

Geschäftszeichen:

LVwG-2024/22/2017-5

Ort, Datum:

Innsbruck, 19.09.2024

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Tirol erkennt durch seinen Richter Dr. Triendl über die Beschwerde der Frau AA, geb. XX.XX.XXXX, Adresse 1, **** Z, vertreten durch RA BB, **** Z, gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Z vom 27.6.2024, AZ *** betreffend eine Verwaltungsübertretung nach der GewO 1994, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung,

zu Recht:

1. Die Beschwerde wird als **unbegründet abgewiesen**.
2. Die Beschwerdeführerin hat einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von € 50,00 (das sind 20% der verhängten Geldstrafe) zu **bezahlen**.
3. Eine **ordentliche Revision** an den Verwaltungsgerichtshof ist nach Art 133 Abs 4 B-VG **nicht zulässig**.

Entscheidungsgründe

I. Verfahrensgang:

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

- „1. Datum/Zeit: 21.04.2023 – 11.05.2023
Ort: **** Y, Adresse 2

*Sie haben auf dem Standort in **** Z, Adresse 2 zumindest von 21.04.2023 bis 11.05.2023, durch die entgeltliche, selbstständige und regelmäßige Beherbergung von Gästen in dieser Wohnung das „Gastgewerbe in der Betriebsform Beherbergung“ ausgeübt, obwohl Sie dafür keine Gewerbeberechtigung besitzen.*

Es konnte am 09.05.2023 im Zuge eines Lokalausweises in der Wohneinheit Adresse 2 Folgendes festgestellt werden:

Bei Ankunft an der besagten Liegenschaft öffnete eine unbekannte Frau die Eingangstür. Nach kurzem Informationsaustausch über den Sachverhalt, begann ein Gespräch bezüglich der Wohneinheit. Die Frau wurde gefragt, ob sie die Wohnung über Airbnb gebucht hatte und ob sie eine Buchungsbestätigung vorlegen könne. Sie gab an, die Wohnung von 21.04.2023 bis 11.05.2023 für Erholungszwecke mit ihrer Familie (4 Personen) über Airbnb.com um EUR 1.480,57 gebucht zu haben. Sie legte ohne zu zögern eine Buchungsbestätigung vor (Lichtbilder liegen der Behörde auf). Die Schlüsselübergabe erfolgte persönlich über die Gastgeberin CC, die Rückgabe des Schlüssels erfolgt kontaktlos, dieser wird in der Wohnung am Abreisetag dort hinterlassen.

Die Unterkunftnehmerin wurde nach den erhaltenen Dienstleistungen befragt und gab an, dass sie Alles wie angeboten erhalten hat. Die gesamte Wohnung stand zum Gebrauch zur Verfügung. Ein Parkplatz wurde der Familie vor dem Haus zur Verfügung gestellt.

Inkludiert waren:

- *Reinigung*
- *Bettwäsche*
- *Handtücher*
- *WLAN*
- *Fernseher*
- *Vollwertig ausgestattete Küche*
- *Autoabstellplatz*

Eine Abfrage im GISA Gewerbeinformationssystem Austria ergab, dass Sie zum Tatzeitraum über keine entsprechende aufrechte Gewerbeberechtigung „Gastgewerbe in der Betriebsform Beherbergung von Gästen“ verfügt haben.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:

1. *§ 366 Abs. 1 Zif. 1 Gewerbeordnung 1994 - Gew01994, BGBl. Nr. 194/1994 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 42/2018*

Wegen dieser Verwaltungsübertretungen wird über Sie folgende Strafe verhängt:

<i>Geldstrafe von</i>	<i>falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von</i>	<i>Freiheitsstrafe von</i>	<i>Gemäß</i>
1. € 250,00	0 Tage(n) 23 Stunde(n) 0 Minute(n)		§ 366 Abs. 1 Einleitungssatz Gewerbeordnung 1994 – GewO 1994, BGBl Nr. 194/1994 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 42/2018"

