

Geschäftszeichen:

LVwG-2024/31/2781-5

Ort, Datum:

Innsbruck, 20.2.2025

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Tirol erkennt durch seinen Richter Mag. Hengl über die Beschwerde des AA, Adresse 1, **** Z, vertreten durch BB, Adresse 2, **** Y, gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Landeshauptstadt X vom 6.9.2024, ***, betreffend eine Verwaltungsübertretung nach dem Tiroler Raumordnungsgesetz 2022 (TROG 2022), nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung,

zu Recht:

1. Der Beschwerde wird **Folge gegeben**, das angefochtene Straferkenntnis behoben und das Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs 1 Z 4 VStG eingestellt.
2. Die **ordentliche Revision** ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG **nicht zulässig**.

Entscheidungsgründe

I. Verfahrensgang:

Mit dem angefochtenen Straferkenntnis wurde dem Beschwerdeführer zur Last wie folgt:

- „1. Datum/Zeit: jedenfalls 30.04.2020 - 01.04.2024
Ort: **** X, Adresse 3

*Sie, Herr AA, haben als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit zur Vertretung nach außen berufenes Organ der CC (FN ***) zu verantworten, dass die Wohnung Top *** an der Adresse Adresse 3, **** X, von der CC nicht für die Befriedigung eines ganzjährigen, mit dem Mittelpunkt der Lebensbeziehungen verbundenen Wohnbedürfnisses verwendet wurde, sondern stattdessen anderen Personen zur Verwendung als Freizeitwohnsitz überlassen wurde, indem die genannte Wohnung auf den Online-Plattformen „DD“ und „EE“ angeboten und laufend Gästen zur Verfügung gestellt wurde. Dies obwohl weder eine*

Feststellung über die Zulässigkeit der Verwendung des betreffenden Wohnsitzes als Freizeitwohnsitz im Sinn des § 13 Abs. 3 lit. a TROG 2022, eine Baubewilligung im Sinn des § 13 Abs. 6 erster Satz TROG 2022 oder eine Ausnahmbewilligung im Sinn des § 13 Abs. 8 erster Satz TROG 2022 vorliegt.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift verletzt:

1. § 13a Abs. 1 lit. a Tiroler Raumordnungsgesetz 2022 (TROG 2022), LGBl.Nr. 43/2022 i.d.F. LGBl.Nr. 63/2023.

Wegen dieser Verwaltungsübertretung 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>
<i>1. € 2.000,00</i>	<i>0 Tage(n) 16 Stunde(n) 0 Minute(n)</i>		<i>§ 13a Abs. 3 Tiroler Raumordnungsgesetz 2022 (TROG 2022), LGBl.Nr. 43/2022 i.d.F. LGBl.Nr. 63/2023"</i>

Weiters wurde ein anteiliger Beitrag zu den Kosten des Verfahrens der belangten Behörde festgesetzt.

In der fristgerecht dagegen erhobenen Beschwerde brachte AA durch seine ausgewiesene Rechtsvertretung vor, dass die gegenständliche Wohnung Top *** am 6.9.2011 vom Beschwerdeführer gemeinsam mit seiner Gattin erworben worden und am 30.4.2020 an die CC veräußert worden sei. Diese Gesellschaft verfüge über eine Gewerbeberechtigung zum Betrieb des Gastgewerbes. Die Gesellschaft habe – ebenso wie der Beschwerdeführer – das Objekt zu dem Zweck erworben, dieses zur Beherbergung von Gästen/Touristen zu vermieten. Das Top *** sei komplett eingerichtet und gezielt mit Bedacht auf den typischen Bedarf von Kurzzeitgästen ausgestattet worden.

Hingewiesen wurde weiters darauf, dass der maßgebliche Begriff des Freizeitwohnsitzes gemäß der Legaldefinition des § 13 Abs 1 lit a TROG 2022 von vornherein nicht erfüllt sei und diese Bestimmung zudem verfassungswidrig sei, da vom Landesgesetzgeber eine eigene, von der Gewerbeordnung abweichende Definition des Gastgewerbebetriebes vorgenommen werde und eine sachlich nicht gerechtfertigte Differenzierung von Gastgewerbebetrieben mit und ohne Gemeinschaftsräume vorgenommen werde.

Hinsichtlich der gewerblichen Nutzung wurde darauf verwiesen, dass die Voraussetzungen des § 13 Abs 1 lit a Z 2 und 3 TROG 2022 durch die beschriebene Nutzung jedenfalls erfüllt werden. Das Fehlen von Gemeinschaftsräumen für den verfahrensgegenständlichen Zeitraum werde nicht bestritten.

Hinsichtlich der Übergangsbestimmung des § 115 Abs 1 TROG 2022 wurde ausgeführt, dass das Landesverwaltungsgericht Tirol diese Bestimmung wiederholt zur Anwendung gebracht und ausgeführt habe, dass nicht auf das Datum der Betriebsaufnahme, sondern auf den Zeitpunkt der Baubewilligung abzustellen sei.

