

### Entscheidende Behörde

UVS Wien

### Entscheidungsdatum

20.02.1998

### Geschäftszahl

04/G/33/8/98

### Spruch

Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien hat durch sein Mitglied Dr Maukner über die Berufung des Herrn Dkfm Dr Josef G, vertreten durch Rechtsanwälte, gegen das Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den 9. Bezirk, vom 17.12.1997, ZI MBA 9 - S 7690/97, betreffend eine Verwaltungsübertretung nach § 366 Abs 1 Z 1 der Gewerbeordnung 1994 (GewO 1994), nach durchgeführter öffentlicher mündlicher Verhandlung vom 17.2.1998 wie folgt entschieden:

Gemäß § 66 Abs 4 AVG wird der Berufung keine Folge gegeben und das angefochtene Straferkenntnis mit der Maßgabe bestätigt, daß bei der Tatumschreibung im Spruch die Wortfolge "und die Gäste, welche in den vorgenannten Wohnungen dort beherbergt werden, jeweils pro Nacht S 100,-- od S 150,-- Schilling bzw pro Monat für die Schlafstelle S 2.500,-- (mit Ausnahme des Hr S Ferenc, welcher pro Monat S 2.100,-- bezahlt) an Sie bezahlen müssen und ebenso folgende Dienstleistungen, nämlich Reinigung der Wohnungen in Abständen von ca drei bis vier Wochen, Zurverfügungstellen der Bettwäsche für die Gäste, Küchenbenützung (es wird jedoch kein Hausrat wie Besteck, Geschirr, Kochgeräte beigelegt), Bad/WC (ohne Handtücher, aber mit WC-Papier), Kühlschrank und TV-Gerät erbracht werden und somit ein Gewerbe ausgeübt" entfällt. Gemäß § 64 Abs 1 und 2 VStG wird dem Berufungswerber ein Beitrag zu den Kosten des Berufungsverfahrens in der Höhe von 20 % der verhängten Geldstrafe, das sind S 1.000,--, auferlegt.

### Text

Begründung:

1. Das angefochtene Straferkenntnis enthält folgende Tatanlastung:

"Sie haben in der Zeit vom 28.10.1997 ab 19.00 Uhr bis 29.10.1997, 02.00 Uhr in Wien, R-Gasse insoferne das Gastgewerbe gemäß § 124 Z 9 GewO 1994 in der Betriebsart einer Herberge mit den Berechtigungen nach § 124 Abs 1 Z 1 Beherbergung von Gästen ausgeübt, als

- 1) Top 5: 4 Zimmer mit 14 Schlafstellen (4,4,4,2), wobei die Bettbank im Vorraum nicht berücksichtigt wird, hievon 7 Schlafstellen belegt (benützt) waren,
- 2) Top 6: 4 Zimmer mit 13 Schlafstellen (4,4,3,2), wobei hievon nur eine Schlafstelle belegt (benützt) war,
- 3) Top 7: 4 Zimmer mit 14 Schlafstellen (4,4,4,2), wobei die Bettbank im Vorraum nicht berücksichtigt wird, hievon 6 Schlafstellen belegt (benützt) waren,
- 4) Top 9: 4 Zimmer mit 14 Schlafstellen (4,4,4,2), wobei die Bettbank im Vorraum nicht berücksichtigt wird, hievon 5 Schlafstellen belegt (benützt) waren,
- 5) Top 10: 3 Zimmer mit 11 Schlafstellen (4,4,3), wovon 3 belegt (benützt) waren und die Gäste, welche in den vorgenannten Wohnungen dort beherbergt werden, jeweils pro Nacht S 100,-- od S 150,-- bzw pro Monat für die Schlafstelle S 2.500,-- (mit Ausnahme des Hr S Ferenc, welcher pro Monat S 2.100,-- bezahlt) an Sie bezahlen müssen und ebenso folgende Dienstleistungen, nämlich Reinigung der Wohnungen in Abständen von ca drei bis vier Wochen, Zurverfügungstellen der Bettwäsche für die Gäste, Küchenbenützung (es wird jedoch kein Hausrat wie Besteck, Geschirr, Kochgeräte beigelegt), Bad/WC (ohne Handtücher, aber mit WC-Papier), Kühlschrank und TV-Gerät erbracht werden und somit ein Gewerbe ausgeübt, ohne die hierfür erforderliche Gewerbeberechtigung erlangt zu haben."

Der Berufungswerber habe dadurch § 366 Abs 1 Z 1 GewO 1994 verletzt, weswegen über ihn gemäß § 366 Einleitungssatz GewO 1994 eine Geldstrafe von S 5.000,--, im Falle der Uneinbringlichkeit drei Tage Ersatzfreiheitsstrafe verhängt und ihm ein Verfahrenskostenbeitrag in der Höhe von S 500,-- auferlegt wurde. Der im angefochtenen Straferkenntnis erhobene Tatvorwurf geht auf eine Anzeige der Magistratsabteilung 59 -

Marktamtsteilung für den 8./9. Bezirk vom 12.11.1997 zurück, in der im wesentlichen folgendes ausgeführt wird:

"Datum und Zeitpunkt der Sachverhaltsfeststellung:

28.10.1997 ab 19.00 Uhr bis 29.10.1997, 02.00 Uhr

Bei der Kontrolle im obgenannten Standort anwesend:

Name, Anschrift, Funktion:

Dkfm Josef G, Wien, R-Gasse/5, Eigentümer des Hauses Frau O bzw Hr H und zu Beginn d Kontrolle Hr OAR W, Magistratsdirektion, Büro für Hilfs- und Sofortmaßnahmen, Schriftführerin bzw Assistenz

Frau Z, MA 6, Dolmetscherin

Hr F Gabor, Wien, R-Gasse/5, Zeuge

Hr B Pal, Wien, R-Gasse/5, Zeuge

Hr A Ernö, Wien, R-Gasse/7, Zeuge

Hr K Istvan, Wien, R-Gasse/5, Zeuge

Hr S Ferenc, Wien, R-Gasse/7, Zeuge

Hr S Lajos Ferenc, Wien, R-Gasse/9, Zeuge

Hr M Endre, Wien, R-Gasse/10, Zeuge

Ki Wolfgang und D Helmut vom MBA 2 zwecks Kontrolle nach d AusländerBG an das Arbeitsinspektorat für Bauwesen, Wien, F-gasse, abgestellt, Kontrolle nach d AuslBG

F Karl-Ernst, MA 59-MAA 8/9, Wien, A-Straße, Leiter d MAA 8/9

Sachverhalt:

Die Begehung nachstehender Wohnungen (Tops) des Hauses R-Gasse ergab folgenden Umfang an aufgestellten Schlafstellen:

Top 5: 4 Zimmer mit 14 Schlafstellen (4,4,4,2), wobei die Bettbank im Vorraum nicht berücksichtigt wird. Hievon waren 7 Schlafstellen belegt (benützt).

Top 6: 4 Zimmer mit 13 Schlafstellen (4,4,3,2), hievon wurde nur 1 Schlafstelle genutzt, und zwar von Dr J, welcher laut Dkfm G sich derzeit auf Urlaub befindet.

Top 7: 4 Zimmer mit 14 Schlafstellen (4,4,4,2), wobei die Bettbank im Vorraum nicht berücksichtigt wird. Hievon waren 6 Schlafstellen belegt (benützt).

Top 9: 4 Zimmer mit 14 Schlafstellen (4,4,4,2), wobei die Bettbank im Vorraum nicht berücksichtigt wird. Hievon waren 5 Schlafstellen belegt (benützt).

Top 10: 3 Zimmer mit 11 Schlafstellen (4,4,3), wovon 3 belegt (benützt) waren.