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

Dagegen richtet sich das fristgerecht erhobene Rechtsmittel, in welchem die rechtsfreundlich vertretene Beschwerdeführerin im Wesentlichen ausführte, dass keine gewerbliche Beherbergung von Gästen stattgefunden habe. Es fehle sowohl an der in § 1 Abs 2 GewO 1994 vorausgesetzten Selbständigkeit als auch an der ebenfalls notwendigen Regelmäßigkeit. Die Tätigkeit sei dahingehend nicht selbständig ausgeübt, als das kaufmännische Risiko nie auf der Beschwerdeführerin lastete. Die Beschwerdeführerin habe lediglich die Vermittlung der Vermietung übernommen. Bezüglich der Regelmäßigkeit der Tätigkeit gehe die Behörde selbst nur von einer erfolgten Übertretung aus. Folglich könne gar keine Regelmäßigkeit vorliegen.

Am 10.9.2024 wurde im gegenständlichen Verfahren eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt, in der die Beschuldigte einvernommen wurde. Die belangte Behörde hat an der Verhandlung nicht teilgenommen.

II. Sachverhalt:

Das Objekt mit der Adresse Adresse 2, **** Z wurde mit Bescheid des Stadtmagistrats Z vom 02.12.2010 ZI. **, als Wohnhaus mit fünf Wohneinheiten bewilligt. Das Grundstück Gp. **1 KG ***** ist als „gemischtes Wohngebiet“ gewidmet.

Die gegenständliche Wohneinheit Top ** in Adresse 2, **** Z, im *. Obergeschoss, steht im grundbücherlichen gemeinsamen Wohnungseigentum von Herrn DD und Frau EE (Kaufvertrag vom 25.02.2021, Grundbuchsauszug zu EZ ***1, KG *****).

Die Eigentümer der Wohnung haben die Beschwerdeführerin bevollmächtigt und beauftragt, über die verfahrensgegenständliche Wohnung Mietverträge im Sinne des § 1 Abs 2 Z 3 MRG abzuschließen, welche nicht dem Geltungsbereich des MRG unterliegen.

Die Beschwerdeführerin hat die gegenständliche Wohnung als „****“ auf der Online Plattform „Airbnb.com“, unter dem Hinweis der Vermietung zu einem Preis von EUR 54,- pro Tag samt kostenlosem Parkplatz angeboten und vermietet. Die Wohnung besteht aus einem Schlafzimmer, Badezimmer, Wohnzimmer mit ausziehbarer Couch, komplett ausgestattete

Küche, Eingangsbereich mit Garderobenschrank, Balkon mit Tisch und 2 Stühlen und wurde für die Nutzung für maximal 4 Personen inseriert.

Sie hat die Wohnung mit vollständiger Ausstattung zur Verfügung gestellt, insbesondere W-Lan, kompletter Bettwäsche, Geschirr für maximal 6 Personen, Grundausstattung zum Kochen, Toaster, Wasserkocher, Kaffeemaschine, Mikrowelle, Waschmaschine und Trockner (im Keller), Stereo-CD-Anlage, Satellitenfernsehen, Staubsauger, Internet, Haarshampoo, Handtücher, Kleiderbügel, Haarföhn, Bügeleisen, Fernseher und Reinigung der Wohnung, etc. All diese Leistungen müssen nicht separat bezahlt werden, sondern sind im Preis beinhaltet.

Die auf der Homepage als Gäste (!) bezeichneten Kunden werden von der Beschuldigten betreut, sie werden von ihr begrüßt, mit nötigen Informationen versorgt und verabschiedet (Akt der belangten Behörde Seite 38/478).