Abschließend wurde in diesem Rechtsmittel beantragt, eine mündliche Verhandlung durchzuführen und hiernach den angefochtenen Bescheid aufzuheben und wurde weiter angeregt, beim Verfassungsgerichtshof einen Antrag auf Aufhebung näher angeführter Textteile des § 13 Abs 1 lit a TROG 2022 wegen Verfassungswidrigkeit zu stellen.

Zur Klärung des entscheidungswesentlichen Sachverhaltes wurde Beweis aufgenommen durch Einsichtnahme in den übermittelten Strafakt der belangten Behörde und den Akt des Landesverwaltungsgerichtes Tirol sowie durch Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 13.1.2025, in deren Rahmen der Beschwerdeführer einvernommen und eingehend befragt werden konnte.

Ein Vertreter der belangten Behörde ist zur gegenständlichen Verhandlung ebensowenig erschienen wie der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers.

II. Sachverhalt:

Aufgrund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens steht der von der belangten Behörde zur Last gelegte Sachverhalt fest, wobei hinsichtlich des Tatzeitraumes dieser – wie in der rechtlichen Beurteilung näher auszuführen sein wird – auf nunmehr „1.9.2023 bis 1.4.2024“ einzuschränken war.

Auf den in der Widmungskategorie „Kerngebiet“ befindlichen **1, KG W, ist ein Wohn- und Bürogebäude errichtet. Der Beschwerdeführer ist handelsrechtlicher Geschäftsführer der CC, welche im tatgegenständlichen Zeitraum Eigentümerin des Top *** des angeführten Büro- und Wohnhauses war.

Mit Baubescheid vom 29.11.2010, ***, erteilte das Stadtmagistrat X die baubehördliche Bewilligung für den Neubau eines Wohn- und Bürogebäudes mit insgesamt 11 Wohnungen im Anwesen Adresse 3 auf **1, KG W. Der Baubeschreibung zum eingereichten Objekt lässt sich entnehmen, dass das Gebäude zwei Untergeschoße samt Tiefgarage mit 23 Pkw-Stellplätzen sowie ein Erdgeschoß und fünf Obergeschoße aufweist.

Im Erdgeschoß und im 1. Obergeschoß werden Büroflächen samt sanitärer Infrastruktur geschaffen, im 2. Obergeschoß werden drei Dreizimmer- und eine Einzimmerwohnung, im 3. Obergeschoß drei Zweizimmer- und eine Einzimmer-Wohnung untergebracht; das 4. und 5. Obergeschoß wird mit insgesamt drei Maisonettenwohnungen (jeweils vier Zimmer mit innenliegender Erschließungstreppe) ausgebildet.

Mit weiterem Bescheid des Stadtmagistrates X vom 2.8.2011, ***, wurden diverse bauliche Änderungen zum bewilligten Wohn- und Geschäftshaus genehmigt, etwa wurden laut Baubeschreibung Büroräumlichkeiten im 1. Obergeschoß zu weiteren drei Wohnungen umfunktioniert, das nunmehr gegenständliche Top *** blieb von diesen baulichen Änderungen jedoch unbehelligt.

Die Fertigstellung des gegenständlichen Gebäudes erfolgte im Jahr 2013 und wurde das Objekt seitens des Beschwerdeführers zunächst mehreren Mietern als Hauptwohnsitz überlassen und sodann zumindest im tatgegenständlichen Zeitraum kurzzeitig an wechselnde Gäste vermietet.

Eine Feststellung über die Zulässigkeit der Verwendung der Wohnung als Freizeitwohnsitz im Sinne des § 13 Abs 3 lit a TROG 2022 liegt ebenso wenig vor, wie eine Baubewilligung im Sinne des Gesetzes über die ausnahmsweise Zulässigkeit von Gebäude im Freiland nach lit b leg cit oder eine Ausnahmbewilligung des Bürgermeisters gemäß § 13 Abs 8 TROG 2022.

Unstrittig ist weiters, dass die Wohnung Top *** im tatgegenständlichen Zeitraum auf den Online-Buchungsplattformen „EE“ und „DD“ zur kurzzeitig wechselnden touristischen Vermietung angeboten wurde, wobei diese Vermietung im tatgegenständlichen Zeitraum über Mitarbeiter der CC abgewickelt wird. Dabei wurden gewerbetypische Nebenleistungen, wie Grund- und Endreinigung, das Zurverfügungstellen von Bettwäsche, Handtüchern und Hygienematerial erbracht.

Unstrittig ist weiters, dass das gegenständliche Top *** im tatgegenständlichen Zeitraum keinen Gemeinschaftsraum im Sinn des § 13 Abs 1 lit a Z 1 TROG 2022 aufwies, wobei es sich bei der gegenständlichen Wohnung Top *** im tatgegenständlichen Zeitraum um die einzige Wohneinheit in diesem Gebäude handelt, welche im Eigentum der CC stand.