Die Wohnungen (Tops) 5 und 6 im ersten Stock, Top 7 im zweiten Stock und Top 9 und 10 im dritten Stock wiesen jeweils (Top 5,7 und 9 übereinanderliegend bzw 6 und 10) nahezu die gleiche Raumanordnung auf.

Die Ausstattung der Tops war hinsichtlich nachstehender Räume fast ident:

a) Vorräume: Top 5,7 und 9 mit 1 Tisch + Sesseln und eine Bettbank, Top 6 und 10 mit 1 Tisch + Sesseln aber ohne Bettbank

b) Schlafräume: Außer den bereits oben angef Schlafstellen waren fast immer ein Nachtkästchen neben jedem Bett, zumindest ein Schrank pro 2 Betten, ein Tisch mit Sesseln, ein Kühlschrank und ein TV-Gerät im Raum.

Abweichungen: Auf Top 5 wies der Raum mit 2 Betten eine zusätzliche Waschecke mit Handwaschbecken und fließendem Warmwasser auf.

Auf Top 6 war in allen Räumen kein TV-Gerät aufgestellt. Auf Top 7 wies der Raum mit 2 Betten kein TV-Gerät aber eine Waschecke (wie Abweichung Top 5) auf.

Auf Top 9 besaßen die Räume 1 und 3 kein TV-Gerät; der Raum 4 mit 2 Schlafstellen besaß eine Waschecke (wie Abweichung Top 5)

Auf Top 10 war der Raum 1 ohne Kühlschrank und ohne TV-Gerät sowie der Raum 3 ohne Kühlschrank. Dafür befanden sich 3 Kühlschränke im Vorraum.

c) Küche: In jeder Küche waren ein kleiner Küchenverbau mit einem Abwaschbecken (fließendes Warmwasser), eine Kochstelle (Gas), ein Tisch mit Sesseln aber kein Kühlschrank vorhanden, Geschirr, Besteck und Kochgeräte waren nur im Minimalumfang vorhanden.

Abweichung: Die Küche auf Top 10 wies einen Kühlschrank auf.

d) Bad mit WC: Raumausstattung mit Dusche über einer Wanne, Handwaschbecken mit Spiegel sowie eine Sitzzelle (WC)

e) WC: Raum mit einer Sitzzelle aber ohne Handwaschbecken (nur bei Top 6, 9 und 10).

In Überprüfung der Kriterien einer unbefugten Beherbergung - zur Anfrage des MBA 9, Zahl S 6359/97 - wurden 7 Zeugen (siehe Beilagen B1, B2 und B3 als Beispiele für eine kurzfristige Beherbergung und C1, C2, C3, C4 als Beispiele für eine langfristige Beherbergung) per Niederschrift einvernommen und Herr Dkfm G, welcher unmittelbar nach Beginn der Kontrolle auf Top 5 dort erschienen ist, befragt. Auch die Ergebnisse der Befragung des Herrn Dkfm G vom 4.11.1997 durch Herrn Wolfgang Ki vom MBA 2, abgestellt zum Arbeitsinspektorat zur Durchführung von Kontrollen nach dem AusländerbeschäftigungsG (siehe beil AV vom 6.11.1997 mit der Bezeichnung "A" plus Beilagen I - IX) wurden berücksichtigt und somit folgendes erhoben / in Erfahrung gebracht:

Laut Herrn Dkfm G bestehen für die Wohnungen Top 6, 7, 9 und 10 (nicht für Top 5) noch immer gültige Mietverträge mit ungarischen Firmen (siehe Beilagen A und I-IV) wofür die Abrechnung laut "Journal für Oktober 1997" über "Mieteinnahmen von Firma Bu/W9, Pr/W7 und Ek/W10" (siehe Beilage V) vorgezeigt worden ist. Zugegeben wurde, daß die Mieter (ungar Firmen) die Bezahlung nicht durchführen (siehe Beilage A), sondern daß dies durch die Unterkunftnehmer - siehe Namen in den Mietzahlungsbelegen neben der ungar Firmenbezeichnung (siehe Beilagen VI-VIII) - erfolgt. Laut vorgezeigtem Zahlungsbeleg (IX) bezahlt Herr Dkfm G "Ortstaxe" für R-Gasse, obwohl er keine Gewerbeberechtigung für ein entsprechendes Gastgewerbe in diesem Standort besitzt. Als Ergebnis der Befragungen/Erhebungen im Rahmen der AusländerbeschäftigungsG - Kontrolle geht hervor, daß abgesehen von den Fällen eines Kurzbesuches in Wien alle ungar Schlafstellenbenützer (zT seit Jahren) bei österreichischen Firmen beschäftigt sind/waren (siehe auch Beilage A).

Als Ergebnis der ha Befragung von 7 angetroffenen Schlafstellenbenützern als Zeugen im Verwaltungsstrafverfahren (Verdacht auf unbefugte Beherbergung) ist zusammenfassend festzuhalten:

a) Hinsichtlich der kurzfristigen Beherbergung (Beilage B1,B2,B3):

Die gegenständliche Adresse wurde über frühere Schlafstellenbenützer bereits in Ungarn in Erfahrung gebracht. Anruf von Ungarn aus, ob ein Bett frei sei. Zuweisung der Schlafstelle durch Herrn Dkfm G persönlich. Bezahlung von S 100,- oder S 150,- pro Nacht an Herrn Dkfm G direkt. Keine Ausstellung von Belegen (auch nicht bei früheren Aufenthalten) über die Bezahlung der Schlafstelle durch Herrn Dkfm G. Von Herrn Dkfm G wurden zur Verfügung gestellt / zur Benützung angeboten:

Bettwäsche, Küchenbenützung (es wird jedoch kein Hausrat wie Besteck, Geschirr, Kochgeräte beigelegt), Bad/WC (ohne Handtücher aber mit WC-Papier) Kühlschrank und TV-Gerät.

b) Hinsichtlich der längerfristigen Beherbergung (s Beilagen C1,C2,C3,C4) wurden die Fragen laut beil Fragenkatalog der MAA 8/9 (Beilage X) wie folgt beantwortet:

ad Frage 1/2: Der offizielle Mieter - siehe auch die Aussage von Herrn Dkfm G in Beilage A zu den Mietverträgen (Beilagen I-IV) - ist den Zeugen nicht bekannt. Die dzt Schlafstellennutzer sind nur zum Teil bekannt. Laut Zeuge Herrn K Istvan (s Beilage C1) nützt Herr Dkfm G seit mindestens zwei Jahren die Wohnung Top 5 nicht mehr persönlich (auch nicht als Schlafstelle).

ad Frage 3/4: Über die von Dkfm G persönlich zur Verfügung gestellte Wohnung gibt es nur eine mündliche Vereinbarung über die Wohnungsnutzung als Schlafstelle.

ad Frage/6/7: Die unbefristete Vereinbarung der Schlafstellennutzung kann jederzeit formlos gelöst werden. Die Nutzung der Schlafstellen erfolgt überwiegend für eine längere Zeit; nur geringfügig kurzfristige Nutzung.

ad Frage 8a/8b: Gegenstand der Vereinbarung (nur mündlicher Vertrag) ist immer eine Schlafstelle. Pro Schlafstelle werden zur Verfügung gestellt:

Kochgelegenheit in der Küche, Spülmittel für die Küche, Bad/WC, Reinigungsmittel für das Bad, WC-Papier, Kühlschrank und TV-Gerät, sowie Bettzeug und -wäsche. Ausnahme beim Zeugen Herrn S Ferenc (s Beilage C2), welcher die Bettzeugwäsche (Reinigung) selbst durchführt und dadurch einen Preisnachlaß auf S 2.100,- statt S 2.500,- erwirkt.

ad Frage 9: Für die Schlafstelle werden S 2.500,- pro Monat bezahlt (Ausnahme S 2.100,- laut Beilage C2).

