird ein solches nun vorgetragen.

Auch von der Zeugin wurde der Errichtungszeitpunkt des Grillhäuschens nicht definert.

Die Frage des zeitlichen Bestandes eines Grillhäuschens auf dem Grundstück kann im Ergebnis dahingestellt bleiben (dazu unter Punkt V).

Dem in der mündlichen Verhandlung gestellten Antrag auf Durchführung eines Ortsaugenscheins zur Eruierung des im Tatzeitraum vorhandenen Baubestandes sowohl im Hinblick auf das Vorhandensein zweier eigenständiger Ferienappartements als auch ausreichender Gemeinschaftsräume war nicht zu entsprechen. Dies im Hinblick darauf, dass selbst bei Bestehen zweier selbständiger Wohneinheiten geeignete und ausreichende Gemeinschaftsräume für diese nicht vorhanden waren. Weder hat – wie vor aufgezeigt – für diese beiden Wohneinheiten ein eigener (zusätzlicher) gemeinsamer Wohnküchen-Aufenthaltsraum bestanden, noch waren sowohl TV- und Sportraum, auf Wunsch nutzbare Waschküche, Garten, Grillterrasse und (so bereits vorhanden) Grillhäuschen als Gemeinschaftsräume zu werten.

IV. Rechtslage:

Die relevanten Bestimmungen des Tiroler Raumordnungsgesetzes 2022, LGBl Nr. 43/2022, lauten:

*„3. Abschnitt
Freizeitwohnsitze
§ 13*

Beschränkungen für Freizeitwohnsitze

(1) Freizeitwohnsitze sind Gebäude, Wohnungen oder sonstige Teile von Gebäuden, die nicht der Befriedigung eines ganzjährigen, mit dem Mittelpunkt der Lebensbeziehungen verbundenen Wohnbedürfnisses dienen, sondern zum Aufenthalt während des Urlaubs, der Ferien, des Wochenendes oder sonst nur zeitweilig zu Erholungszwecken verwendet werden. Als Freizeitwohnsitze gelten nicht:

- a) Gastgewerbebetriebe zur Beherbergung von Gästen; dies jedoch nur dann, wenn*
- 1. Gemeinschaftsräume mit einer Gesamtfläche, bei der auf jedes der Beherbergung von Gästen dienende Bett zumindest eine Fläche von 0,5 m² entfällt, vorhanden sind,*
 - 2. gewerbetypische Dienstleistungen, zu denen insbesondere die Raumreinigung in regelmäßig wiederkehrenden Zeitabständen und das regelmäßige Wechseln der Wäsche zählen, erbracht werden und weiters*
 - 3. die ständige Erreichbarkeit einer Ansprechperson seitens des Betriebes gewährleistet ist; nicht als Gemeinschaftsräume im Sinn der Z 1 gelten Wellness-Bereiche, Schiräume und sonstige Abstellräume, Sanitärräume und dergleichen,*

...

[...]

§ 13a

Strafbestimmungen bezüglich Freizeitwohnsitze

(1) Eine Verwaltungsübertretung begeht, wer

- a) einen Wohnsitz als Freizeitwohnsitz verwendet oder anderen zur Verwendung als Freizeitwohnsitz überlässt, ohne dass eine Feststellung über die Zulässigkeit der Verwendung des betreffenden Wohnsitzes als Freizeitwohnsitz im Sinn des § 13 Abs. 3 lit. a, eine Baubewilligung im Sinn des § 13 Abs. 6 erster Satz oder eine Ausnahmbewilligung im Sinn des § 13 Abs. 8 erster Satz vorliegt; dies gilt nicht, wenn der betreffende Wohnsitz am 31. Dezember 1993 nach den raumordnungsrechtlichen Vorschriften rechtmäßig als Freizeitwohnsitz verwendet worden ist oder wenn sich der Verwendungszweck des betreffenden Wohnsitzes als Freizeitwohnsitz aufgrund der Baubewilligung ergibt, sofern dieser entsprechend dem § 13 Abs. 3 lit. a als Freizeitwohnsitz angemeldet worden ist und das Verfahren darüber noch nicht abgeschlossen ist;*

...