Ein Gemeinschaftsraum wurde erst nach dem tatgegenständlichen Zeitraum im Ausmaß von ca 4,5 m² aus der Wohnung Top *** ausgegliedert und nach außen hin brandschutzmäßig abgegrenzt. Das diesbezügliche Änderungsansuchen datiert vom 27.9.2023 und ist beim Stadtmagistrat X als Baubehörde am 9.10.2023 eingelangt und wurde schließlich mit Bescheid des Stadtmagistrates X vom 17.7.2024 bewilligt und der Verwendungszweck der verfahrensgegenständlichen Wohnung auf „gewerbliche Beherbergung von Gästen“ geändert (vgl Verhandlungsprotokoll vom 13.1.2025, Seite 3, drittletzter Absatz in Zusammenschau mit dem bekämpften Straferkenntnis der belangten Behörde, Seite 6, letzter Absatz).

III. Beweiswürdigung:

Beweis wurde aufgenommen durch Einschau in den behördlichen Strafakt, insbesondere in den im Akt einliegenden Baubescheid vom 29.11.2010, ***, samt Änderungsbescheid des Stadtmagistrates X vom 2.8.2011, ***, in das bekämpfte Straferkenntnis vom 6.9.2024, in die dagegen erhobene fristgerechte Beschwerde und in das von der belangten Behörde übermittelte Bauansuchen vom 27.9.2023, eingelangt beim Stadtmagistrat X am 9.10.2023.

Am 13.1.2025 wurde vor dem Landesverwaltungsgericht Tirol eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt, in deren Rahmen der Beschwerdeführer zu den maßgeblichen Umständen der Nutzung des gegenständlichen Objektes einvernommen wurde.

Dabei wurde vom Beschwerdeführer eingeräumt, dass die gegenständliche Wohneinheit Top ***, welche im Eigentum der CC stand, im Tatzeitraum 30.4.2020 bis 1.4.2024 auf den Buchungsplattformen „EE“ und „DD“ mit diversen gewerblichen Nebenleistungen zur

kurzfristigen Vermietung an Gäste angeboten wurde (vgl Verhandlungsprotokoll vom 13.1.2025, Seite 2, vorletzter Absatz).

Schließlich wurde seitens des Beschwerdeführers auch eingeräumt, dass im gegenständlichen Objekt kein Gemeinschaftsraum im Sinn des § 13 Abs 1 lit a Z 1 TROG 2022 vorhanden ist;

IV. Rechtliche Grundlagen:

Im Gegenstandsfall sind folgende Bestimmungen des Tiroler Raumordnungsgesetzes 2022, LGBl Nr 43/2022 idF LGBl Nr 85/2023 (TROG 2022), maßgeblich:

„§ 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,

- b) Kur- und Erholungsheime, die von öffentlichen oder gemeinnützigen Einrichtungen oder Einrichtungen der Kinder- und Jugendhilfe erhalten werden,*
- c) Wohnungen und sonstige Wohnräume, die der Privatzimmervermietung dienen,*
- d) Gebäude mit höchstens drei Wohnungen mit insgesamt höchstens zwölf Betten, die im Rahmen der Raumvermietung während des Jahres jeweils kurzzeitig an wechselnde Personen vermietet werden (Ferienwohnungen); entsprechende Neubauten, für die die Baubewilligung erst nach dem 1. Februar 1996 rechtskräftig erteilt worden ist, gelten jedoch nur dann nicht als Freizeitwohnsitze, wenn der Vermieter der Ferienwohnungen im betreffenden Gebäude seinen Hauptwohnsitz hat; Ferienwohnungen in Gebäuden, die in einem räumlichen Naheverhältnis stehen und eine einheitliche Gesamtplanung aufweisen, sind zusammenzuzählen.*

Sind in einem Gebäude oder in Gebäuden, die in einem räumlichen Naheverhältnis stehen und eine einheitliche Gesamtplanung aufweisen, Ferienwohnungen und Wohnungen oder sonstige Wohnräume, die der Privatzimmervermietung dienen, untergebracht, so darf die Zahl der Wohnungen insgesamt drei und die Zahl der Betten insgesamt zwölf nicht überschreiten.

[...]

§ 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;*
- b) *einen Wohnsitz, dessen Eigenschaft als Freizeitwohnsitz aufgrund des § 16 Abs. 1 lit. a und 2 erloschen ist oder aufgrund des § 16 Abs. 1 lit. b oder c und 3 als erloschen festgestellt worden ist, weiterhin als Freizeitwohnsitz verwendet oder anderen zur Verwendung als Freizeitwohnsitz überlässt oder*
- c) *einen Freizeitwohnsitz, für den eine Ausnahmbewilligung im Sinn des § 13 Abs. 8 erster Satz vorliegt, anderen als den im § 13 Abs. 9 genannten Personen entgeltlich zur Verwendung als Freizeitwohnsitz überlässt.*

[...]

