

Geschäftszeichen:

LVwG-2014/11/3249-4

Ort, Datum:

Innsbruck, 20.02.2015

JB, NL;

Übertretung nach dem Tiroler Grundverkehrsgesetz – Beschwerde

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Tirol hat durch seinen Präsidenten Dr. Christoph Purtscher über die Beschwerde des Herrn JB, vertreten durch Rechtsanwälte, Adresse, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft K vom 13.10.2014, ZI ***, betreffend eine Übertretung nach dem TGVG,

zu Recht erkannt:

1. Gemäß § 50 VwGGV wird der Beschwerde **Folge** gegeben, das angefochtene Straferkenntnis behoben und das Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs 1 Z 2 VStG eingestellt.
2. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine **ordentliche Revision** an den Verwaltungsgerichtshof nach Art 133 Abs 4 B-VG **unzulässig**.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diese Entscheidung kann binnen sechs Wochen ab der Zustellung Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof, Freyung 8, 1010 Wien, oder außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof erhoben werden. Die Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist

direkt bei diesem, die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist beim Landesverwaltungsgericht Tirol einzubringen.

Die genannten Rechtsmittel sind von einem bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw einer bevollmächtigten Rechtsanwältin abzufassen und einzubringen, und es ist eine Eingabegebühr von Euro 240,00 zu entrichten.

Entscheidungsgründe

I. Verfahrensgang:

Mit dem angefochtenen Straferkenntnis wurde Herrn JB folgender Sachverhalt zur Last gelegt:

„Herr JB, geb. xx.xx.xxxx, hat zumindest am 02.10.2013, 17.12.2013, 06.01.2014, 03.02.2014, 10.02.2014, 15.02.2014, 17.02.2014, 23.02.2014, 02.03.2014, 05.03.2014 und 09.03.2014 seine im Jahr 2005 erworbene Wohnung Top 9 an der Adresse, rechtswidrig als Freizeitwohnsitz verwenden lassen, indem er diese Wohnung an wechselnde Personen vermietet hat, die die Wohnung nur zeitweilig zu Erholungszwecken verwendet haben.“

JB habe dadurch eine Verwaltungsübertretung nach § 36 Abs 1 lit c TGVG begangen, weshalb über ihn gemäß § 36 Abs 1 letzter Halbsatz TGVG eine Geldstrafe in der Höhe von Euro 4.500,-- (Ersatzfreiheitsstrafe von 38 Stunden) verhängt wurde.

Gegen dieses Straferkenntnis hat der rechtsfreundlich vertretene JB fristgerecht Beschwerde erhoben und die Aufhebung des angefochtenen Straferkenntnisses sowie die Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens begehrt. Begründend wurde ua ausgeführt, dass das TGVG auf den vorliegenden Sachverhalt überhaupt nicht anwendbar sei, zumal letztlich eine gewerbliche Beherbergung von Gästen im Sinne der GewO 1994 erfolge.

II. Sachverhalt:

Mit Kaufvertrag vom 04.03.2005 hat JB 131+8/1640-Anteile an der Liegenschaft in EZ 3 GB A, mit denen Wohnungseigentum an der Wohnung W9 und an den KFZ-Abstellplätzen 4 und 5 untrennbar verbunden ist, von der Wohnbau Z OEG erworben. In Punkt VI. dieses Kaufvertrages ist ausdrücklich die (für das grundverkehrsbehördliche Verfahren erforderliche) Erklärung des Beschwerdeführers festgehalten, dass durch diesen Rechtserwerb kein Freizeitwohnsitz geschaffen wird.