[...]

(3) Verwaltungsübertretungen nach Abs. 1 sind von der Bezirksverwaltungsbehörde mit einer Geldstrafe bis zu 40.000,- Euro, Verwaltungsübertretungen nach Abs. 2 mit einer Geldstrafe bis zu 3.000,- Euro zu bestrafen.

(4) Im Fall der unzulässigen Überlassung von Wohnsitzen als Freizeitwohnsitze gilt die Verwaltungsübertretung nach Abs. 1 als an jenem Ort begangen, an dem sich der betreffende Freizeitwohnsitz befindet.

(5) In Verfahren wegen Verwaltungsübertretungen nach Abs. 1 hat der Eigentümer des Wohnsitzes oder der sonst hierüber Verfügungsberechtigte auf schriftliches Verlangen der Behörde binnen einer angemessenen festzusetzenden Frist den Nachweis über die Nutzung des betreffenden Wohnsitzes zu erbringen. § 13 Abs. 11 ist sinngemäß auf Organe der Bezirksverwaltungsbehörde anzuwenden.

(6) In Verfahren wegen Verwaltungsübertretungen nach Abs. 1 ist die Gemeinde, die Anzeige wegen einer solchen Übertretung erstattet hat, Partei und berechtigt, Beschwerde an das Landesverwaltungsgericht zu erheben. Sie ist Partei des Verfahrens vor dem Landesverwaltungsgericht und weiters berechtigt, Revision an den Verwaltungsgerichtshof zu erheben. Die Parteistellung der Gemeinde erstreckt sich nicht auf die Strafbemessung."

V. Erwägungen:

Objektive Tatseite:

Nach den Feststellungen ist ein Baukonsens für die Benützung des gegenständlichen Gebäudes zur Nutzung als Freizeitwohnsitz nicht gegeben, es besteht dahingehend auch keine Ausnahmegewilligung. Genehmigter Verwendungszweck ist eine Hauptwohnsitznutzung. Eine Nutzung des Gebäudes als Freizeitwohnsitz ist weder bewilligt noch zulässig.

Die kurzfristige Vermietung des Gebäudes an ständig wechselnde Urlaubsgäste zu touristischen Zwecken ist von der Beschwerdeführerin der Sache nach nicht bestritten. Die Beschwerdeführerin geht allerdings davon aus, dass die Ausnahmebestimmung des § 13 Abs 1 lit a TROG 2022 zur Anwendung gelangte.

Nach § 13 Abs 1 lit a TROG 2022 sind unter anderem „Gastgewerbebetriebe zur Beherbergung von Gästen“ keine Freizeitwohnsitze im Sinne des § 13 Abs 1 erster Satz TROG 2022, wenn zudem die dort näher angeführten Voraussetzungen vorliegen. Diesem im TROG 2022 verwendeten Begriff ist kein anderer Inhalt beizumessen, wie er in der Rechtsprechung zum Begriff der „Beherbergung von Gästen“ bzw der „Beherbergung von Fremden“ im Zusammenhang mit der Beurteilung eines Gastgewerbes nach der Gewerbeordnung 1973 (nunmehr Gewerbeordnung 1994) entwickelt wurde. Der Kompetenztatbestand „Gewerbe“ in Artikel 10 Abs 1 Z 8 B-VG ist unter Anwendung der Versteinerungstheorie, die darauf abstellt, was im Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Kompetenzverteilung des B-VG am 1. Oktober 1925 von den damals geltenden gewerberechtlichen Bestimmungen erfasst war, dahin auszulegen, dass die bloße Überlassung von Wohnräumen zum Gebrauch nicht unter diesen Kompetenztatbestand fällt. Im Unterschied dazu unterlag eine über die bloße Überlassung von Wohnräumen zum Gebrauch hinausgehende Tätigkeit am 1. Oktober 1925 der Gewerbeordnung 1859 und wurde nach Lehre und Rechtsprechung stets als eine einen Zweig des Gast- und Schankgewerbes darstellende konzessionspflichtige Fremdenbeherbergung (§ 16 Abs 1 lit a GewO 1859) angesehen, sofern es sich nicht um eine gemäß Artikel V lit b des Kundmachungspatents zur Gewerbeordnung 1859 als Nebenbeschäftigung

(Privatzimmervermietung) vom Anwendungsbereich der Gewerbeordnung ausgenommene Tätigkeit handelte.