§ 115

Bestehende Gastgewerbebetriebe zur Beherbergung von Gästen

(1) *Gastgewerbebetriebe zur Beherbergung von Gästen, die am 30. Juni 2011 nach den bau- und raumordnungsrechtlichen Vorschriften rechtmäßig bestanden haben, jedoch nicht die Voraussetzungen nach § 13 Abs. 1 lit. a des Tiroler Raumordnungsgesetzes 2011 in der Fassung LGBl. Nr. 56/2011 erfüllen, gelten nicht als Freizeitwohnsitze. Die Zahl der Betten dieser Betriebe darf nicht mehr erhöht werden. Dies gilt auch für Betriebe, die am 30. September 2016 nach den bau- und raumordnungsrechtlichen Vorschriften rechtmäßig bestanden haben, jedoch nicht die Voraussetzungen nach § 13 Abs. 1 lit. a erster Satz und 2 des Tiroler Raumordnungsgesetzes 2016 in der Fassung LGBl. Nr. 101/2016 erfüllen.*

[...]"

Vor Inkrafttreten des LGBl Nr 63/2023 mit 1.9.2023 lautete die Bestimmung des § 115 Abs 1 TROG 2022 wie folgt:

„§ 115

Bestehende Gastgewerbebetriebe zur Beherbergung von Gästen

*(1) Gastgewerbebetriebe zur Beherbergung von Gästen, die am 30. Juni 2011 nach den raumordnungsrechtlichen Vorschriften rechtmäßig bestanden haben, jedoch nicht die Voraussetzungen nach § 13 Abs. 1 lit. a dieses Gesetzes in der Fassung LGBl. Nr. 56/2011 erfüllen, gelten nicht als Freizeitwohnsitze. Die Zahl der Betten dieser Betriebe darf nicht mehr erhöht werden. Dies gilt auch für Betriebe, die am 30. September 2016 rechtmäßig bestanden haben, jedoch nicht die Voraussetzungen nach § 13 Abs. 1 lit. a erster Satz und 2 dieses Gesetzes in der Fassung LGBl. Nr. 101/2016 erfüllen.
[...]"*

Im Zeitpunkt der Baubewilligung vom 29.11.2010 galt hinsichtlich der Qualifikation als Freizeitwohnsitz folgende Bestimmung des TROG 2006, LGBl Nr 27/2006:

*„§ 12
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 sowie Kur- und Erholungsheime, die von öffentlichen Einrichtungen, Betrieben oder Einrichtungen der freien Jugendwohlfahrt erhalten werden,

b) Gebäude mit höchstens drei Wohnungen mit insgesamt höchstens zwölf Betten, die während des Jahres jeweils kurzzeitig an wechselnde Personen vermietet werden (Ferienwohnungen); entsprechende Neubauten, für die die Baubewilligung erst nach dem 1. Februar 1996 rechtskräftig erteilt worden ist, gelten jedoch nur dann nicht als Freizeitwohnsitze, wenn der Vermieter der Ferienwohnungen im betreffenden Gebäude seinen Hauptwohnsitz hat; Ferienwohnungen in Gebäuden, die in einem räumlichen Naheverhältnis stehen und eine einheitliche Gesamtplanung aufweisen, sind zusammenzuzählen,

c) Wohnräume, die der Privatzimmervermietung dienen. Sind in einem Gebäude oder in Gebäuden, die in einem räumlichen Naheverhältnis stehen und eine einheitliche Gesamtplanung aufweisen, Ferienwohnungen und Wohnräume, die der Privatzimmervermietung dienen, untergebracht, so darf die Zahl der Betten insgesamt zwölf nicht überschreiten.

[...]"

V. Rechtliche Erwägungen:

Nach den Feststellungen zum Sachverhalt ist ein Baukonsens des gegenständlichen Gebäudes zur Nutzung als Freizeitwohnsitz nicht gegeben, es besteht dahingehend auch keine Ausnahmegewilligung. Genehmigter Verwendungszweck ist eine Wohnnutzung. Eine Nutzung des Gebäudes (der Wohnung) als Freizeitwohnsitz ist weder bewilligt noch zulässig.

Die kurzfristige Vermietung der Wohnung Top *** an ständig wechselnde Urlaubsgäste zu touristischen Zwecken wird vom Beschwerdeführer der Sache nach nicht bestritten, sondern vielmehr selbst vorgetragen.

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 3.3.2020, 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 Gesamtfläche) 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.

Im Gegenstandsfall werden mehrere Nebenleistungen, wie das Zurverfügungstellen von Bettwäsche und Handtüchern, WLAN, Parkraum und Grund- und Endreinigung angeboten, es lagen jedoch im tatgegenständlichen Zeitraum keine gastgewerbetypischen Gemeinschaftsräume vor.