ad Frage 10: Strom- und Gaskosten werden von Herrn Dkfm G bezahlt. ad Frage 11: Reinigung der Wohnung in Abständen von 3 bis 4 Wochen auf Kosten von Herrn Dkfm G (s C1). Reinigung der allgemein zugänglichen Wohnbereiche (außer Schlafräumen) einmal pro Woche auf Kosten von Herrn Dkfm G durch einen Reinigungsarbeiter (s C4). Reinigung der Bettwäsche in Abständen von 3 bis 4 Wochen auf Kosten von Dkfm G (s C1, C4 sowie Erklärung in Beilage A). Müllentsorgung täglich durch Reinigungsarbeiter v Dkfm G (s C4). Kein Speisen- oder Getränkeangebot durch Herrn Dkfm G (C1-C4). ad Frage 12: Adressen von ungar Firmen (C1,C2,C4) bzw von RA Dr Rosalia Di, Wien (s C3) hinsichtlich der Auskunft über die Zeiten der Wohnungsnutzung (mit Angabe der letzten Nutzung ohne Unterbrechung) siehe Beilagen C1,C2,C4

ad Frage 13: Keine konkreten Zeugenangaben, jedoch wurden schon verschiedene Wohnungen (Schlafstellen) des Dkfm G im Haus bezogen (s C1,C2)

ad Frage 14: Schlafstellenvergabe durch Herrn Dkfm G persönlich und auf seine Rechnung mit unterschiedlichen Formen der Zahlungsabwicklung direkt an ihn (s C1-C4)

ad Frage 15: Anzahl der Schlafstellen (mit Angabe des Belages am 28.10.1997) Top 5: 14 (7), Top 7: 14 (6), Top 9: 14 (5), Top 10:

11 (3)

ad Frage 16: In geringem Umfang Touristen (s Beilagen B1-B3) sowie im größeren Umfang in Österreich Beschäftigte (s C1-C4). Namen und Adressen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer wurden von den bei der Kontrolle anwesenden Beamten des MBA 2 (s Anwesende im Kopf der Anzeige), welche die Kontrollen im Sinne des Ausländerbeschäftigungsg durchgeföhrt haben, überprüft/festgehalten (s Beilage A)

ad Frage 17: Die zit Firmen - laut Dkfm G noch offizielle Mieter der Tops 6,7,9,10 - sind den mit Niederschrift Befragten entweder nicht bekannt (B1,B2,B3 sowie C3) oder nur dem Namen nach bekannt (C1,C2) bzw als nicht mehr existent bekannt (C4).

ad Frage 18: siehe Beantwortung zu Frage 12

An Veränderungen im Sachverhalt - gegenüber dem Berufungsbescheid des UVS-04/24/00134/92 gegen das Straferkenntnis des MBA 9 vom 31.1.1992, MBA 9/07/048/1/Str - sind aufgrund der Wahrnehmungen/Erhebungen der MAA 8/9 und des Arbeitsinspektorates, vertreten durch die Herrn Ki und D vom MBA 2, festzuhalten:

1) Hinsichtlich Top 5 kann nicht mehr von einer "häuslichen Nebenbeschäftigung" (Ausnahme von der Gewerbeordnung) gesprochen werden - obwohl Herr Dkfm J G noch dort gemeldet ist - da alle vorhandenen Zimmer mit Schlafstellen (14 ohne die Bettbank im Vorzimmer) belegt sind und Herr Dkfm G laut Niederschrift mit dem Zeugen Herrn Istvan K (s C1) seit mindestens zwei Jahren keinen persönlichen Gebrauch von der Wohnung (auch nicht als Schlafstelle) mehr macht.

2) Durch niederschriftliche Einvernahme - unter Beiziehung einer Dolmetscherin - von 7 Zeugen (s B1-B3 und C1-C4) konnte die persönliche Vergabe der Schlafstellen in den Tops 5,7,9,10 (in Top 6 war zur Revisionszeit niemand anwesend) verbunden mit der Erbringung von Dienstleistungen (s Punkt 3 unten) durch Herrn Dkfm G festgestellt werden. Die laut Herrn Dkfm G noch aufrechten Mietverträge (für Top 6,7,9,10) - "der Mietgegenstand darf nur für Angehörige" der jeweils zit ungar Firmen "verwendet werden" (s Beilagen I-IV) - sind auf Grund der Zeugenaussagen und laut seiner Angabe in Beilage A als überholt anzusehen. Alle Zeugen sind bei österreichischen Firmen beschäftigt und kennen zum Teil die ungar Firmen (laut den Mietverträgen) nicht.

3) Dienstleistungen durch Herrn Dkfm G werden im Umfang der Zeugenbeantwortung zur Frage 11 des beiliegenden ha Fragenkataloges erbracht (s im Text oben) Verfügungsrechte von Mietern in den obzit Tops (Wohnungen) kommen nach ha Ansicht nicht zur Anwendung; es werden auch die Strom- und Gaskosten durch Herrn Dkfm G bezahlt (s Zeugenangaben zu Frage 10).

Aufgrund der ha oben ausgeführten Sachverhaltsdarstellungen liegt nach ha Ansicht eine unbefugte Ausübung von Gästebeherbergung im Standort R-Gasse/Top 5,6,7,9,10 durch Dkfm G vor.

Die unbefugte Gästebeherbergung erscheint durch das Vorliegen nachstehender Tatsachen gegeben:

Mit der Vergabe von Schlafstellen durch den Eigentümer des Hauses persönlich werden von ihm auch die im Text oben (s Pkt3) angeführten Dienstleistungen erbracht. Auch die Ausstattung der Tops (s Beschreibung im Text Seite 2 oben) läßt die Absicht der Raumnutzung zu Beherbergungszwecken erkennen, da praktisch alle möglichen Räume (außer den Sanitäräumen, Küche und dem Vorzimmer) durch Aufstellung v Schlafstellen für die Beherbergung genützt werden.

1) Wegen Fehlens einer entsprechenden Gewerbeberechtigung wird von ha die Anzeige erstattet.

2) Wegen Fehlens einer Betriebsanlagengenehmigung wird ebenfalls die Anzeige erstattet.

Tatzeit bzw Tatzeitraum: laut den unterschiedlichen Zeugenaussagen (B1-B3 und C1-C4) wurden alle 7 Zeugen zumindest ab 27.10.1997 im obgenannten Standort beherbergt."

In der gegen dieses Straferkenntnis erhobenen Berufung wird im wesentlichen ausgeführt, der gleiche Vorwurf sei gegen den Berufungswerber bereits mit Straferkenntnis vom 31.1.1992, MBA 9/07/048/1/Str, erhoben worden, dieses Straferkenntnis sei aber mit Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates Wien vom 5.5.1993, UVS-04/24/00134/92, aufgehoben worden. Gegenüber dem damals angenommenen Tatbestand sei keine Änderung eingetreten, weshalb er im Vertrauen auf die Richtigkeit dieser Entscheidung die Tätigkeit der häuslichen Nebenbeschäftigung im gleichen Umfang weitergeföhrt habe. Eine Beherbergung von Gästen als Gewerbebetrieb liege nur dann vor, wenn gleichzeitig mit der Zurverfügungstellung des Wohnraumes damit üblicherweise im Zusammenhang stehende Dienstleistungen erbracht würden. Weder damals noch heute würden solche Dienstleistungen erbracht. Es sei dabei davon auszugehen, daß üblicherweise bei der entgeltlichen Gastaufnahme eine Rezeption (Prüfung) der Gäste erfolge, daß eine Werbung durchgeföhrt werde, die hier nicht vorliege (keine Ankündigung), daß keine Angestellten beschäftigt würden und auch keine Reinigung des Mietobjektes vorgenommen werde, sondern die jeweiligen Bewohner verpflichtet würden, die Reinigung selbst vorzunehmen. Es erfolge vielmehr nur die Zurverfügungstellung des Wohnraumes auf Grund der Mietverträge ohne Nebenverpflichtungen. Wie der Verwaltungsgerichtshof mit Entscheidung vom 24.6.1983, 82/04/0056, ausgesprochen habe, sei zur Annahme einer gewerblichen Tätigkeit erforderlich, daß ein Verhalten des