Die Beschuldigte hat dadurch Einnahmen in nicht exakt feststehender Höhe (in der mündlichen Verhandlung vor dem Landesverwaltungsgericht Tirol spricht sie von ca Euro 1.000 Euro/Jahr) lukriert, indem sie laut der Vereinbarung mit den Eigentümern eine Provision von 12 % der jährlich eingehenden Hauptmietzinse netto erhalten hat. Auch ist in dieser Vereinbarung festgehalten, dass die Beschwerdeführerin für die Vermietung eigenverantwortlich ist, die Mietverträge abschließt, die Übergabe und Rücknahme der Bestandsobjekte und deren Kontrolle sowie der Einrichtung und die Reinigung der Wohnungen vornimmt, kleinere Reparaturen vornimmt, gegenüber den Mietern für Beschwerden und Wünsche zur Verfügung steht und die Mietzinszahlungen sowie die Einhebung der Kautions vornimmt. Als Zweck der Vereinbarung wird festgehalten, dass die Beschwerdeführerin als Dienstleisterin im Rahmen ihrer unternehmerischen Tätigkeit die Dienstleistung der Vermittlung von Mietern bzw. die Bewirtschaftung von Eigentumswohnungen anbietet.

Die Beschwerdeführerin hat die gegenständliche Wohnung für einen Zeitraum von 3 Wochen von 21.04 bis 11.05.2023 einer Familie (Elter mit zwei Kindern) zu Erholungszwecken mit den oben angeführten und in Einschaltung auf dieser Online-Plattform angeführten Gegenständen und Dienstleistungen für einen Preis von insgesamt EUR 1.480,- vermietet. Sie war allein für die Vermietung verantwortlich und hat die Gäste der Wohnung selbst ausgesucht und die Übergabe der Wohnung vorgenommen. Die Rückgabe erfolgte kontaktlos.

Die gegenständliche Wohnung war jedenfalls vom 21.04.2023 bis 11.05.2023 für Urlaubszwecke an eine Familie über „Airbnb.com“ um € 1.480,57 vermietet, wurde bereits seit dem Erwerb der Wohnung durch die beiden Eigentümer in diesem Sinn von der Beschwerdeführerin regelmäßig vermietet. Auch wenn die Beschwerdeführerin in der Annonce anführte, dass nur zu beruflichen Zwecken eine Vermietung erfolge, so hat sie dies nicht überprüft. Die Beschuldigte verfügt über keine Gewerbeberechtigung für das „Gastgewerbe in der Betriebsform Beherbergung von Gästen“.

III. Beweiswürdigung:

Die obigen Feststellungen ergeben sich aus dem umfangreichen Beweisverfahren, hier v.a. den behördlichen Ermittlungen und insbesondere auch den ergänzenden Ermittlungen im Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Tirol Zl. *** (Übertretung nach der TBO 2022 wegen konsensloser Verwendungszweckänderung im identen Tatzeitraum). Im gegenständlichen Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Tirol wurde die Beschuldigte überdies in der mündlichen Verhandlung vom 3.9.2024 einvernommen.

Die Vermietung im hier maßgeblichen Tatzeitraum wird grundsätzlich nicht bestritten und ergibt sich auch aus den Aussagen der Beschwerdeführerin in Zusammenhalt mit der vorgelegten Vereinbarung mit den Eigentümern und dem Inserat auf der Onlineplattform. Des Weiteren ergibt sich der Sachverhalt aus dem Erhebungsbericht des Bediensteten des Stadtmagistrates Z über den am 09.05.2023 durchgeführten Lokalaugenschein und dem im Zuge dessen durchgeführten Gespräches mit dem dort angetroffenen Gast sowie der Buchungsbestätigung.

Dass die Wohnung nur für ganzjährige Wohnzwecke baubewilligt wurde, ergibt sich aus dem Bauakt. Eine Gewerbeberechtigung hat die Beschwerdeführerin nicht, wie sie dies selbst ausführte und auch aus dem GISA zu erkennen ist.

Wenn die Beschuldigte nunmehr andeutet, bestimmte oben angeführte Leistungen nicht erbracht zu haben, wird diesem Vorbringen kein Glauben geschenkt. Hier hält sich das erkennende Gericht, wie schon im Verfahren LVwG-***, an die Angaben auf der online-Plattform airbnb und die Feststellungen des Erhebungsbeamten des Stadtmagistrates Z, woraus sich die umfänglichen Leistungen, wie oben festgestellt, unzweideutig ergeben. So bestätigt etwa die vom Erhebungsbeamten angetroffene, ihm unbekannte Frau, auf Frage zu den angebotenen Dienstleistungen, dass sie „alles wie angeboten erhalten habe“.