Zu beachten war in diesem Sinne jedoch die Übergangsbestimmung des § 115 Abs 1 TROG 2022 idF 43/2022, wonach Gastgewerbebetriebe zur Beherbergung von Gästen, die am 30.6.2011 nach den raumordnungsrechtlichen Vorschriften rechtmäßig bestanden haben, jedoch nicht die Voraussetzungen nach § 13 Abs 1 lit a dieses Gesetzes in der Fassung LGBl Nr 56/2011 erfüllen, nämlich keine entsprechenden Gemeinschaftsräume aufweisen, nicht als Freizeitwohnsitze gelten.

Diese Bestimmung wurde erst mit der Novellierung des TROG 2022 mittels LGBl Nr 63/2023 mit Wirksamkeit ab 1.9.2023 dahingehend geändert, dass nunmehr auch auf die baurechtliche Konformität von Gastgewerbebetrieben zur Beherbergung von Gästen, die am 30.6.2011 rechtmäßig bestanden haben, Bezug genommen wurde (arg „...nach den bau- und raumordnungsrechtlichen Vorschriften...“).

Die bloße Bezugnahme auf raumordnungsrechtliche Vorschriften in § 115 Abs 1 TROG 2022 vor der Novellierung LGBl Nr 63/2023 hat im Gegenstandsfall zur Folge, dass für die gegenständliche Wohnung, welche sich in der Widmungskategorie Kerngebiet befand und befindet und gemäß § 40 Abs 3 TROG 2022 auch eine gewerbliche Beherbergung von Gästen ermöglicht hätte, im Zeitraum vom 30.4.2020 bis jedenfalls 31.8.2023 keine Freizeitwohnsitznutzung vorliegt (vgl die Erkenntnisse des Landesverwaltungsgerichts Tirol vom 16.12.2014, LVwG-2013/33/2016-2, vom 26.1.2015, LVwG-2014/38/3250-1 und vom 20.02.2015, LVwG-2014/11/3249-4).

In diesen Erkenntnissen wurde unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass einerseits hinsichtlich der Qualifikation der Rechtmäßigkeit des Objektes zum Stichtag 30.6.2011 auf die Baubewilligung (dies ist im Gegenstandsfall der 29.11.2010) abzustellen ist und andererseits (lediglich) zu prüfen ist, ob ein Gastgewerbebetrieb in der vorhandenen Widmungskategorie zulässig wäre. Eine gastgewerbliche Nutzung bis zu 40 Betten ist in der Widmungskategorie Kerngebiet gemäß §§ 40 Abs 3 und § 38 Abs 2 TROG 2022 zulässig.

Ausgeführt wurde etwa im Erkenntnis vom 20.2.2015, LVwG-2014/11/3249-4, wie folgt:

„Im gegenständlichen Fall ist unstrittig, dass das „Appartement X“ an wechselnde Gäste (Touristen) vermietet wird. Das Appartement wird als Ferienwohnung im Internet über die Homepage der Firma Y beworben bzw vermietet. Das „Appartement X“ ist komplett eingerichtet, Wäsche wird zur Verfügung gestellt. Bei der Abreise der Gäste wird das

Appartement gereinigt und die Wäsche gewechselt. Die Anmeldung der Gäste erfolgt entsprechend den melderechtlichen Vorgaben für Beherbergungsbetriebe.

In Anbetracht all dieser Umstände muss angesichts der zitierten Judikatur davon ausgegangen werden, dass die Tätigkeit des Beschwerdeführers als Beherbergung von Gästen im Sinne des § 111 Abs 1 Z 1 GewO 1994 zu qualifizieren ist und somit eine gewerbliche Beherbergung von Gästen im Sinne der GewO 1994 vorliegt.

Damit wäre grundsätzlich ergänzend zu überprüfen, ob auch die weiteren Voraussetzungen des § 13 Abs 1 lit a TROG 2011 vorliegen, um allenfalls den Schluss ziehen zu können, dass die dem Beschwerdeführer angelastete Nutzung nicht unter das „Freizeitwohnsitzverbot“ fällt. Vorliegend ist allerdings die Übergangsbestimmung des § 108 Abs 1 TROG 2011 zu beachten. Das gegenständliche Gebäude befindet sich im gemischten Wohngebiet nach § 38 Abs 2 TROG 2011. Im gemischten Wohngebiet dürfen nach dieser Bestimmung unter anderem auch Gebäude für Gastgewerbebetriebe zur Beherbergung von Gästen mit höchstens 40 Betten errichtet werden. Die Baubewilligung für das gegenständliche Objekt wurde mit Bescheid des Bürgermeister der Gemeinde Kirchberg vom 03.08.2004 erteilt. Somit bestand das gegenständliche Objekt am 30.06.2011 nach den raumordnungsrechtlichen Vorschriften rechtmäßig; die erwähnte (Gäste-)Bettenzahl wird offenkundig nicht überschritten.