Der Verwaltungsgerichtshof führt in seinem Erkenntnis vom 03.03.2020, ZI Ro 2019/04/0019, aus, dass die Frage, ob eine gewerbsmäßige Beherbergung von Gästen im Rahmen eines Gastgewerbes im Sinn des § 111 Abs 1 Z 1 Gewerbeordnung 1994 oder eine bloß zur Verfügungsstellung von Wohnraum anzunehmen ist, immer nur unter Bedachtnahme auf alle Umstände des konkreten Einzelfalls zu beantworten ist. Demnach ist neben den Kriterien, wie etwa der 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 und der Bettwäsche, auch darauf Bedacht zu nehmen, auf welche Art und Weise der Betrieb sich nach außen darstellt. Nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofes liegt eine dem Begriff der Fremdenbeherbergung zuzuordnende Tätigkeit dann vor, wenn gleichzeitig mit der Zurverfügungstellung von Wohnraum damit üblicherweise im Zusammenhang stehende Dienstleistungen erbracht werden. Es ist erforderlich, dass 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 auch VwGH Ra 2018/04/0144). Für die Abgrenzung der Beherbergung von Gästen zur bloßen Wohnraumvermietung ist somit neben anderen Aspekten maßgeblich, ob gleichzeitig mit der Zurverfügungstellung von Wohnraum etwa üblicher Weise im Zusammenhang stehende Dienstleistungen erbracht werden.

Die Ausnahmebestimmung des § 13 Abs 1 lit a TROG 2022 für Gastgewerbebetriebe zur Beherbergung von Gästen ist vorliegend nicht gegeben. Diese kommt nur dann zur Anwendung, wenn Gemeinschaftsräume (mit der gesetzlich bestimmten Mindestgesamtfläche) vorhanden sind und gastgewerbetypische Dienstleistungen, zu denen insbesondere die regelmäßige Raumreinigung und das regelmäßige Wechseln der Wäsche gehören, erbracht werden und überdies seitens des Betriebes die ständige Erreichbarkeit einer Ansprechperson gewährleistet ist.

Es ist zwar eine Ansprechperson vor Ort, diese übernimmt organisatorische Tätigkeiten wie unter Punkt II näher festgestellt, Bettwäsche, Handtücher werden zur Verfügung gestellt, Endreinigung angeboten. Es lagen im verfahrensgegenständlichen Tatzeitraum jedoch jedenfalls gemeinsame gastgewerbetypischen Gemeinschaftsräume nicht vor. Das Vorliegen eines Gemeinschaftsraumes (Z 1) ist eine Mindestanforderung für Gastgewerbebetriebe nach § 13 Abs 1 lit a TROG 2022.

Der Begriff eines „Gemeinschaftsraumes“ im Sinne des § 13 Abs 1 lit a Z1 TROG 2022 ist im Gesetz nicht näher definiert. Es erfolgt lediglich in negativer Feststellung eine demonstrative Aufzählung jener Räume, welchen nicht der Charakter eines Gemeinschaftsraumes zukommt.

Duden definiert den Begriff „Gemeinschaftsraum“ als einen „Aufenthaltsraum und einen für Veranstaltungen genutzte Raum in Heimen, Betrieben, Wohnblocks udgl (abgerufen unter www.duden.de/rechtschreibung/gemeinschaftsraum).

Schon aus der wörtlichen Definition des Begriffes „Gemeinschaftsräume“ geht hervor, dass es sich um Räume handeln muss, die von mehreren Personen außerhalb ihrer Wohneinheit, die ihnen zur Benutzung überlassen wurde, genützt werden können.