Vermieters festgestellt werde, welches, wenn auch in begrenzter Form, eine laufende Obsorge hinsichtlich der vermieteten Räume im Sinne einer daraus resultierenden Betreuung des Gastes verrate. Eine solche Betreuung werde vom Berufungswerber nicht vorgenommen. Er überlasse die Auswahl der Bewohner den Gesellschaften, mit denen der Mietvertrag abgeschlossen werde, wobei es Sache der Hauptmieter sei, die Personen auszuwählen, die für die Unterkunft in Frage kämen: Auch die Annahme eines Massenquartiers bestehe nicht zu Recht, was sich schon aus der festgestellten Benützung der Wohnräume ergebe. Nach den Feststellungen des angefochtenen Bescheides seien zB bei Top Nr 5 14 Schlafstellen, wovon nur 7 belegt seien, bei Top Nr 6 13 Schlafstellen, von denen nur eine benützt sei, bei Top Nr 7 14 Schlafstellen, wovon 6 benützt würden, und bei Top Nr 9 14 Schlafstellen, wovon 5 benützt würden, Top Nr 10 11 Schlafstellen, wovon 3 belegt seien, von insgesamt 66 Schlafstellen seien nur 22 belegt. Es sei also im Durchschnitt ein Belag gegeben, der nur ein Drittel der verfügbaren Betten ausmache, sodaß keinesfalls der Anschein eines Massenquartiers gegeben sei, wobei besonders ins Gewicht falle, daß die Wohnungen zwischen 116 m<sup>2</sup> und 146 m<sup>2</sup> aufwiesen, also keine beengte Unterbringung erfolge. Daß mehr als 10 Betten in der Wohnung des Berufungswerbers Top Nr 5 jemals zur Verfügung gestellt worden seien, sei nicht festgestellt worden und sei auch nachweislich nicht der Fall gewesen. In den übrigen Wohnungen sei eine Höchstzahl von Betten nicht vorgeschrieben und auch niemals ein voller Belag erreicht worden. Das bloße Aufstellen der Betten genüge zur Annahme eines Gewerbes nicht, zumal der Berufungswerber die Anzahl jederzeit nach Belieben verändern könne. Bei der Beurteilung des Verschuldens sei zu berücksichtigen, daß die Vorgangsweise des Berufungswerbers durch den Berufungsbescheid vom 5.5.1993 voll gedeckt sei und er sich darauf hätte verlassen können, daß seine Verhaltensweise nicht gegen ein gesetzliches oder behördliches Verbot verstoße. Es fehle daher auch die Voraussetzung des Verschuldens für die Verhängung einer Verwaltungsstrafe. Der Beschuldigte hätte auch davon ausgehen müssen, daß der Inhalt dieses Bescheides für sein weiteres Vorgehen maßgeblich sein würde.

2. Am 17.2.1998 fand vor dem Unabhängigen Verwaltungssenat Wien eine öffentliche mündliche Verhandlung statt, an der der Berufungswerber und ein Rechtsvertreter des Berufungswerbers teilgenommen haben.

Nach Bezeichnung des Gegenstandes der Verhandlung und Zusammenfassung des bisherigen Ganges des Verfahrens wurden über ausdrücklichen Wunsch des Berufungswerbers und dessen Rechtsvertreter vom Verhandlungsleiter die dem Verfahren zugrundeliegende Anzeige der Magistratsabteilung 59 - Marktamtsabteilung für den 8./9. Bezirk vom 12.11.1997, der beim Magistratischen Bezirksamt für den 2. Bezirk am 6.11.1997 verfaßte Akenvermerk über eine Vorsprache des Berufungswerbers und die anlässlich der Überprüfung des Objektes Wien, R-Gasse, am 28./29.10.1997 aufgenommenen Niederschriften über die zeugenschaftliche Befragung von sieben Schlafstellenbenützern verlesen.

Anschließend führte der Berufungswerber aus, daß die Anlastung im Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses in Ansehung der Anzahl der bereitgestellten Schlafstellen (66 Schlafstellen) und deren Nutzung (22 Schlafstellen) im Revisionszeitraum außer Streit gestellt werde. Weiters führte er aus, daß der weitaus größere Teil der Schlafstellen von ungarischen Staatsbürgern langfristig genutzt werde; bei diesen Personen handle es sich um solche, die in Österreich legal einer Beschäftigung nachgingen bzw nachgehen könnten. Ein geringer Teil der Schlafstellen werde an Personen vergeben, die sich nur kurzfristig (also einige Tage) in Wien aufhielten; zum Teil handle es sich hier um Personen, die auf Arbeitssuche bzw auf Probe beschäftigt seien; zum Teil handle es sich hier auch um Touristen. Bei diesen Personen passiere es ihm immer wieder, daß er die Nächtigungsgebühr von grundsätzlich S 100,- (bei einigen sei auch eine Monatsmiete vereinbart gewesen) nicht bekomme. Dies stelle für ihn einen echten Einnahmeausfall dar. Er wäre zwar rechtlich in der Lage, diesen Ausfall von den Unternehmen, die Mieter der Wohnungen seien, geltend zu machen; dies sei aber faktisch nicht durchführbar. Es treffe auch zu, daß Personen, die bei ihm nur auf kürzere Zeit Schlafstellen benutzten, ihn schon aus Ungarn anriefen, ob eine Schlafstelle frei sei. Er frage bei diesen Anrufen auch immer wieder, von wem die Anrufer seine Adresse hätten. Diese Vorgangsweise gebe es auch bei den Personen, die zwar schon längerfristig bei ihm wohnten, aber für kürzere oder längere Zeit nach Hause gefahren seien. Über Vorhalt, aus den verlesenen Niederschriften gehe hervor, daß die Personen, die die Schlafstellen nur für einige Tage genutzt hätten, zeugenschaftlich angegeben hätten, die Adresse des Berufungswerbers von einem "Bekanntem" erfahren zu haben, gab er an, daß es sich bei diesen als "Bekannte" bezeichneten Personen sicher um frühere Schlafstellenbenutzer handle, die bei einem der Unternehmen, die Mieter einer der fraglichen Wohnungen seien, beschäftigt gewesen seien.

Über Vorhalt, daß er nach dem gleichfalls über ausdrücklichen Wunsch verlesenen Aktenvermerk des Magistratischen Bezirksamtes für den 2. Bezirk vom 6.11.1997 bei der Vorsprache am 4.1.1997 (ua) geäußert habe, die von ihm den Gästen zur Verfügung gestellte Bettwäsche werde etwa alle drei bis vier Wochen auf seine Rechnung in der Wäscherei Ha gereinigt, führte der Berufungswerber aus, daß auf Wunsch die Bettwäsche von ihm zur Verfügung gestellt und von ihm persönlich alle drei bis vier Wochen in die Wäscherei Ha in Wien zur Reinigung gebracht werde. Einige wenige Schlafstellenbenutzer machten davon aber keinen Gebrauch. Nach Vorhalt, daß nach den verlesenen Zeugenaussagen eine Reinigung zumindest der allgemein zugänglichen Wohnbereiche in Abständen von etwa drei bis vier Wochen erfolge und auch regelmäßig eine Müllentsorgung vorgenommen werde, gab der Berufungswerber an, daß die Schlafstellenbenutzer die Verpflichtung hätten, die ihnen zur Verfügung stehenden Räumlichkeiten selbst in Ordnung zu halten. Dort, wo es trotz Aufforderung nicht klappe, würden die allgemein zugänglichen Räumlichkeiten (Küche, Bad, WC) zusätzlich jede zweite oder dritte Woche von ihm selbst, von seiner Frau oder von einem Verwandten (er habe etwa 50 Verwandte, die

immer wieder nach Wien kämen) gereinigt. Von ihm würden nur im Bedarfsfall Reinigungsmittel und sogar Staubsauger zur Verfügung gestellt. Die Schlafstellenbenutzer hätten zwar die Verpflichtung, den Müll selbst zu entsorgen, wo es trotz Aufforderung nicht klappe, müsse er persönlich bzw seine Gattin oder ein enger Verwandter selbst die Entsorgung des Mülls vornehmen. Es treffe auch zu, daß er - aber wieder nur im Bedarfsfall - WC-Papier zur Verfügung stelle. Den Schlafstellenbenutzern stünden grundsätzlich auch ein Kühlschrank und ein TV-Gerät zur Verfügung. Bei der möglichen Küchenbenützung würde kein Hausrat (wie Besteck, Geschirr) zur Verfügung gestellt. Es gebe für die Vermietungen keine eigene Aufsichtsperson, keinen Portier und auch sonst keinen Bevollmächtigten.