Damit steht aber des Weiteren fest, dass die streitgegenständliche Nutzung dieser Wohnung nach § 13 Abs 1 lit a in Zusammenschau mit § 108 Abs 1 TROG 2011 als gewerbliche Beherbergung von Gästen zu qualifizieren ist und letztlich ein Gastgewerbebetrieb zur Beherbergung von Gästen vorliegt; die weiteren Voraussetzungen des § 13 Abs 1 lit a TROG 2011 (insbesondere das Vorhandensein von Gemeinschaftsräumen) müssen nicht erfüllt sein.

Insgesamt ist daher davon auszugehen, dass die dem Beschwerdeführer angelastete Nutzung nicht unter das „Freizeitwohnsitzverbot“ fällt; damit hat der Beschwerdeführer die ihm zur Last gelegte Verwaltungsübertretung (Übertretung des TGVG) nicht begangen, weshalb das angefochtene Straferkenntnis zu beheben und das Verwaltungsstrafverfahren insoweit zur Einstellung zu bringen war.“

Eine Bestrafung des Beschwerdeführers wegen rechtswidriger Nutzung einer Wohnung als Freizeitwohnsitz im Tatzeitraum 1.4.2020 bis 31.8.2023 scheidet daher nach dem Grundsatz „Nulla poena sine lege“ aus.

In den Erläuternden Bemerkungen zur Novellierung des § 115 Abs 1 TROG 2022 in LGBl Nr 63/2023 mit Wirksamkeit ab 1.9.2023 wird ausgeführt wie folgt:

„Zu Z 69 (§ 115):

Im Abs. 1 dieser Bestimmung wird lediglich klargestellt, dass die Privilegierung der am 30. Juni 2011 bereits bestandenen Gastgewerbebetriebe zur Beherbergung von Gästen nur dann greift, wenn diese neben den raumordnungsrechtlichen auch den baurechtlichen Vorschriften entsprechen. ...“

Nach dem zuvor Gesagten ist aber vielmehr davon auszugehen, dass durch die nunmehrige Bezugnahme des Gesetzgebers auch auf die baurechtlichen Vorschriften keine Klarstellung dieser Übergangsbestimmung, sondern vielmehr eine massive Restriktion des Anwendungsbereiches des § 115 Abs 1 TROG 2022 dergestalt vorgenommen wurde, dass nur (noch) solche bereits am 30.6.2011 bestehenden gastgewerblichen Betriebe ohne Gemeinschaftsräume nicht als Freizeitwohnsitz zu qualifizieren sind, die außer der grundsätzlichen, der Rechtslage bis 31.8.2023 entsprechenden, Widmungskonformität eines solchen Betriebs hinaus auch noch sämtliche baurechtlichen Voraussetzungen, insbesondere die Konformität zur festgelegten baulichen Zweckbestimmung, mitbringen, um als privilegiert im Sinne der Übergangsbestimmung des § 115 Abs 1 TROG 2022 und damit nicht als Freizeitwohnsitz zu gelten.

Zum Zeitpunkt der Baubewilligung vom 29.11.2010 gab es vielmehr kein Erfordernis der Schaffung von Gemeinschaftsräumen für gastgewerbliche Betriebe, um nicht als Freizeitwohnsitz qualifiziert zu werden, wie sich aus dem in den rechtlichen Bestimmungen zitierten § 12 Abs 1 TROG 2006 eindeutig ergibt.

Erst mit der Novellierung LGBl Nr 47/2011 wurde mit Wirksamkeit ab 1.7.2011 (§ 12 TROG 2006 wurde zu § 13 TROG 2006) festgelegt wie folgt:

„§ 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, sofern Gemeinschaftsräume vorhanden sind und gewerbetypische Dienstleistungen, insbesondere die regelmäßige Raumreinigung und das regelmäßige Wechseln der Wäsche, erbracht werden und überdies seitens des Betriebes die ständige Erreichbarkeit einer Ansprechperson gewährleistet ist, [...]“

Die Erläuternden Bemerkungen führen diesbezüglich aus wie folgt:

„Wesentliche Neuerungen ergeben sich auch im Bereich der Regelungen über Freizeitwohnsitze.

Der Freizeitwohnsitzbegriff wird in der Weise erweitert, dass darunter auch jene Betriebe fallen, die nach außen hin zwar als Gastgewerbebetriebe geführt werden, die tatsächlich jedoch nicht die grundlegenden Mindestmerkmale solcher Betriebe aufweisen. In diesem Sinn soll ein Gastgewerbebetrieb zur Beherbergung von Gästen künftig nur dann nicht als Freizeitwohnsitz gelten, wenn die für einen solchen Betrieb typischen Gemeinschaftsräume vorhanden sind und weiters die dafür typischen persönlichen Dienstleistungen auch tatsächlich erbracht werden. Zu diesen zählt neben der regelmäßigen Raumreinigung auch das regelmäßige Wechseln der Bettwäsche, der Handtücher und dergleichen. Weiters zählt dazu die ständige Erreichbarkeit

einer Ansprechperson seitens des Betriebes, die zumindest auf telefonischem Weg gegeben sein muss. § 13 Abs. 1 lit. a wird in diesem Sinn neu gefasst."