Nach der Wortinterpretation fallen unter den Begriff des „Gemeinschaftsraumes“ im Sinne des § 13 Abs 1 lit a Z 1 TROG 2022 Aufenthaltsräume innerhalb und außerhalb einer Wohnung, sofern es sich dabei nicht um einen Wellness-Bereich, Schiraum und sonstige Abstellräume, Sanitärräume und dergleichen handelt.

Bei der historischen Auslegung ist auf den historischen Willen des Gesetzgebers abzustellen. Es geht also um die Frage, welche Absichten der Gesetzgeber mit der Rechtsvorschrift im Zeitpunkt ihrer Erlassung verfolgt hat. Ziel der Auslegung ist der gesetzgeberische „Wille“.

In den Erläuternden Bemerkungen zu § 13 Abs 1 TROG 2016 (Vorgängerbestimmung) ist wörtlich von „für einen solchen Betrieb typischen Gemeinschaftsräumen“ die Rede. Derartige Gemeinschaftsräume, wie zum Beispiel „Hotellobbys“, Frühstücksräume ua zeichnen sich dadurch aus, dass sie außerhalb des einem Gast ausschließlich zugewiesenen Bereiches liegen und zur Zusammenkunft der innerhalb eines Gastgewerbebetriebes aufhältigen Personen dienen. Ein Aufenthaltsraum innerhalb einer Wohneinheit wird diesem Charakter bzw dieser Funktion schon nicht gerecht.

Auch eine systematische Auslegung der Gesetzesstelle bringt dieses Ergebnis, würde doch ein extensives Verständnis des Begriffes des „Gemeinschaftsraumes“ im Sinne des § 13 Abs 1 lit a Z 1 TROG 2022 dazu führen, dass für die Einschränkung nach § 13 Abs 1 lit a Z 1 TROG 2022 faktisch kein Anwendungsbereich mehr verbliebe.

Der Begriff des „Gemeinschaftsraumes“ im Sinne des § 13 Abs 1 lit a Z 1 TROG 2022 ist daher restriktiv auszulegen und auf solche Gemeinschaftsräume einzuschränken, die für Gastgewerbebetriebe geradezu typisch sind. Um nicht als ein restriktiv auszulegender Gemeinschaftsraum zu gelten, dürfen damit im Gegenzug aber auch die unter den letzten Teilsatz des § 13 Abs 1 lit a TROG 2022 zu reihenden Bauteile, welche keine Gemeinschaftsräume darstellen, ihrerseits nicht restriktiv ausgelegt werden bzw dürfen diesen keine engen Grenzen gesetzt werden. Die restriktive Auslegung des Gemeinschaftsraumbegriffes wird auch den mit der Freizeitwohnsitzregelung raumordnungsrechtlich verfolgten strengen Zielsetzungen gerecht.

Vorliegend war im Tatzeitraum jedenfalls kein Gemeinschaftsraum im Sinne des Gesetzes gegeben.

Bei Vorliegen eines lediglich aus einer Wohneinheit bestehenden Wohnhauses im Tatzeitraum, welches als Gesamtes für kurze Zeiten entgeltlich wechselweise vermietet wurde, stellen sämtliche Bereiche des Gebäudes Teile dieses Wohnhauses dar und können auch nur von den Mietern des gesamten Gebäudes exklusiv genutzt werden. Dies widerspricht zweifellos der Definition von Gemeinschaftsräumen im Begriffsverständnis des § 13 Abs 1 lit a Z 1 TROG 2022 (wie vor). Exklusive Nutzung durch die Mieter des gesamten Gebäudes bestand diesfalls auch – ohne Notwendigkeit, an dieser Stelle weitere vertiefende Ausführungen (siehe

nachfolgend) anzustellen - im Hinblick auf die als Gemeinschaftsräume vorgetragene Grillterrasse, Grillhäuschen und Garten. Der Umstand, dass etwa auch eine „Gemeinschaftslounge“ angeboten wurde, ändert ebenfalls nicht an der Folgerung, dass auch ein solcher Raum nur exklusiv von den Mietern des gesamten Gebäudes genutzt wurden.