Zum Vorhalt der Zeugenaussage des Herrn K bei der Überprüfung am 28./29.10.1997, wonach der Berufungswerber die Wohnung Top Nr 5 seit etwa zwei oder drei Jahren nicht mehr nutze (auch nicht als Schlafstelle), gab der Berufungswerber an, daß er sehr wohl einbis viermal im Monat in dieser Wohnung nächtige. Er komme des öfteren erst unerwartet sehr spät am Abend, um sich zu vergewissern, ob alles in Ordnung sei, da könne ihn Herr K dann gar nicht sehen. Schließlich führte der Berufungswerber nochmals aus, daß der Sachverhalt sich seit dem 8.11.1991 (Straferkenntnis vom 31.1.1992, MBA 9/07/048/1/Str und Berufungsbescheid vom 5.5.1993, UVS-04/24/134/92) nicht geändert habe.

Herr K Istvan (einer der sieben Schlafstellenbenutzer, die bei der Kontrolle am 28./29.10.1997 zeugenschaftlich befragt worden waren) gab in der öffentlichen mündlichen Berufungsverhandlung zeugenschaftlich nachstehende Angaben zu Protokoll:

"Ich habe vor etwa 7 bis 8 Jahren die Unterkunft in Wien, R-Gasse, bezogen. Ich wohne derzeit in Top 5, Raum 5. Diese Schlafstelle in Top 5, Raum 5, habe ich seit etwa zwei Jahren. Vorher habe ich etwa ein halbes Jahr im dritten Stockwerk (Top 9, Raum 3) die Schlafstelle gehabt. Und wieder vorher etwa zwei Jahre lang im zweiten Stock (Top 7, Raum weiß ich nicht mehr). Zwischenzeitig bin ich auch einmal ausgezogen und habe wo anders gewohnt. Ich war zuerst mit meiner ungarischen Firma da. Ob diese ungarische Firma einen Mietvertrag abgeschlossen hat, weiß ich nicht und ich habe zu dieser ungarischen Firma auch keinen Kontakt mehr. Das ungarische Unternehmen war böse auf mich, weil ich in das österreichische Unternehmen, an das ich zuerst nur verliehen war, direkt eingegliedert wurde. Ich war zuerst etwa zwei Jahre bei der ungarischen Firma beschäftigt (wenn auch an österreichische Unternehmen verliehen) und seitdem bin ich - also seit etwa fünf Jahren - direkt bei österreichischen Unternehmen beschäftigt. Dadurch war das ungarische Unternehmen böse auf mich. In den ersten zwei Jahren habe ich meinen Lohn direkt vom ungarischen Unternehmen bekommen. Zuerst bin ich im Einvernehmen mit meiner Firma in die Unterkunft in Wien, R-Gasse, zurückgekehrt. Ich habe keinen Einfluß darauf gehabt, wo meine Schlafstelle war; das hing von dem Unternehmen ab. Ohne Unterbrechungen wohne ich seit dem 1.3.1997 wieder in der R-Gasse, Top 5. Auch vorher habe ich, bevor ich ausgezogen bin, in Top 5 gewohnt.

Zum Vorhalt, daß ich bei meiner Zeugenaussage am 28.10.1997 ausgesagt habe, daß die Wohnung in Abständen von ca 3 bis 4 Wochen auf Kosten von Herrn Dkfm G gereinigt werde, sage ich, daß das auch stimmt, weil eine Frau regelmäßig das Stiegenhaus reinigt, daher habe ich angenommen, daß diese Frau auch gelegentlich die Wohnung reinigt. Ich bin ja nur von Montag bis Donnerstag anwesend, was in der restlichen Zeit passiert, kann ich nicht sagen. Ich persönlich habe die Frau in dieser Wohnung nie gesehen. Ich gehe davon aus, weil mir mein Zimmerkollege das gesagt hat, daß er zum Wochenende die Wohnung in Ordnung bringt. Das habe ich aber auch nicht gesehen. Wenn ich nach dem Wochenende aus Ungarn zurückkehre, dann bewirte ich diesen Zimmerkollegen mit Sachen, die ich aus der Heimat mitbringe.

Zum Vorhalt, daß ich bei meiner Zeugenaussage am 28.10.1997 ausgeführt habe, daß Herr Dkfm G von der Wohnung Top Nr 5 persönlich seit zwei bis drei Jahren keinen Gebrauch mehr gemacht habe (auch keinen Gebrauch als Schlafstelle), sage ich nunmehr aus, daß ich dazu keine genaue Aussage machen kann, weil ich von Freitag bis Sonntag nicht anwesend bin. Weiters möchte ich anführen, daß sich im Bad ein großer Schrank befindet, der versperrt ist. Ich weiß, daß dieser Kasten zur persönlichen Nutzung des Herrn Dkfm G steht. Ich habe nämlich persönlich gesehen, daß Herr Dkfm G den Kasten auf- und zugesperrt hat.

Über Befragen des BwV:

Wenn Herr Dkfm G spät am Abend in die Wohnung kommen sollte, kann ich das kaum wahrnehmen, weil ich mich im hintersten Zimmer befinde.

Da das ungarische Unternehmen wie ich oben ausgeführt habe, auf mich böse war, mußte ich auch aus der R-Gasse, Top 9, ausziehen."

In seinen Schlußausführungen gab der Berufungswerber an, er sei Inlandsvertreter aller ungarischen Unternehmen, an die die Wohnungen vermietet worden seien. Im Rahmen dieser Vertretungsbefugnis könne er auch über die Schlafstellen mit den gleichen Rechten verfügen wie die vorgenannten ungarischen Unternehmen. Er verweise zusammenfassend nochmals auf seine Berufungsausführungen und ergänze, daß die Dienstleistungen, die in einem Beherbergungsbetrieb für Gäste normalerweise getätigt würden, im vorliegenden Fall nicht erbracht würden. Nach der Judikatur sei im Fall der Bereitstellung der Bettwäsche, die nur fallweise erfolge, das Kriterium einer Tätigkeit im Beherbergungsbetrieb nicht gegeben. Auch hinsichtlich der Wohnung Top Nr 5 sei auszuführen, daß er diese Wohnung noch benütze, und zwar zum Wochenende, wo der Zeuge K

nicht anwesend sei. Selbst bei Anwesenheit dieses Zeugen könne dieser - wie der Zeuge K eindeutig erklärt habe - den Berufungswerber bei Benützung der vorderen Räumlichkeiten nicht sehen.

Der Berufungswerber hat auf die öffentliche Verkündung des Berufungsbescheides verzichtet.

3. Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien hat erwogen:

Aufgrund des Akteninhaltes (insbesondere der in der öffentlichen mündlichen Berufungsverhandlung nach Verlesung mit dem Berufungswerber erörterten Aktenteile, nämlich der Anzeige der Magistratsabteilung 59 vom 12.11.1997, des Aktenvermerkes des Magistratischen Bezirksamtes für den 2. Bezirk vom 6.11.1997 und der sieben Niederschriften über die zeugenschaftliche Befragung von Schlafstellenbenützern am 28./29.10.1997) und der Ausführungen des Berufungswerbers in der öffentlichen mündlichen Berufungsverhandlung steht fest, daß im Tatzeitraum in fünf verschiedenen Wohnungen (Top Nr 5,6,7,9 und 10) des Objektes in Wien, R-Gasse, insgesamt 66 Schlafstellen aufgestellt waren, wovon 22 Schlafstellen belegt (benützt) waren. Bei dem größeren Teil der Schlafstellenbenützer handelt es sich um ungarische Staatsbürger, die in Österreich einer legalen Beschäftigung nachgehen und die überwiegend bereits seit mehreren Jahren - wenn teilweise auch mit Unterbrechungen - eine Schlafstelle in einer der vorgenannten Wohnungen benutzen. Bei dem kleineren Teil der Schlafstellenbenützer handelt es sich um ungarische Staatsbürger, die die Schlafstelle nur kurzfristig (also nur einige Tage) benutzen; darunter befinden sich auch Touristen. Die Personen, die die Schlafstellen nur kurzfristig in Anspruch nehmen, rufen den Berufungswerber schon aus Ungarn an, ob eine Schlafstelle frei sei. Diese Personen treffen sich dann vor dem Haus (R-Gasse) mit dem Berufungswerber, der ihnen dann eine Schlafstelle zuweist. Sie bekommen Bettwäsche, dürfen die Küche benutzen (kein Hausrat vorhanden), WC-Papier ist vorhanden, Handtuch wird nicht zur Verfügung gestellt, im allgemeinen sind im Schlafraum Kühlschrank und TV-Gerät vorhanden. Die Bezahlung (im Regelfall S 100,- pro Nacht) erfolgt meistens vor der Abreise. Konfrontiert mit seinen Äußerungen anlässlich seiner Vorsprache beim Magistratischen Bezirksamt für den 2. Bezirk am 4.11.1997 und mit den Zeugenaussagen der vier Personen, die die Schlafstellen schon längerfristig benutzen, hat der Berufungswerber - abweichend von seinen Ausführungen in der Berufung, wo er die Erbringung von Dienstleistungen noch zur Gänze in Abrede gestellt hatte - in der öffentlichen mündlichen Verhandlung zugestanden, daß über Wunsch Bettwäsche von ihm nicht nur zur Verfügung gestellt, sondern auch in Abständen von etwa drei bis vier Wochen von ihm persönlich in eine Wäscherei zur Reinigung gebracht wird (nach seinen eigenen Angaben machen nur wenige Schlafstellenbenützer davon keinen Gebrauch). Weiters hat der Berufungswerber nach Vorhalt der diesbezüglichen Zeugenaussagen vom 28./29.10.1997 in der öffentlichen mündlichen Verhandlung (erstmalig) zugegeben, daß dann, wenn die Schlafstellenbenützer der Verpflichtung, die Räumlichkeiten selbst in Ordnung zu halten, nicht nachkommen, die allgemein zugänglichen Räumlichkeiten (Küche, Bad, WC) zusätzlich jede zweite oder dritte Woche gereinigt werden und dann, wenn die Schlafstellenbenützer der Verpflichtung, den Müll zu entsorgen, nicht nachkommen, auch der Müll entsorgt wird. Der Berufungswerber stellt auch nicht mehr in Abrede, daß den Schlafstellenbenützern - wenn auch "nur im Bedarfsfall" - Reinigungsmittel und WC-Papier zur Verfügung gestellt wird. In dem Preis, der bei einer längerfristigen Benützung einer Schlafstelle zu entrichten ist (im Regelfall S 2.500,- monatlich), sind die oben angeführten Leistungen (inklusive Küchenbenützung, Kühlschrank und TV-Gerät) und die Strom- und Gaskosten inkludiert. Die Vergabe der Schlafstellen erfolgt in jedem Fall durch den Berufungswerber; auch die Bezahlung der Entgelte für die Schlafstellen (mit verschiedenen Formen der Abwicklung der Bezahlung) erfolgt direkt an ihn. Auch der Feststellung in der Anzeige der Magistratsabteilung 59, wonach alle bei der Überprüfung am 28./29.10.1997 zeugenschaftlich befragten Schlafstellenbenützer (die in Österreich einer Beschäftigung nachgingen) bei österreichischen Unternehmen beschäftigt seien und zum Teil die ungarischen Unternehmen (laut den Mietverträgen) nicht kennen würden, ist der Berufungswerber nicht entgegengetreten (siehe dazu auch die oben wiedergegebene Angabe des Zeugen K in der Berufungsverhandlung, wonach er nur die ersten zwei Jahre bei einem ungarischen Unternehmen beschäftigt gewesen sei und seit etwa fünf Jahren direkt in das österreichische Unternehmen, an das er zuerst nur verliehen gewesen sei, eingegliedert sei).

In rechtlicher Hinsicht ergibt sich folgendes:

Gemäß § 366 Abs 1 Z 1 GewO 1994 begeht eine Verwaltungsübertretung, die nach dem Einleitungssatz dieser Gesetzesstelle mit Geldstrafe bis zu S 50.000,- zu bestrafen ist, wer ein Gewerbe ausübt, ohne die erforderliche Gewerbeberechtigung erlangt zu haben.

Gemäß § 142 Abs 1 Z 1 GewO 1994 bedarf es für die Beherbergung von Gästen einer Gewerbeberechtigung.

Dauermietverhältnisse, die in der bloßen Überlassung von Wohnräumen für einen in der Regel längeren, vielfach unbestimmten Zeitraum bestehen, sollen durch § 142 Abs 1 Z 1 GewO 1994 auf keinen Fall erfaßt sein. Wo die Grenze zwischen einer bloßen Zurverfügungstellung von Wohnräumen und einer in den Berechtigungsumfang des Gastgewerbes fallenden Beherbergung verläuft, wird nur im Einzelfall beurteilt werden können. So werden Appartementhäuser, die nach ihrem äußeren Erscheinungsbild gewisse Merkmale eines Beherbergungsbetriebes aufweisen, zweifellos unter § 142 Abs 1 Z 1 leg cit fallen (vgl Kobzina-Hrdlicka, GewO 1994, Anm 2 zu § 142 GewO 1994 und die Erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage GewO 1972, in 395 der Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates

13. GP).

Eine dem Begriff der Fremdenbeherbergung zuzuordnende Tätigkeit liegt jedenfalls dann vor, wenn gleichzeitig mit der Zurverfügungstellung von Wohnraum damit üblicherweise im Zusammenhang stehende Dienstleistungen erbracht werden. Dazu ist erforderlich, daß das aus dem Zusammenwirken aller Umstände sich ergebende Erscheinungsbild ein Verhalten des Vermieters der Räume erkennen läßt, das, wenn auch in beschränkter Form, eine laufende Obsorge hinsichtlich der vermieteten Räume im Sinne einer daraus resultierenden Betreuung des Gastes verrät (vgl ua VwGH 23.10.1974, 979/74). So ist zB die entgeltliche Vergabe von Bettstellen in einem Massenquartier selbst dann als Ausübung des Fremdenbeherbergungsgewerbes anzusehen, wenn in völlig unzureichendem Maße sanitäre Einrichtungen beigelegt werden und an Dienstleistungen dem Kunden gegenüber nur die gelegentliche Beistellung von Bettwäsche erbracht wird (vgl ua VwGH 8.11.1967, VwSlg 7216/A).