Die verfahrensgegenständliche Wohnung befindet sich im Objekt Adresse in A. Diese Wohnung mit der Bezeichnung „Appartement Y“ befindet sich im 2. Obergeschoß und weist ein Ausmaß von 150 m² auf. Die Wohnung kann mit 4 bis 6 Personen belegt werden und verfügt über 2 große Schlafzimmer mit Doppelbett, großes Wohnzimmer mit Sat-TV & DVD und komfortabler Lounge-Couch (auch als Einzelschlafplatz verwendbar), Badezimmer mit

Dusche, Waschbecken und Toilette, ein zweites Badezimmer mit Eckbad, Dusche, Doppelwaschbecken sowie 2 zusätzliche Gästetoiletten. Darüber hinaus verfügt diese Wohnung über eine offen gestaltete Küche mit Geschirrspüler und allen übrigen Einbaugeräten, eine große Essecke im Landhausstil, einen Balkon sowie zwei Abstellplätze in der Tiefgarage. Schließlich wird ein Gratis WiFi-Internetzugang zur Verfügung gestellt.

Das „Appartement Y“ wird an wechselnde Gäste vermietet. Bei jedem Wechsel der Gäste wird die zur Verfügung gestellte Wäsche gewechselt und das Appartement wird gereinigt. Vor Ort steht den Gästen auch eine Ansprechperson zur Verfügung. Das „Appartement Y“ wird als Ferienwohnung über die Homepage der Firma X angeboten, wobei die freie Vermietungszeit aus einem angeschlossenen Kalender ersichtlich ist. Die Anmeldung der Gäste erfolgt entsprechend den Vorgaben der §§ 5 ff Meldegesetz 1991 (Unterkunft in Beherbergungsbetrieben). Die Wohnung ist nicht im Verzeichnis der Freizeitwohnsitze der Gemeinde A eingetragen. Im Objekt Adresse werden insgesamt drei Wohnungen (über die Firma X) als Ferienwohnungen vermietet.

Die vorstehenden Sachverhaltsfeststellungen, insbesondere zum Ankauf, zur Ausstattung und zur Nutzung der Ferienwohnung, ergeben sich aus dem erstinstanzlichen Akt sowie aufgrund des Ergebnisses des ergänzend durchgeführten Ermittlungsverfahrens. Dabei wurden insbesondere Recherchen im Internet durchgeführt, ergänzende Erhebungen bei der Gemeinde A vorgenommen und schließlich in die beim Landesverwaltungsgericht aufliegenden Akten zu Zahl 2013/K5/2887, 2013/30/2014, 2013/K5/2886, 2013/33/2016, 2013/K5/2888 und 2014/38/3250 Einsicht genommen. Die getroffenen Feststellungen stehen im Übrigen auch außer Streit.

III. Rechtsgrundlagen:

1. Tiroler Grundverkehrsgesetz 1996 (TGVG), LGBl Nr 61/1996 in der zum Tatzeitpunkt geltenden Fassung LGBl Nr 130/2013:

*„§ 2
Begriffsbestimmungen*

...

(8) Für Freizeitwohnsitze gilt die Begriffsbestimmung nach § 13 Abs. 1 des Tiroler Raumordnungsgesetzes 2011 in der jeweils geltenden Fassung.

§ 11

Inhalt der Erklärung, Frist für die Bebauung

(1) *Beim Rechtserwerb an einem bebauten Baugrundstück hat der Rechtserwerber zu erklären, dass durch den beabsichtigten Rechtserwerb kein Freizeitwohnsitz geschaffen werden soll.*

...

5. Abschnitt

Freizeitwohnsitze

§ 14

*Ausnahmen vom Verbot des Erwerbes von Freizeitwohnsitzen,
Rechtsfolgen bei Missachtung dieses Verbotes*

(1) *Das Verbot des Erwerbes von Freizeitwohnsitzen nach § 6 Abs. 1 lit. b und § 11 Abs. 1 und 2 gilt nicht für Rechtserwerbe*

a) an Gebäuden, Wohnungen oder sonstigen Teilen von Gebäuden, die im Verzeichnis der Freizeitwohnsitze nach § 14 Abs. 1 des Tiroler Raumordnungsgesetzes 2011 eingetragen sind, sofern es sich nicht um Freizeitwohnsitze aufgrund einer Ausnahmegewilligung nach § 13 Abs. 5 erster Satz des Tiroler Raumordnungsgesetzes 2011 handelt und sich aus Abs. 2 nichts anderes ergibt, und

b) an unbebauten Grundstücken, auf denen die Schaffung von Freizeitwohnsitzen im Flächenwidmungsplan für zulässig erklärt worden ist.