Das Vorbringen der Beschuldigten in der mündlichen Verhandlung vor dem Landesverwaltungsgericht Tirol am 3.9.2024, die Wohnung „sonst“ (also außerhalb des vorgeworfenen Tatzeitraumes) stets nur langfristig vermietet zu haben, wird schon allein durch ihr eigens Vorbringen insofern entkräftet, als auch dort von Aufhalten beispielsweise von Arbeitern die Rede ist, die in Z Kurse besuchen, deren Aufenthalt aber ebenfalls nicht auf längere Zeit geplant ist, sondern lediglich 4 Monate dauert. Auch die im Akt der belangten Behörde einliegenden Bewertungen der Wohnung (z.B. Akt Seite 8/478 sowie 37/478) vom Dezember 2013 und Jänner 2014 zeigen, dass diese Wohnung immer schon kurzzeitig für Urlaubszwecke vermietet wurde.

IV. Rechtslage:

Die hier maßgeblichen Bestimmungen der Gewerbeordnung 1994, BGBl 194 idF BGBl I 2018/45 lauten:

Geltungsbereich

§ 1

(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.

(...)

§ 94

Reglementierte Gewerbe

Folgende Gewerbe sind reglementierte Gewerbe:

(...)

26. Gastgewerbe

(...)

§ 111

Gastgewerbe

(1) Einer Gewerbeberechtigung für das Gastgewerbe (§ 94 Z 26) bedarf es für

1. die Beherbergung von Gästen;

(...)

*§ 366 GewO 1994
Strafbestimmungen*

(1) Eine Verwaltungsübertretung, die mit Geldstrafe bis zu 3 600 € zu bestrafen ist, begeht, wer

- 1. ein Gewerbe ausübt, ohne die erforderliche Gewerbeberechtigung erlangt zu haben, und nicht Z 10 oder § 367 Z 8 anzuwenden sind;*

(...)

V. Erwägungen:

Die belangte Behörde wirft der Beschwerdeführerin im angefochtenen Straferkenntnis vor, dass diese die Beherbergung von Gästen ausgeübt habe, obwohl sie nicht im Besitz der hiefür 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. Die reine Raumvermietung unterliegt nicht den Vorschriften der Gewerbeordnung. Zur Vermietungen über Plattformen wie „Airbnb“ liegt zwischenzeitlich eingehende Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes vor (vgl. inbs. VwGH 3.3.2020, Ro 2019/04/0019).

Zum Begriff der „gewerblichen Beherbergung von Gästen“ hat der VwGH schon im Erkenntnis vom 23.06.2010, 2008/06/0200, ausgeführt, dass dafür bereits ein geringes Ausmaß an für die Beherbergung typischen Dienstleistungen ausreichend ist und hat wiederum darauf verwiesen, dass die Frage, ob gewerbsmäßige Fremdenbeherbergung vorliegt, stets eine Einzelfallentscheidung darstellt und unter Bedachtnahme auf alle Umstände des konkreten Betriebes getroffen werden muss (*Gruber/Pallege-Barfuß*, GewO⁷ § 111, Rz 12a). So fällt die über die bloße Raumvermietung für Wohnzwecke hinausgehende Tätigkeit (entgeltliche Zurverfügungstellung von Appartements an Gäste für Erholungszwecke) unter die Beherbergung von Gästen im Rahmen des Gastgewerbes (*Grabler/Stolzlechner/Wendl*, Kommentar zur GewO³ (2011), § 111 Rz 7; vgl auch VwGH vom 27.01.1987, 85/04/0163).