Der Verwaltungsgerichtshof hat in seiner Rechtsprechung (vgl ua VwGH 29.11.1963, 1758/62) wiederholt dargetan, daß dann, wenn es an derlei Dienstleistungen fehle, die Frage, ob gewerbsmäßige Fremdenbeherbergung anzunehmen ist, unter Bedachtnahme auf alle Umstände des Einzelfalles zu beantworten ist, und zwar im besonderen unter Bedachtnahme auf den Gegenstand des Vertrages (bloß Schlafstelle oder Wohnraum und dessen Umfang), Dauer des Vertrages, Verabredungen in Ansehung der Kündigung und der Kündigungsfristen, Nebenverabredungen über Beistellung von Bettwäsche und Bettzeug, über Dienstleistungen wie Reinigung der Haupt- und der Nebenräume, der Bettwäsche, der Kleider usw des Mieters, Beheizung udgl sowie über die Art und Weise, in welcher der Betrieb sich nach außen darstellt.

Der oben festgestellte Sachverhalt (nämlich sowohl langfristige als auch (wenn auch nur im geringeren Umfang) kurzfristige Vergabe von Schlafstellen; Beistellung und regelmäßige Reinigung der Bettwäsche auf Wunsch der Schlafstellenbenützer in Abständen von etwa drei bis vier Wochen; Zurverfügungstellung von Reinigungsmitteln und WC-Papier im Bedarfsfall; Reinigung der allgemein zugänglichen Räumlichkeiten (Küche, Bad, WC) jede zweite oder dritte Woche und Entsorgung des Mülls dann, wenn die Schlafstellenbenützer ihrer diesbezüglichen Verpflichtung nicht nachkommen; Beistellung von TV-Geräten und Kühlschränken sowie Ermöglichung einer Küchenbenützung) stellt sich daher nach der oben angeführten Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zweifelsohne als gewerbsmäßige Ausübung der Beherbergung von Gästen dar, für die der Berufungswerber aber die erforderliche Gewerbeberechtigung nicht erlangt hatte (vgl auch VwGH vom 15.9.1992, ZI 91/04/0041).

Daran vermag auch nichts zu ändern, daß der Berufungswerber nach den im bezughabenden Verwaltungsstrafakt einliegenden Ablichtungen von Auszügen aus Mietverträgen als Hauseigentümer in den Jahren 1986 bis 1988 für die Wohnungen Top Nr 6, 7, 9 und 10 mit ungarischen Unternehmen Mietverträge abgeschlossen hat, zumal diese Verträge, wie sich aus dem oben festgestellten Sachverhalt und den diesbezüglichen Angaben des Berufungswerbers, wonach er als Inlandsvertreter der Hauptmieter fungiere, unbeschadet ihres Wortlautes ihrem Wesensgehalt nach bloß eine "Reservierung" einer bestimmten Zimmer(Schlafstellen)anzahl für Arbeitnehmer von ungarischen Unternehmen, welche (vorübergehend) in Österreich tätig sind (waren), darstellen. Dazu kommt, daß auch diese "Reservierung" von Zimmern (Schlafstellen) für ungarische Unternehmen im Tatzeitraum schon sehr in den Hintergrund getreten ist, zumal im Tatzeitraum auch in den von ungarischen Unternehmen angemieteten Wohnungen Top Nr 6, 7, 9 und 10 jedenfalls zum Teil Schlafstellen an solche ungarische Arbeitnehmer vergeben worden waren, die bei österreichischen Unternehmen angestellt und beschäftigt waren (und denen zum Teil die Hauptmieter der Wohnungen gar nicht bekannt sind), und diese Wohnungen auch an solche Personen vergeben worden waren, die sich in Wien nicht wegen Arbeitssuche aufhielten (siehe dazu insbesondere die vom Berufungswerber unbestritten gebliebene Zeugenaussage des Herrn A Ernö, dem eine Schlafstelle in Wohnung Top Nr 7, Raum 3 zugewiesen worden war; dieser Zeuge gab als Zweck des (dreitägigen) Aufenthaltes in Wien den beabsichtigten Einkauf von Weihnachtsgeschenken an und gab auch zu Protokoll, keines der vier vom Berufungswerber als Hauptmieter angegebenen Unternehmen zu kennen).

Zum Vorbringen des Berufungswerbers, wonach die Annahme eines "Massenquartiers" nicht zu Recht bestehe, ist zu sagen, daß ihm im gesamten Verwaltungsstrafverfahren niemals der Vorwurf gemacht wurde, ein "Massenquartier" zu betreiben, sondern wird dem Berufungswerber im angefochtenen Straferkenntnis der Vorwurf gemacht, im Tatzeitraum das Gastgewerbe gemäß § 124 Z 9 GewO 1994 in der Betriebsart einer Herberge ausgeübt zu haben. Im Hinblick auf die oben getroffenen Feststellungen und unter Bedachtnahme auf die Anzahl der in den einzelnen Räumen bereitgestellten Schlafstellen (in den meisten Räumen waren vier Betten aufgestellt) ist vom Vorliegen einer überwiegend für die Aufnahme von ausländischen Arbeitnehmern bestimmten Herberge auszugehen, die für die Beherbergung von solchen Personen in einfachster Form und überwiegend auf längere Zeit bestimmt ist.

Zu dem Vorbringen des Berufungswerbers, wonach nur eine häusliche Nebenbeschäftigung vorliege, ist zu sagen, daß gemäß § 2 Abs 1 Z 9 GewO 1994 dieses Bundesgesetz - unbeschadet weiterer Ausnahmen durch besondere bundesgesetzliche Vorschriften - (nur) auf die nach ihrer Eigenart und ihrer Betriebsweise in die Gruppe der häuslichen Nebenbeschäftigungen fallenden und durch die gewöhnlichen Mitglieder des eigenen Hausstandes betriebenen Erwerbszweige nicht anzuwenden ist. Gemäß Art III der Bundes-Verfassungsgesetznovelle 1994, BGBl Nr 444/1974, gehören zu den Angelegenheiten des Gewerbes im Sinne des Artikels 10 Abs 1 Z 8 des Bundes-Verfassungsgesetzes in der Fassung von 1929 nicht die Angelegenheiten des Berg- und Schiführerwesens sowie die Privatzimmervermietung, das ist die durch die gewöhnlichen Mitglieder des eigenen Hausstandes als häusliche Nebenbeschäftigung ausgeübte Vermietung von nicht mehr als



zehn Fremdenbetten. Auch eine isolierte Betrachtung der Tätigkeiten des Berufungswerbers in Ansehung der Wohnung Top Nr 5 führt zu dem Ergebnis, daß - auch bezogen allein auf diese Wohnung - eine häusliche Nebenbeschäftigung nicht vorliegt, zumal in der Wohnung Top Nr 5 im Tatzeitraum 14 Fremdenbetten bereitgestellt worden waren. Es kommt nicht darauf an, wie viele der zur Fremdenvermietung bereitstehenden Betten tatsächlich belegt (benutzt) werden (die Auslastung hängt ja von der Nachfrage ab und ist daher Schwankungen unterworfen), sondern auf die (konstant bleibende) Anzahl der Betten, die zur Fremdenvermietung bereitstehen (zu dem Vorbringen des Berufungswerbers, wonach er die Anzahl der Betten jederzeit nach Belieben verändern könne, ist zu erwidern, daß er selbst betont, daß seit dem im Straferkenntnis vom 31.1.1992 erhobenen Tatvorwurf im Sachverhalt keine Änderung eingetreten sei). Da somit schon das gesetzlich geforderte Kriterium der Beschränkung der Bettenzahl auf (höchstens) zehn auch in der Wohnung Top Nr 5 nicht erfüllt ist, kann die vorzitierte Ausnahmebestimmung des § 2 Abs 1 Z 9 GewO 1994 schon aus diesem Grund nicht zum Tragen kommen. Es war daher nicht mehr zu prüfen, ob im vorliegenden Fall eine häusliche Nebenbeschäftigung vorliegt. Gegen das Vorliegen einer (häuslichen) Nebenbeschäftigung spricht aber jedenfalls auch der Umstand, daß das Einkommen des Berufungswerbers (ca S 20.000,- monatlich) - nach seinen eigenen Angaben - ausschließlich aus seinen Vermietungstätigkeiten stammt. Schließlich ergibt sich aus den Sachverhaltsfeststellungen, daß die fünf Wohnungen vom Berufungswerber betrieblich in gleicher Weise geführt werden und daher gewerberechtlich als ein (einziger) Beherbergungsbetrieb anzusehen sind.