...

11. Abschnitt

Straf-, Übergangs- und Schlußbestimmungen

§ 36

Strafbestimmungen

(1) *Wer*

...

c) – ausgenommen in den Fällen des § 13 Abs. 2 und 5 des Tiroler Raumordnungsgesetzes 2011 – ein Gebäude, eine Wohnung oder einen sonstigen Teil eines Gebäudes aufgrund eines nach dem 1. Jänner 1994 erworbenen Rechtes als Freizeitwohnsitz verwendet oder verwenden lässt oder auf einem Grundstück, an dem nach diesem Zeitpunkt ein entsprechendes Recht erworben wurde, ein Gebäude, eine Wohnung oder einen sonstigen Teil eines Gebäudes errichtet und als Freizeitwohnsitz verwendet oder verwenden lässt,

...

begeht, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet, eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde mit einer Geldstrafe bis zu 40.000,- Euro zu bestrafen.

..."

2. Tiroler Raumordnungsgesetz 2011 (TROG 2011), LGBl Nr 56/2011:

„3. Abschnitt
Freizeitwohnsitze

§ 13

Beschränkungen für Freizeitwohnsitze

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

Als Freizeitwohnsitze gelten nicht:

- a) Gastgewerbebetriebe zur Beherbergung von Gästen, 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,
- b) Kur- und Erholungsheime, die von öffentlichen oder gemeinnützigen Einrichtungen oder Betrieben oder Einrichtungen der freien Jugendwohlfahrt erhalten werden,
- c) 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,
- d) 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.

(2) Als Freizeitwohnsitze dürfen nur mehr Wohnsitze verwendet werden,

- a) die in der Zeit vom 1. Jänner 1994 bis einschließlich 31. Dezember 1998 nach den jeweils in Geltung gestandenen raumordnungsrechtlichen Vorschriften oder nachträglich nach § 17 als Freizeitwohnsitze angemeldet worden sind und für die eine Feststellung über die Zulässigkeit der Verwendung des betreffenden Wohnsitzes als Freizeitwohnsitz vorliegt oder
- b) für die eine Baubewilligung im Sinn des § 4 Abs. 1 des Gesetzes über die ausnahmsweise Zulässigkeit von Gebäuden im Freiland, LGBl. Nr. 11/1994, vorliegt.

Darüber hinaus dürfen neue Freizeitwohnsitze im Wohngebiet, in Mischgebieten und auf Sonderflächen für Gastgewerbebetriebe zur Beherbergung von Gästen geschaffen werden, wenn dies für einen bestimmten Bereich durch eine entsprechende Festlegung im Flächenwidmungsplan für zulässig erklärt worden ist. Hierbei ist die dort höchstzulässige Anzahl an Freizeitwohnsitzen festzulegen.

...

(5) Weiters dürfen Wohnsitze aufgrund einer Ausnahmegewilligung des Bürgermeisters nach diesem Absatz oder aufgrund einer entsprechenden Ausnahmegewilligung nach früheren raumordnungsrechtlichen Vorschriften als Freizeitwohnsitze verwendet werden. Die Ausnahmegewilligung ist nur zu erteilen:

- a) auf Antrag des Erben oder Vermächtnisnehmers, wenn die Voraussetzungen nach § 5 Abs. 1 lit. a des Tiroler Grundverkehrsgesetzes 1996, LGBl. Nr. 61, in der jeweils geltenden Fassung vorliegen und der betreffende Wohnsitz dem Antragsteller oder anderen Personen nicht anderweitig der Befriedigung eines Wohnbedürfnisses dient,*
- b) auf Antrag des Eigentümers des betreffenden Wohnsitzes oder des sonst hierüber Verfügungsberechtigten, wenn ihm aufgrund geänderter Lebensumstände, insbesondere aufgrund beruflicher oder familiärer Veränderungen, eine andere Verwendung des Wohnsitzes nicht möglich oder zumutbar ist, der Wohnsitz anderen Personen nicht anderweitig der Befriedigung eines Wohnbedürfnisses dient und der Antragsteller insbesondere im Hinblick auf seine persönlichen oder familiären Verhältnisse oder seine Rechtsbeziehung zum Wohnsitz ein Interesse am Bestehen des Wohnsitzes hat.*

...

§ 14

Freizeitwohnsitzverzeichnis

(1) Der Bürgermeister hat ein Verzeichnis der Wohnsitze, die aufgrund einer Feststellung oder Baubewilligung im Sinn des § 13 Abs. 2 erster Satz, einer Baubewilligung im Sinn des § 13 Abs. 4 erster Satz oder einer Ausnahmegewilligung im Sinn des § 13 Abs. 5 erster Satz als Freizeitwohnsitze verwendet werden dürfen, zu führen. ...

V. Teil

Schluss- und Übergangsbestimmungen, Inkrafttreten

§ 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 LGBl. Nr. 56/2011 erfüllen, gelten nicht als Freizeitwohnsitze. Die Zahl der Betten dieser Betriebe darf nicht mehr erhöht werden.

..."

3. Gewerbeordnung 1994 (GewO 1994), BGBl Nr 314/1994, in der zum Tatzeitpunkt maßgeblichen Fassung BGBl I Nr 125/2013:

*„II. Hauptstück
Bestimmungen für einzelne Gewerbe
1. Reglementierte Gewerbe*

§ 94. *Folgende Gewerbe sind reglementierte Gewerbe:*

...
26. *Gastgewerbe*

...

*Gastgewerbe
§ 111*

- (1) *Einer Gewerbeberechtigung für das Gastgewerbe (§ 94 Z 26) bedarf es für*
1. *die Beherbergung von Gästen;*
 2. *die Verabreichung von Speisen jeder Art und den Ausschank von Getränken.*
- (2) *Keines Befähigungsnachweises für das Gastgewerbe bedarf es für*
1. *den Ausschank und den Verkauf von in handelsüblich verschlossenen Gefäßen abgefüllten Getränken durch zur Ausübung des mit Omnibussen betriebenen Mietwagen-Gewerbes berechnigte Gewerbetreibende an ihre Fahrgäste;*
 2. *die Beherbergung von Gästen, die Verabreichung von Speisen jeder Art und den Verkauf von warmen und angerichteten kalten Speisen, den Ausschank von Getränken und den Verkauf dieser Getränke in unverschlossenen Gefäßen im Rahmen eines einfach ausgestatteten Betriebes, der in einer für den öffentlichen Verkehr nicht oder nur schlecht erschlossenen Gegend gelegen und auf die Bedürfnisse der Bergsteiger und Bergwanderer abgestellt ist (Schutzhütte);*
 3. *die Verabreichung von Speisen in einfacher Art und den Ausschank von nichtalkoholischen Getränken und von Bier in handelsüblichen verschlossenen Gefäßen, wenn hiebei nicht mehr als acht Verabreichungsplätze (zum Genuss von Speisen und Getränken bestimmte Plätze) bereitgestellt werden;*
 4. *die Beherbergung von Gästen, wenn nicht mehr als zehn Fremdenbetten bereitgestellt werden, und die Verabreichung des Frühstücks und von kleinen Imbissen und der Ausschank von nichtalkoholischen Getränken und von Bier in handelsüblichen verschlossenen Gefäßen sowie von gebrannten geistigen Getränken als Beigabe zu diesen Getränken an die Gäste;*
 5. *die Verabreichung von Speisen und den Ausschank von Getränken nach Maßgabe des § 143 Z 7 der Gewerbeordnung 1994 in der Fassung vor dem In-Kraft-Treten der Novelle BGBl. I Nr. 111/2002, wenn die Verabreichung von Speisen und der Ausschank von Getränken im Zusammenhang mit der Ausübung des Buschenschankes (§ 2 Abs. 9) nach Maßgabe landesgesetzlicher Vorschriften erfolgt;*