Im oben zitierten Erkenntnis vom 3.3.2020, Ro 2019/04/0019 führt der VwGH zur Vermietungen über „Airbnb“ auszugsweise aus wie folgt:

„Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist die Frage, ob eine gewerbsmäßige Beherbergung von Gästen im Rahmen eines Gastgewerbes im Sinne 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. VwGH 12.7.2012, 2011/06/0059 bis 0060; 23.6.2010, 2008/06/0200; 15.9.1992, 91/04/0041, jeweils mwN). Für das Vorliegen einer gewerbsmäßigen Beherbergung von Gästen kommt es demnach nicht allein auf die gleichzeitige Erbringung von mit der Zurverfügungstellung von Wohnraum üblicherweise im Zusammenhang stehender Dienstleistungen an sondern im Rahmen einer Gesamtbetrachtung auch auf die sonstigen Merkmale der zu prüfenden Tätigkeit, insbesondere auf die Art und Weise, wie sich der Betrieb nach außen darstellt (vgl. VwGH 20.10.1992, 91/04/0216).

Für die Abgrenzung der Beherbergung von Gästen zur bloßen Wohnraumvermietung ist - 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).

Bereits die Erbringung von Dienstleistungen in nur geringem Ausmaß kann für die Einstufung als Beherbergung ausreichend sein (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).

Dass die mit der Vermietung in Zusammenhang stehenden Verwaltungstätigkeiten an einen Dritten (vorliegend an "Airbnb" als Reisevermittler) übertragen worden sind, liefert für sich allein zwar keinen Aufschluss über das Vorliegen einer gewerblichen Tätigkeit. Allerdings stellt der Umstand häufig wechselnder Mieter ein Indiz dafür dar, dass die damit verbundene Verwaltungsarbeit über die mit einer bloßen Wohnraumvermietung einhergehende Verwaltungstätigkeit hinausgeht (vgl. zur Maßgeblichkeit ständig wechselnder Unterkunftnehmer auch VwGH 20.12.1967, 320/67)."

Dass im gegenständlichen Fall eine gewerbsmäßige Beherbergung von Gästen im Rahmen eines Gastgewerbes im Sinne des § 111 Abs 1 Z 1 GewO 1994, kann für das erkennende Gericht nicht ansatzweise strittig sein, werden doch alle Voraussetzungen, die der VwGH zu dieser Frage im oben zitierten Erkenntnis herausgearbeitet hat, erfüllt.

Aus den Feststellungen ergibt sich nachvollziehbar, dass die Beschwerdeführerin eigenständig und eigenverantwortlich die kurzzeitigen Vermietungen organisierte, durchführte und die zusätzlichen Dienstleistungen in diesem Rahmen zur Verfügung stellte, wofür sie 12 % der Mietzinseinnahmen lukrierte. Im Tatzeitraum wurde der Beherbergungsvertrag auf nur drei Wochen zu touristischen Zwecken abgeschlossen, wie dies auch die dort angetroffenen Gäste

ausführten. Die Wohnung ist voll möbliert und ausgestattet und wurden zusätzliche Dienstleistungen angeboten und zur Verfügung gestellt, wie die Reinigung der Wohnung, Zurverfügungstellung und Reinigung der Handtücher und Bettwäsche, Zurverfügungstellung von sämtlichen Kochutensilien, Haarshampoo, Internet etc (siehe dazu eingehend die oben getroffenen Feststellungen). Die Wohnung wurde über die Online-Buchungsplattform pro Tag zur Vermietung angeboten und bestätigt dies die auch tageweise Möglichkeit der kurzzeitigen Vermietung zu touristischen Zwecken.

Eine Privatzimmervermietung gemäß der Bestimmung des § 2 Abs 1 lit a Tiroler Privatzimmervermietungsgesetz lag nicht vor, da die zu vermietende Wohnung bzw sonstigen Wohnräume zum gemeinsamen Hausstand des Vermieters gehören müssen. Eine Privatzimmervermietung, die eine gewerbliche Beherbergung ausschließen würde, ist daher nicht gegeben und wurde das Vorliegen einer solchen auch gar nicht vorgebracht.