Wenn sich der Berufungswerber auf den Berufungsbescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates Wien vom 5.5.1993, UVS-04/24/00134/92, beruft, mit dem das Straferkenntnis des Magistratischen Bezirksamtes für den Bezirk vom 31.1.1992, MBA 9/07/048/1/Str, in dem gegen den Berufungswerber ein inhaltlich gleichartiger Tatvorwurf erhoben worden war, behoben und das Verfahren gemäß § 45 Abs 1 Z 1 VStG eingestellt worden ist, ist klarzustellen, daß die Behebung des vorzitierten Straferkenntnisses und die Verfahrenseinstellung (nur) deswegen erfolgte, weil - so die unmißverständliche Begründung dieses Berufungsbescheides - die "auf eine durch den Berufungswerber teilweise anders geübte Praxis hinweisenden Feststellungen im Bericht des Marktamtes - Marktamtsabteilung für den 8./9. Bezirk wegen der Ausländereigenschaft der angetroffenen Personen (sämtlich ungarische Staatsbürger) und der Nichtaufnahme von Niederschriften mit diesen, obwohl angeblich ein Dolmetsch bei der Erhebung anwesend war, für einen Nachweis der unbefugten Gewerbeausübung" nicht ausreichten. Eine Feststellung des Inhaltes, daß eine unbefugte Gewerbeausübung durch den Berufungswerber nicht vorliege, wird in diesem Berufungsbescheid nicht getroffen.

Bei einer Verwaltungsübertretung nach § 366 Abs 1 Z 1 GewO 1994 handelt es sich um ein Ungehorsamsdelikt, weil zum Tatbestand weder der Eintritt eines Schadens noch einer Gefahr gehört und die Verwaltungsvorschrift über das zur Strafbarkeit erforderliche Verschulden nichts bestimmt (vgl VwGH 27.3.1990, 89/04/0226). In einem solchen Fall ist gemäß § 5 Abs 1 VStG Fahrlässigkeit anzunehmen, wenn der Täter nicht glaubhaft macht, daß ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft. Das bedeutet, daß der Beschuldigte initiativ alles darzulegen hat, was für seine Entlastung spricht, was in erster Linie durch ein geeignetes Tatsachenvorbringen und durch die Beibringung von Beweismitteln bzw die Stellung konkreter Beweisanträge zu geschehen hat, wobei der Berufungswerber ein solches Vorbringen nicht erstattet hat.

Insofern der Berufungswerber bei seinem Verweis auf den Berufungsbescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates Wien vom 5.5.1993, Zl UVS-04/24/00134/92 einen Schuldausschließungsgrund im Sinne des § 5 Abs 2 VStG geltend macht, ist festzuhalten, daß nach § 5 Abs 2 VStG das Vorliegen eines Rechtsirrtums, bei welchem der Täter über die rechtliche Seite der Tat irrt und deshalb das Unrecht seines Verhaltens nicht erkennt, nur dann entschuldigt, wenn dieser erwiesenermaßen unverschuldet ist. Wie bereits oben klargelegt, ist mit diesem Berufungsbescheid das Straferkenntnis des Magistratischen Bezirksamtes für den Bezirk vom 31.1.1992 deswegen behoben worden, weil die dem Berufungswerber zur Last gelegte unbefugte Gewerbeausübung nicht mit der im Verwaltungsstrafverfahren erforderlichen Sicherheit nachgewiesen werden konnte. Wenn nun vom Berufungswerber trotz dieser eindeutigen Begründung der Behebung des Straferkenntnisses und der Verfahrenseinstellung im Berufungsbescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates Wien vom 5.5.1993 die oben angeführten Dienstleistungen erbracht wurden, so ist davon auszugehen, daß der Berufungswerber sich der Pflichtwidrigkeit seines Verhaltens doch bei gehöriger Aufmerksamkeit bewußt sein hätte können und - sollte ein Rechtsirrtum tatsächlich vorgelegen sein - dieser nicht unverschuldet und daher unbeachtlich ist.

Die dem Berufungswerber zur Last gelegte Verwaltungsübertretung war daher auch in Ansehung der subjektiven Tatseite als verwirklicht anzusehen.

Zur Strafbemessung:

Gemäß § 19 Abs 1 VStG ist Grundlage für die Bemessung der Strafe stets das Ausmaß der mit der Tat verbundenen Schädigung oder Gefährdung derjenigen Interessen, deren Schutz die Strafdrohung dient, und der Umstand, inwieweit die Tat sonst nachteilige Folgen nach sich gezogen hat.

Gemäß § 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-, Vermögens- und Familienverhältnisse des Beschuldigten sind bei

der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen. Die Tat schädigte in nicht unerheblichem Maße das durch die Strafdrohung als schutzwürdig erkannte Interesse am Ausschluß hiefür nicht berechtigter Personen von der Ausübung gewerblicher Tätigkeiten. Der objektive Unrechtsgehalt war daher im gegenständlichen Fall selbst bei Fehlen sonstiger nachteiliger Folgen nicht als gering anzusehen.

Daß die Einhaltung der verletzten Rechtsvorschriften vom Berufungswerber eine besondere Aufmerksamkeit erfordert habe oder daß die Übertretung aus besonderen Gründen nur schwer hätte vermieden werden können, ist weder hervorgekommen noch aufgrund der Tatumstände anzunehmen, weshalb auch das Verschulden des Berufungswerbers nicht als geringfügig angesehen werden kann. Die nach der Aktenlage anzunehmende verwaltungsstrafrechtliche Unbescholtenheit des Berufungswerbers zur Tatzeit wurde schon von der Behörde erster Instanz zutreffend als mildernd gewertet; erschwerend war kein Umstand.

Auf die in der öffentlichen mündlichen Berufungsverhandlung angegebenen Einkommens- und Vermögensverhältnisse, die als durchaus durchschnittlich zu beurteilen sind, wurde Bedacht genommen.

Unter Bedachtnahme auf diese Strafzumessungsgründe, den Unrechtsgehalt der Tat, das Verschulden des Berufungswerbers und den bis S 50.000,- reichenden Strafraum ist die verhängte Geldstrafe durchaus angemessen und keineswegs zu hoch, zumal weitere Milderungsgründe im Verfahren nicht hervorgekommen sind und sich die Strafe ohnedies im unteren Bereich des Strafsatzes bewegt.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Die Modifikation der Tatumschreibung erfolgte unter Bedachtnahme auf die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (zB 18.9.1984, 84/04/0033 und Folgejudikatur), wonach dem Konkretisierungsgebot gemäß § 44a (Z 1) VStG in Ansehung des Vorwurfes des Betreibens eines "Gastgewerbes" im Regelfall jedenfalls durch einen Hinweis auf die Betriebsart Rechnung getragen wird (27.11.1990, 90/04/0087) und wonach es bei Anführung der Betriebsart im Spruch insbesondere keiner zusätzlichen, die Merkmale der Selbständigkeit und Regelmäßigkeit der Gewerbeausübung weiter konkretisierenden Ausführungen bedarf (19.6.1990, 90/04/0036).

4. Die Vorschreibung des Beitrages zu den Kosten des Berufungsverfahrens stützt sich auf die zwingende Vorschrift des § 64 Abs 1 und 2 VStG.