6. den Ausschank von nichtalkoholischen Getränken und den Verkauf dieser Getränke in unverschlossenen Gefäßen, wenn der Ausschank oder der Verkauf durch Automaten erfolgt.

(3) Unter Verabreichung und unter Ausschank ist jede Vorkehrung oder Tätigkeit zu verstehen, die darauf abgestellt ist, dass die Speisen oder Getränke an Ort und Stelle genossen werden.

(4) Unbeschadet der den Gastgewerbetreibenden gemäß § 32 zustehenden Rechte stehen ihnen noch folgende Rechte zu:

1. das Einstellen von Fahrzeugen ihrer Gäste,
2. das Halten von Spielen,
3. soweit Gäste beherbergt werden, die Veranstaltung von Ausflugsfahrten für ihre Gäste, sofern es sich dabei nicht um Pauschalreisen im Sinne des § 2 Abs. 1 der Reisebürosicherungsverordnung, BGBl. II Nr. 316/1999, handelt.
4. während der Betriebszeiten des Gastgewerbebetriebes der Verkauf folgender Waren:
 - a) die von ihnen verabreichten Speisen und ausgeschenkten Getränke, halbfertige Speisen, die von ihnen verwendeten Lebensmittel sowie Reiseproviant;
 - b) Waren des üblichen Reisebedarfes (zB Treib- und Schmierstoffe, Toiletteartikel, Badeartikel, Fotoverbrauchsmaterial, Ansichtskarten, Lektüre, übliche Reiseandenken);
 - c) Geschenkartikel.

Beim Verkauf von Waren gemäß lit. a bis c muss der Charakter des Betriebes als Gastgewerbebetrieb gewahrt bleiben. Liegt auch eine Berechtigung nach § 94 Z 3 oder Z 19 vor, genügt es, dass der Charakter des Betriebes als Bäcker oder Fleischer gewahrt bleibt, hiebei müssen Verabreichungsplätze bereit gestellt werden.

(5) Bei der Gewerbeanmeldung (§ 339) ist die Betriebsart zu bezeichnen, in der das Gastgewerbe ausgeübt werden soll. Änderungen der Betriebsart sind der Behörde anzuzeigen; Änderungen einer in Abs. 2 genannten Betriebsart auf eine Betriebsart, für die ein Befähigungsnachweis für das reglementierte Gastgewerbe vorgeschrieben ist, sind im Verfahren gemäß § 339 anzumelden."

4. Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG), BGBl Nr 52/1991, zuletzt geändert durch das Gesetz BGBl I Nr 33/2013:

„§ 45

(1) Die Behörde hat von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn

1. die dem Beschuldigten zur Last gelegte Tat nicht erwiesen werden kann oder keine Verwaltungsübertretung bildet;
2. der Beschuldigte die ihm zur Last gelegte Verwaltungsübertretung nicht begangen hat oder Umstände vorliegen, die die Strafbarkeit aufheben oder ausschließen;

..."

IV. Rechtliche Erwägungen:

Die Bezirkshauptmannschaft K ist im angefochtenen Straferkenntnis davon ausgegangen, dass es sich bei der dargelegten Verwendung der verfahrensgegenständlichen Wohnung des Beschwerdeführers um keine solche Nutzung handelt, die vom Freizeitwohnsitzbegriff des § 13 TROG 2011 ausgenommen ist. Dies deshalb, da keine gastgewerbliche Nutzung im Sinne des § 13 Abs 1 lit a TROG 2011 vorliege, zumal die dafür erforderlichen Gemeinschaftsräume fehlen würden.