Für tatsächlich zwei im Wohngebäude bestandene eigenständig nutzbare Wohneinheiten – vorgebracht bildet das Erdgeschoß für sich die Top 1 und das Obergeschoß für sich die Top 2 - lagen aber ebenfalls keine Gemeinschaftsräume im gesetzlichen Sinn vor. Weder bestand für diese Wohneinheiten ein separater außerhalb dieser Einheiten liegender Wohnküchen-Aufenthaltsraum, noch stellten der TV- und Sportraum und die Waschküche einen Gemeinschaftsraum dar. Ein TV- und Sportraum fällt als artverwandt zum Begriff eines Wellness-Bereiches, eine Waschküche zum Begriff sonstiger Abstellräume unter die demonstrative Aufzählung des § 13 Abs 1 lit a letzter Teilsatz TROG 2022.

Eine Grillterrasse stellt keinen Gemeinschaftsraum dar. Schon der Begriff eines Gemeinschaftsraumes fordert dessen bautechnische Qualität einer raumbildenden Ausführung. Bei der Qualifizierung einer baulichen Anlage als raumbildend ist auf den (sachverwandten) Gebäudebegriff des § 2 Abs 2 TBO 2022 zurückzugreifen. Raumbildung liegt dann vor, wenn eine bauliche Anlage überdeckt und allseits oder überwiegend umschlossen ist. Diese Voraussetzungen sind kumulativ zu erfüllen. Die Grillterrasse wird in der Beschwerde (nicht mehr in der Verhandlung) zwar als – wenn auch nur teilweise - überdacht beschrieben, ihre Umschließung (weder allseits noch überwiegend) wird hingegen gänzlich nicht behauptet. Eine Raumbildung ist somit schon nicht gegeben.

Einem Garten fehlt schon begriffslogisch jede Raumqualität.

Auch im Falle seines Bestehens bereits schon im Tatzeitraum fällt ein Grillhäuschen bei aufgezeigter gebotener restriktiver Auslegung eines Gemeinschaftsraumes eines Gastgewerbebetriebes als für einen solchen geradezu typisch sowie auch im Hinblick auf die mit der Freizeitwohnsitzregelung verfolgten strengen raumordnerischen Zielsetzungen nicht unter eine solche Qualifikation. Unter dem Gebot einer nicht restriktiven Auslegung der nicht als Gemeinschaftsräume zu wertenden Baulichkeiten rechtfertigt sich die Einreihung eines Grillhäuschens unter die im letzten Teilsatz des § 13 Abs 1 lit a TROG 2022 genannten „udgl“-Vorhaben. Als seinem Nutzungswert nach schon von lediglich – auch in seiner Rechtsnatur als einer Nebenanlage - untergeordneter bzw nachrangiger Bedeutung für einen Gastgewerbebetrieb und für einen solchen Betrieb auch nicht geradezu gewerbetypisch, wäre bei Qualifikation eines Grillhäuschens als ein Gemeinschaftsraum durch seine quasi „alibimäßige bzw pro forma“ Errichtung Umgehungen bzw Missbräuchen der Freizeitwohnsitzregelung Tür und Tor geöffnet. Dass damit mit der Freizeitwohnsitzregelung verfolgten Raumordnungsinteressen zuwidergehandelt wäre, erschließt sich offenkundig von selbst. Auch schon die Definition als Grillhäuschen durch den Rechtsvertreter und die Zeugin in der mündlichen Verhandlung zeigt dessen untergeordnete Bedeutung, ebenso wie dies auch die in der mündlichen Verhandlung getroffene Angabe des Rechtsvertreters zum Ausmaß von Grillterrasse und Grillhäuschen von gesamt weit mehr als 40 m², wobei nach dem Beschwerdevorbringen aber schon allein die Grillterrasse für sich ein Ausmaß von 50 m² aufweist, zum Ausdruck bringt.