Im Rahmen der Wiederverlautbarung des TROG 2006 als TROG 2011 mit LGBI Nr 56/2011 wurde in § 108 Abs 1 TROG 2011 festgelegt wie folgt:

*„§ 108
Bestehende Gastgewerbebetriebe
zur Beherbergung von Gästen*

(1) Gastgewerbebetriebe zur Beherbergung von Gästen, die am 30. Juni 2011 nach den raumordnungsrechtlichen Vorschriften rechtmäßig bestanden haben, jedoch nicht die Voraussetzungen nach § 13 Abs. 1 lit. a dieses Gesetzes in der Fassung LGBI. Nr. 56/2011 erfüllen, gelten nicht als Freizeitwohnsitze. Die Zahl der Betten dieser Betriebe darf nicht mehr erhöht werden."

Diese Bestimmung wurde mit LGBI Nr 93/2016 um einen zweiten – im Gegenstandsfall keine Relevanz zukommenden Satz – erweitert und war daher im Zeitraum vom 1.7.2011 bis 31.8.2023 in ihrer wesentlichen Aussage unverändert in Geltung, wenngleich diese im Rahmen der Wiederverlautbarung als TROG 2016 zu § 109 Abs 1 und im Rahmen der Wiederverlautbarung als TROG 2022 zu § 115 Abs 1 wurde.

Für den Beschwerdeführer ergibt sich sohin, dass die gegenständlich für seine Wohnung Top *** zur Anwendung gelangende Privilegierung des zunächst § 108 Abs 1 TROG 2011, sodann § 109 Abs 1 TROG 2016 und schließlich § 115 Abs 1 TROG 2022, mit Wirksamkeit ab 1.9.2023 durch die Neufassung des § 115 Abs 1 TROG 2022 mittels LGBI Nr 63/2023 nach einer durchgängigen Geltung von mehr als 12 Jahren weggefallen ist.

Aufgrund der nunmehrigen Diktion des § 115 Abs 1 TROG 2022, welche für die Qualifikation eines bestehenden Gastgewerbebetriebes ohne Gemeinschaftsraum als Freizeitwohnsitz nunmehr auch Bezug auf die baurechtlichen Vorschriften nimmt, wird sein Gastgewerbebetrieb damit ab 1.9.2023 zum Freizeitwohnsitz, dies über einen spruchgemäß zur Last gelegten Zeitraum von sieben Monaten vom 1.9.2023 bis 1.4.2024.

Diese allein auf dem Umstand der Änderung einer Übergangsbestimmung gründende Rechtsfolge erweist sich vor dem Hintergrund, dass über den Beschwerdeführer mit in Rechtskraft erwachsenem Straferkenntnis des Bürgermeisters der Landeshauptstadt X vom 6.9.2024, ***, ohnedies im Zeitraum vom 26.9.2023 bis 1.4.2024 wegen der gewerblichen Beherbergung von Gästen in der Wohnung Top *** trotz verhängter Benützungsunter-sagung gemäß § 67 Abs 1 lit o Z 2 TBO 2022 eine Geldstrafe in der Höhe von Euro 2.500,- verhängt wurde, somit der Unrechtsgehalt der aufrechterhaltenen gewerblichen Vermietung bereits abgedeckt ist und der Beschwerdeführer nach der gegenständlich geschilderten Gesetzesänderung sehr zeitnah darum bemüht war, einen Gemeinschaftsraum zu schaffen, um nach der Gesetzesänderung ab 1.9.2023 wiederum einen Beherbergungsbetrieb, der nicht als Freizeitwohnsitz qualifiziert werden kann, zu schaffen, als überschießend.

Diesbezüglich gilt darauf hinzuweisen, dass der Beschwerdeführer bereits mit Antrag vom 27.9.2023, eingelangt beim Stadtmagistrat X am 9.10.2023, um Änderung des Verwendungszweckes der Wohnung *** angesucht hat und dieser Änderung – offenbar nach Ausweisung eines Gemeinschaftsraumes - mit Bescheid des Stadtmagistrates X vom 17.7.2024, ***, die baubehördliche Genehmigung erteilt wurde.

Seitens des gefertigten Gerichts wird nicht verkannt, dass ein Verstoß gegen das Doppelbestrafungsverbot im Hinblick auf das seitens der belangten Behörde zu *** ergangene Straferkenntnis vom 6.9.2024 (Schuldvorwurf der gewerblichen Beherbergung von Gästen in der Wohnung Top *** trotz verhängter Benützungsuntersagung) und dem nunmehr bekämpften Straferkenntnis, dem der Vorwurf zugrunde liegt, dass der Wohnsitz anderen unzulässigerweise zur Verwendung als Freizeitwohnsitz überlassen wurde, nicht vorliegt.