Laut oben zitierter ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes sind für die Beurteilung, ob eine gewerbliche Beherbergung von Gästen im Rahmen eines Gastgewerbes (§ 111 Abs 1 Z 1 oder Z 4 GewO 1994) vorliegt, verschiedene Kriterien im Einzelfall heranzuziehen. Eine Rolle spielen dabei beispielsweise die Vertragsdauer, Nebenvereinbarungen über die Bereitstellung von Bettwäsche oder die Reinigung der Räume. Es ist für die Abgrenzung sohin relevant, ob mit der Zurverfügungstellung von Wohnraum gleichzeitig üblicherweise damit in Zusammenhang stehende Dienstleistungen erbracht werden (vgl VwGH 11.1.2012, 2010/06/0082, VwGH 27.2.2019, Ra 2018/04/0144, mwN). Es ist die Art und Weise, wie sich der Betrieb nach außen darstellt, maßgebend (vgl *Stolzlechner/Müller/Seider/Vogelsang/Höllbacher*, GewO⁴ (2020) § 111 Rz 5 und die dort zitierte Judikatur).

Es konnte – wie erwähnt - unzweifelhaft festgestellt werden, dass die Beschwerdeführerin während des Tatzeitraums die Nutzung der gegenständlichen Wohnung samt den zusätzlichen Dienstleistungen über Airbnb für EUR 54,- pro Tag angeboten hat. Durch den am 09.05.2023 erfolgten Ortsaugenschein konnte festgestellt werden, dass die Beschwerdeführerin die Wohnung von 21.04.2023 bis 11.05.2023 für Erholungszwecke vermietet hat. Den Gästen stand die gesamte Wohnung zur Verfügung und es wurden zusätzliche Dienstleistungen (Reinigung, Zurverfügungstellung und Reinigung von Bettwäsche, Handtücher, Fernseher, WLAN etc.) erbracht.

In Ansehung all dieser Umstände steht für das Verwaltungsgericht fest, dass gegenständlich keine Wohnraumvermietung erfolgt ist, sondern die gegenständliche Wohnung zur Beherbergung von Gästen im Rahmen des Tourismus verwendet wird, zumal bereits die Erbringung von Dienstleistungen in nur einem geringeren Ausmaß für die Einstufung als Beherbergungsbetrieb ausreichend ist (vgl VwGH 10.01.2023, Ra 2022/04/0148). In Zusammenschau all dieser Umstände ergibt sich für das Landesverwaltungsgericht sohin zweifelsfrei, dass eine gewerbliche Beherbergung durchgeführt wurde.

Die Merkmale der Gewerbsmäßigkeit sind bei der Beschwerdeführerin ebenfalls vollinhaltlich erfüllt. Sie tritt den Kunden gegenüber (auf der Homepage bezeichnenderweise als „Gäste“ bezeichnet) als deren Geschäftspartnerin auf. Lt. Homepage werden diese von ihr betreut, d.h.

sie empfängt die Gäste, gibt ihnen Informationen zu ihrem Aufenthalt und verabschiedet sie. In der vorliegenden Vereinbarung zwischen Eigentümern und Beschuldiger (welche zwar nicht unterfertigt ist, auf die die Beschuldigte selbst jedoch stets Bezug nimmt und diese als verbindlich ansieht – siehe etwa ihre Aussage vor dem Landesverwaltungsgericht Tirol am 21.5.2024) ist festgehalten, dass die Beschwerdeführerin für die Vermietung eigenverantwortlich ist, die Mietverträge abschließt, die Übergabe und Rücknahme der Bestandsobjekte und deren Kontrolle sowie der Einrichtung und die Reinigung der Wohnungen vornimmt, kleinere Reparaturen vornimmt, gegenüber den Mietern für Beschwerden und Wünsche zur Verfügung steht und die Mietzinszahlungen sowie die Einhebung der Kautions vornimmt. Als Zweck der Vereinbarung wird festgehalten, dass die Beschwerdeführerin als Dienstleisterin im Rahmen ihrer unternehmerischen Tätigkeit die Dienstleistung der Vermittlung von Mietern bzw. die Bewirtschaftung von Eigentumswohnungen anbietet. Die Beschuldigte führt also jeweils eigenständig die Vermietung durch (so auch Punkt 2.3 der Vereinbarung mit den Eigentümern). Das Merkmal der Selbständigkeit ist damit erfüllt.