Rechtfertigt sich die Beschwerdeführerin damit, lediglich die Anmeldung eines Gewerbes übersehen zu haben, ändert dies nichts am Umstand dennoch fehlender, für die Anwendung der Ausnahmebestimmung des § 13 Abs 1 lit a TROG 2022 jedoch notwendiger Gemeinschaftsräume.

Der Wohnsitz wurde im Ergebnis somit jedenfalls unzulässiger Weise anderen zur Verwendung als Freizeitwohnsitz überlassen.

Die Beschwerdeführer hat damit die vorgeworfene Verwaltungsübertretung in objektiver Hinsicht zu verantworten.

Subjektive Tatseite:

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 Beschuldigte hat initiativ alles darzulegen, was für seine Entlastung spricht.

Eine Glaubhaftmachung in diesem Sinne ist der Beschwerdeführerin nicht gelungen. Sie konnte gegenständlich keine (überzeugenden) Umstände vorbringen, die ein fehlendes Verschulden aufzeigen könnten. Hinsichtlich des Verschuldensgrades ist jedenfalls von Fahrlässigkeit auszugehen.

Es liegt auch entschuldbarer Rechtsirrtum im Sinne des § 5 Abs 2 VStG nicht vor. Sache der Beschwerdeführerin wäre es gewesen, sich als unbeschränkt haftende Gesellschafterin mit den einschlägigen Vorschriften in Tirol vertraut zu machen und sich nötigenfalls an zuständiger Stelle entsprechend zu erkundigen.

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 (§§ 40 bis 46) 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

Verwaltungsstrafrechts 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.

Hinsichtlich des Verschuldens ist von zumindest Fahrlässigkeit auszugehen.

Der Unrechtsgehalt der angelasteten Verwaltungsübertretung ist durchaus erheblich. Das Hintanhalten der unzulässigen Verwendung von Objekten als Freizeitwohnsitze ist zur Sicherstellung der Einhaltung der raumplanerischen Vorgaben, insbesondere für das Ziel des sparsamen Umganges mit Grund und Boden, von besonderer Bedeutung. Diesen Schutzinteressen hat die Beschwerdeführerin in nicht unerheblichem Ausmaß zuwidergehandelt.

Die Beschwerdeführerin hat durch das unrechtmäßige Anbieten über einen Zeitraum von ca 3,5 Jahren ein nicht unwesentliches Einkommen erwirtschaftet.

Erschwerend war der lange Deliktszeitraum zu werten.

Der Milderungsgrund der absoluten Unbescholtenheit liegt vor. Sowohl für die belangte Behörde als auch für das Landesverwaltungsgericht Tirol bestand hingegen keine Verpflichtung, Ermittlungen über das Vorliegen jedes nur denkmöglichen Milderungsgrundes anzustellen.

Erschwerend zu werten war der lange Tatzeitraum von ca 3, 5 Jahren.

Zum Vorhalt, aufgrund der Verwendung der erzielten Einnahmen für Gebühren, Steuern und sonstigen Aufwendungen für das Haus wäre schlussendlich weniger als die Hälfte der Einnahmen verblieben, ist festzuhalten, dass zwar gegenteilig ein aus der Vermietung lukrierter beträchtlicher wirtschaftlicher Erfolg einen Erschwerungsgrund darstellen könnte, die Nichterzielung eines wirtschaftlichen Erfolges hingegen andererseits keinen Milderungsgrund darzustellen vermag.

Mangels Mitteilung ihrer Einkommens- und Vermögensverhältnisse ist nach ständiger höchstgerichtlicher Judikatur eine Einschätzung vorzunehmen. Dabei ist mangels gegenteiliger Anhaltspunkte von durchschnittlichen wirtschaftlichen Verhältnissen auszugehen. Die Beschwerdeführerin ist für ein Kind sorgepflichtig.