Den gegenständlichen Verfahren liegen vielmehr eigenständig zu ahnende Verwaltungsübertretungen im Sinn des § 30 Abs 1 VStG zugrunde, nämlich eine Übertretung des § 13a Abs 1 lit a TROG 2022 im Gegenstandsfall einerseits und einer solchen gemäß §§ 46 Abs 6 lit c und 67 Abs 1 lit o Z 2 TBO 2022 im zu Aktenzahl *** abgeführten Verwaltungsstrafverfahren.

Der dem Beschwerdeführer mit dem nunmehrigen Straferkenntnis zur Last gelegte Sachverhalt legt dem Beschwerdeführer einen nahezu vierjährigen Tatzeitraum – vom 30.4.2020 bis 1.4.2024 zur Last.

Wie oben angeführt, vermochte der Beschwerdeführer jedoch zurecht auf die gebotene Anwendung der Übergangsbestimmung des § 115 Abs 1 TROG 2022 idF LGBl Nr 43/2022 zu dringen, woraus sich ergibt, dass das im Jahr 2010 baugenehmigte Büro- und Wohngebäude gemäß § 115 Abs 1 TROG 2022 in der angeführten Fassung nicht als Freizeitwohnsitz zu qualifizieren war.

Erst mit dem Inkrafttreten der Novellierung zum Tiroler Raumordnungsgesetz durch LGBl Nr 63/2023 und die daraus resultierende Neufassung des § 115 Abs 1 dergestalt, dass nunmehr neben raumordnungsrechtlichen Vorschriften auch auf baurechtliche Vorschriften Bezug genommen wird, wurde der gegenständliche Betrieb nach mehr als einem Jahrzehnt rechtmäßigen – da von der Übergangsbestimmung erfassten - Bestandes nunmehr ex lege zum Freizeitwohnsitz.

Voraussetzung für die Anwendung des § 45 Abs 1 Z 4 VStG ist das kumulative Vorliegen aller in dieser Gesetzesstelle genannten Kriterien (VwGH 20. 6. 2016, Ra 2016/02/0065; 9. 9. 2016, Ra 2016/02/0118; 16. 12. 2016, Ra 2014/02/0087), und zwar müssen erstens die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes, zweitens die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat und drittens das Verschulden des Beschuldigten gering sein (vgl VwGH 25. 4. 2019, Ra 2018/09/0209; 7. 10. 2021, Ra 2020/05/0232; 1. 3. 2022, Ra 2021/09/0244; 29. 8. 2022, Ra 2022/02/0128). Von geringem Verschulden ist nur dann zu sprechen, wenn das tatbildmäßige Verhalten des Täters erheblich hinter dem in der betreffenden Strafdrohung typisierten Unrechts- und Schuldgehalt zurückbleibt (VwGH 9. 9. 2016, Ra 2016/02/0118 mWN; 15. 3. 2022, Ra 2020/11/0062 umgekehrt aber nicht, wenn der Beschuldigte durch

vorangegangene Beanstandungen von der Rechtswidrigkeit eines Zustands oder seines Verhaltens Kenntnis erlangen konnte und dennoch keine Änderung herbeiführte (VwGH 18. 11. 2014, Ra 2014/05/0008; 7. 4. 2017, Ra 2016/02/0245).

Angesichts der nunmehrigen vorgenommenen Einschränkung des Tatzeitraumes auf nunmehr ein Siebtel des ursprünglich vorgeworfenen Tatzeitraumes, dies in Zusammenschau mit dem konkreten Geschehensablauf, insb der Historie der Gesetzesänderung nach jahrzehntelanger von der Übergangsbestimmung gedeckter Nutzung, der mit Straferkenntnis des Bürgermeister der Landeshauptstadt X vom 6.9.2024, ***, bereits geahndeten Weitervermietung des Beschwerdeführers trotz erfolgter Benützungsunter-sagung, sowie den Bestrebungen des Beschwerdeführers, den baurechtlichen Konsens nach Kenntnis der Gesetzesänderung zeitnah durch nunmehrige Ausweisung eines Gemeinschafts-raumes wiederherzustellen (das Ansuchen wurde bereits am 9.10.2023 und somit bereits knapp sechs Wochen nach der Gesetzesänderung beim Stadtmagistrat X eingebracht), was schließlich mit Bescheid des Stadtmagistrates X vom 17.7.2024, ***, auch gelungen ist, war daher gegenständlich davon auszugehen, dass die Voraussetzungen des § 45 Abs 1 Z 4 VStG vorliegen und 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 Eingabengebühr 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. Hengl
(Richter)