Dem kann nach Ansicht des Landesverwaltungsgerichts nicht gefolgt werden:

Nach § 13 Abs 1 TROG 2011 sind Freizeitwohnsitze 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.

Die gegenständliche Wohnung – die nicht im Verzeichnis der Freizeitwohnsitze eingetragen ist (vgl § 14 TROG 2011), weshalb auch keine Ausnahme vom Verbot des Erwerbes von Freizeitwohnsitzen nach § 14 Abs 1 TGVG vorliegt – wird vor dem Hintergrund des festgestellten Sachverhaltes unbestreitbar zeitweilig zu Erholungszwecken verwendet. Unter welchen Voraussetzungen eine derartige Nutzung keine Verwendung als Freizeitwohnsitz darstellt, ist in § 13 Abs 1 lit a bis d TROG 2011 taxativ aufgezählt.

Nach § 13 Abs 1 lit a TROG 2011 sind unter anderem „Gastgewerbebetriebe zur Beherbergung von Gästen“ keine Freizeitwohnsitze im Sinne des § 13 Abs 1 1. Satz TROG 2011, wenn zudem die dort näher angeführten Voraussetzungen vorliegen. Diesem im TROG 2011 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 der 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.

Nach der Judikatur ist die Frage, ob gewerbsmäßige Fremdenbeherbergung anzunehmen ist, unter Bedachtnahme auf alle Umstände des Einzelfalles zu beantworten und zwar im

Besonderen unter Bedachtnahme auf Gegenstand des Vertrages (bloß Schlafstelle und Wohnraum und dessen Umfang), Dauer des Vertrages, Verabredung in Ansehung von Kündigung und Kündigungsfristen, Nebenverabredung über Beistellung von Bettwäsche und Bettzeug, über Dienstleistungen, wie Reinigung der Haupt- und der Nebenräume, der Bettwäsche, der Kleider usw. des Mieters, Beheizung und dergleichen sowie auch die Art und Weise, in welcher sich der Betrieb 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. 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. So wurde beispielsweise bei der Zurverfügungstellung einer Wohnung Beherbergung von Gästen im Sinne des § 189 Abs 1 Z 1 GewO 1973 im Hinblick darauf angenommen, dass diese Tätigkeit auch die Reinigung der betreffenden Objekte und die Beistellung der Bettwäsche umfasste. Aus dieser Judikatur zum Begriff der „gewerblichen Beherbergung von Gästen“ ergibt sich also auch, dass dafür bereits ein geringes Ausmaß an für die Beherbergung typischen Dienstleistungen ausreichend ist (vgl insgesamt das Erkenntnis des VwGH vom 23.06.2010, ZI 2008/06/0200, und die dort zitierte Vorjudikatur; vgl aber auch VwGH 23.11.2010, ZI 2009/06/0013).

Im gegenständlichen Fall ist unstrittig, dass das „Appartement Y“ an wechselnde Gäste (Touristen) vermietet wird. Das Appartement wird als Ferienwohnung im Internet über die Homepage der Firma X beworben bzw vermietet. Das „Appartement Y“ 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 Bürgermeisters der Gemeinde A vom 03.08.2004 erteilt. Somit bestand das gegenständliche Objekt am 30.06.2011 nach den raumordnungsrechtlichen Vorschriften rechtmäßig; die erwähnte (Gäste-)Bettzahl 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.

Es war daher wie im Spruchpunkt 1. zu entscheiden.

V. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Artikels 133 Abs 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl die zitierte Judikatur) 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.

Landesverwaltungsgericht Tirol

Dr. Christoph Purtscher
(Präsident)