Die hier in Rede stehende Tat ist anhand der Rechtslage zum Tatzeitende zu bemessen. Bei der Strafbemessung ist jedoch zu berücksichtigen, unter welchem Regime der überwiegende Teil der Tat verwirklicht wurde (vgl. VwGH 28.09.2006, 2005/07/0096; 24.04.2014, 2014/02/0014). Der Strafraum beträgt nach den Bestimmungen des TROG 2016 und auch der geltenden Rechtslage einheitlich bis zu Euro 40.000,00. Die Verwaltungsübertretung nach § 13a Abs 1 TROG ist daher von der Bezirksverwaltungsbehörde mit einer Geldstrafe bis zu Euro 40.000,00 zu bestrafen.

Unter Berücksichtigung sämtlicher Strafbemessungsgründe, insbesondere des nicht unerheblichen Unrechtsgehalts und der langen Dauer des rechtswidrigen Verhaltens, aber andererseits auch dem gegenüberstehend unter Berücksichtigung der absoluten Unbescholtenheit der Beschwerdeführerin, erscheint auch noch eine reduzierte Strafe in verhängter Höhe von 4.000,00, somit 10% des zulässigen Strafrahmens von bis zu Euro 40.000,00, als ausreichend und schuld- und tatangemessen.

Die verhängte Strafe in dieser Höhe war aus spezialpräventiven Gründen und generalpräventiven Gründen jedenfalls geboten, um einerseits die Beschwerdeführerin von weiterem strafbarem Verhalten abzuhalten, aber andererseits auch, um für die Allgemeinheit das Unrecht derartigen Verhaltens, die restriktive Handhabung der Freizeitwohnsitzregelung zur Wahrung einschlägiger raumordnungsrechtlicher Schutzinteressen und die effiziente Verfolgung einschlägiger Verwaltungsübertretungen nachdrücklich aufzuzeigen.

Die Fundstellen der Rechtsvorschriften waren zu benennen.

Aufgrund der Herabsetzung der Strafhöhe waren keine Kosten für das Beschwerdeverfahren vorzuschreiben (§ 52 VwGVG). Die Kosten des Strafverfahrens vor der belangten Behörde waren neu festzusetzen.

Das Landesverwaltungsgericht Tirol sah sich zum angeregten Herantreten an den Verfassungsgerichtshof nicht veranlasst.

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. Auf die unter V zitierte höchstgerichtliche Judikatur wird verwiesen.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Soweit die ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof für zulässig erklärt worden ist, kann innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung dieser Entscheidung eine ordentliche Revision erhoben werden. Im Fall der Nichtzulassung der ordentlichen Revision kann innerhalb dieser Frist nur die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof erhoben werden.

Wenn allerdings in einer Verwaltungsstrafsache oder in einer Finanzstrafsache eine Geldstrafe von bis zu Euro 750,00 und keine Freiheitsstrafe verhängt werden durfte und im Erkenntnis eine Geldstrafe von bis zu Euro 400,00 verhängt wurde, ist eine (ordentliche oder

außerordentliche) Revision an den Verwaltungsgerichtshof wegen Verletzung in Rechten nicht zulässig.

Jedenfalls kann gegen diese Entscheidung binnen sechs Wochen ab der Zustellung Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof erhoben werden.

Die genannten Rechtsmittel sind von einem bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw einer bevollmächtigten Rechtsanwältin abzufassen und einzubringen. Soweit gesetzlich nicht anderes bestimmt ist, ist eine Eingabegebühr von Euro 240,00 zu entrichten. Die Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist direkt bei diesem, die (ordentliche oder außerordentliche) Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist beim Verwaltungsgericht einzubringen.

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.

Für das Beschwerdeverfahren vor dem Verfassungsgerichtshof ist der Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der oben angeführten Frist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen. Für das Revisionsverfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof ist der Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der oben angeführten Frist im Fall der Zulassung der ordentlichen Revision beim Verwaltungsgericht einzubringen. Im Fall der Nichtzulassung der ordentlichen Revision ist der Antrag auf Verfahrenshilfe beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen; dabei ist im Antrag an den Verwaltungsgerichtshof, soweit dies dem Antragsteller zumutbar ist, kurz zu begründen, warum entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes die Revision für zulässig erachtet wird.

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

Hinweis:

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

Landesverwaltungsgericht Tirol

Dr.ⁱⁿ Mair
(Richterin)