Auch die Regelmäßigkeit ist entgegen der Rechtsmeinung der Beschwerdeführerin gegeben. Nach § 1 Abs 4 GewO 1994 gilt nämlich auch eine einmalige Handlung als regelmäßige Tätigkeit, wenn nach den Umständen des Falles auf die Absicht der Wiederholung geschlossen werden kann oder wenn sie längere Zeit erfordert. Beide Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall gegeben, wurde doch die Vermietung auf einer Homepage unbefristet angeboten, mithin muss hier auf die Absicht einer Wiederholung geschlossen werden und erfordert die Vorgangsweise der Beschwerdeführerin jedenfalls längere Zeit. Die Absicht, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen liegt ebenfalls vor, erzielt die Beschuldigte doch 12 % der Mieteinnahmen. Somit übte die Beschwerdeführerin das Gastgewerbe in der Betriebsform Beherbergung von Gästen jedenfalls im vorgehaltenen Tatzeitraum (tatsächlich, und das hat das Ermittlungsverfahren auch gezeigt, hat sie dieses Gewerbe auch zuvor und noch bis zur langfristigen Wohnraumvermietung ab September 2023 ausgeübt) aus. Zumal die Beschwerdeführerin aber über keine gewerberechtliche Befugnis dafür verfügt hat, steht die 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.

Die Beschwerdeführerin hat nichts vorgebracht, was Zweifel an ihrem 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 die Beschwerdeführerin 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). Eine Information seitens der „Airbnb.com“ kann sie nach stRsp nicht exkulpieren.

Zur Strafbemessung:

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

Nach § 19 Abs 2 VStG sind im ordentlichen Verfahren überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes sind die §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen. Die wirtschaftlichen Verhältnisse sind aufgrund der Angaben der Beschwerdeführerin als zumindest durchschnittlich anzusehen.

Der Unrechtsgehalt ist, wie von der belangten Behörde richtig ausgeführt, nicht unerheblich, besteht doch ein immanentes Interesse daran, dass gerade Gastgewerbe, mit dem damit verbundenen häufigen Kundenkontakt, nur von fachkundigen Personen ausgeübt werden. Das Gericht schließt sich daher den diesbezüglichen Ausführungen im angefochtenen Straferkenntnis vollinhaltlich an. Mildernd war die bisherige, auf den Tatzeitraum bezogene Unbescholtenheit der Beschwerdeführerin zu werten. Für die Beschuldigte spricht auch, dass die unbefugte Gewerbeausübung ab September 2023 eingestellt wurde.

Die belangte Behörde hat über die Beschwerdeführerin lediglich eine Geldstrafe im untersten Bereich des vorgesehenen Strafrahmens verhängt und ist diese Geldstrafe jedenfalls tat- und schuldangemessen. Eine Reduktion dieser äußerst niedrigen Strafe kommt daher nicht in Betracht. Die Voraussetzungen für ein Vorgehen nach § 45 Abs 1 Z 4 VStG liegen, wie die Behörde wiederum richtig dargelegt hat, nicht vor.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

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 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. Soweit gesetzlich nicht anderes bestimmt ist, ist eine Eingabegebühr von Euro 240,00 zu entrichten.

Es besteht die Möglichkeit, für das Beschwerdeverfahren vor dem Verfassungsgerichtshof und für das Revisionsverfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof Verfahrenshilfe zu beantragen. Verfahrenshilfe ist zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten bzw wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von der Partei noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.

Der Antrag auf Verfahrenshilfe ist innerhalb der oben angeführten Frist für das Beschwerdeverfahren vor dem Verfassungsgerichtshof beim Verfassungsgerichtshof und für das Revisionsverfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Im Antrag an den Verwaltungsgerichtshof ist, soweit dies dem Antragsteller zumutbar ist, kurz zu begründen, warum entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes die Revision für zulässig erachtet wird.

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

Landesverwaltungsgericht Tirol