

TE Lvwg Erkenntnis 2016/12/22 405-3/105/1/26-2016, 405-3/106/1/24-2016

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 22.12.2016

Entscheidungsdatum

22.12.2016

Index

L80005 Raumordnung Raumplanung Flächenwidmung Bebauungsplan Salzburg

Norm

ROG Slbg §78 Abs1 Z4

ROG Slbg §31 Abs5

VStG §44a

VStG §5 Abs1

1. VStG § 44a heute
2. VStG § 44a gültig ab 01.02.1991
1. VStG § 5 heute
2. VStG § 5 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 57/2018
3. VStG § 5 gültig von 01.02.1991 bis 31.12.2018

Text

5020 Salzburg / Wasserfeldstraße 30

Telefon: +43 662 8042-0* / Fax: +43 662 8042-3893

E-Mail: post@lvwg-salzburg.gv.at

DVR 0078182

Ort, Datum:

Salzburg, 22.12.2016

Zahlen:, Zahlen:

405-3/105/1/26-2016

405-3/106/1/24-2016

Betreff:

AA AB, AD AE, Dänemark, und AA AI AK, Dänemark; Übertretungen gemäß Raumordnungsgesetz 2009 - Beschwerden
IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Salzburg erkennt durch den Richter Dr. AP Warter über die Beschwerden des Herrn AB AA (Erstbeschwerdeführer), geboren xxxxxx, AF, AD AE, Dänemark, und des Herrn AI AK AA (Zweitbeschwerdeführer), geboren yyyyyy, Dänemark, beide vertreten durch die Rechtsanwälte Mag. AM AN und Mag. AO AN, AK, AI AJ, gegen die Straferkenntnisse der Bezirkshauptmannschaft St. Johann im Pongau (belangte Behörde) jeweils vom 20.7.2016, Zahl a-2015 und Zahl b-2015, Das Landesverwaltungsgericht Salzburg erkennt durch den Richter Dr. AP Warter über die Beschwerden des Herrn Ausschussbericht AA (Erstbeschwerdeführer), geboren xxxxxx, AF, AD AE, Dänemark, und des Herrn AI AK AA (Zweitbeschwerdeführer), geboren yyyyyy, Dänemark, beide vertreten durch die Rechtsanwälte Mag. AM AN und Mag. AO AN, AK, AI AJ, gegen die Straferkenntnisse der Bezirkshauptmannschaft St. Johann im Pongau (belangte Behörde) jeweils vom 20.7.2016, Zahl a-2015 und Zahl b-2015,

z u R e c h t:

I.römisch eins.

Gemäß § 50 VwGVG wird den Beschwerden Folge gegeben, die angefochtenen Straferkenntnisse aufgehoben und die gegen die Beschwerdeführer geführten Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs 1 Z 2 VStG eingestellt. Gemäß Paragraph 50, VwGVG wird den Beschwerden Folge gegeben, die angefochtenen Straferkenntnisse aufgehoben und die gegen die Beschwerdeführer geführten Verwaltungsstrafverfahren gemäß Paragraph 45, Absatz eins, Ziffer 2, VStG eingestellt.

II.römisch zwei.

Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG die ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß Paragraph 25 a, VwGG die ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Die belangte Behörde hat dem Erstbeschwerdeführer mit dem erstangefochtenen Straferkenntnis vom 20.7.2016, Zahl a-2015, und dem Zweitbeschwerdeführer mit dem zweitangefochtenen Straferkenntnis vom 20.7.2016, Zahl b-2015, jeweils gleichlautend Folgendes zur Last gelegt:

„Angaben zur Tat:

Zeit der Begehung: Juli und August 2015

Ort der Begehung:

Haus KK 1, AQ AR; Top 10

?

Eine Verwaltungsübertretung begeht, soweit die Tat nicht den Tatbestand einer mit höherer Strafe bedrohten strafbaren Handlung bildet, wer eine Wohnung entgegen § 31 Abs. 5 Sbg. ROG 2009 idgF. touristisch nutzt oder wissentlich[e] nutzen lässt. Eine Verwaltungsübertretung begeht, soweit die Tat nicht den Tatbestand einer mit höherer Strafe bedrohten strafbaren Handlung bildet, wer eine Wohnung entgegen Paragraph 31, Absatz 5, Sbg. ROG 2009 idgF. touristisch nutzt oder wissentlich[e] nutzen lässt.

?

Sie haben entgegen den Bestimmungen des Salzburger Raumordnungsgesetzes ihre Wohnung W 10 im Haus KK 1 in AQ AR touristisch genutzt. Diese wurde vom Kurtax-Kontrollor am 17.7., 19.8., 24.8. und 31.8.2015 überprüft und es wurden jeweils Gäste angetroffen. Die entsprechenden Überprüfungsberichte liegen diesem Verwaltungsstrafakt zugrunde. Sie sind Eigentümer mit 55/100 Anteilen verbunden mit dem Wohnungseigentum an Wohnung W 10 im

Haus KK 1 in AQ AR. Das Haus KK 1 befindet sich auf Grundstück Nr. dd/3 KG LL, welches im rechtskräftigen Flächenwidmungsplan der Gemeinde PP als 'Bauland-Kerngebiet' ausgewiesen ist. Im Gebäude befinden sich 13 Wohnungen. Eine touristische Nutzung der Wohnung W10 im Haus KK 1 in AQ AR ist gemäß § 31 Abs. 5 ROG 2009 nicht zulässig. Die Wohnung W10 fällt nicht unter die Ausnahmebestimmungen des ROG 2009. Entsprechende Unterlagen liegen dem Straftakt zugrunde. Sie haben entgegen den Bestimmungen des Salzburger Raumordnungsgesetzes ihre Wohnung W 10 im Haus KK 1 in AQ AR touristisch genutzt. Diese wurde vom Kurtax-Kontrollor am 17.7., 19.8., 24.8. und 31.8.2015 überprüft und es wurden jeweils Gäste angetroffen. Die entsprechenden Überprüfungsberichte liegen diesem Verwaltungsstrafakt zugrunde. Sie sind Eigentümer mit 55/1fff-Anteilen verbunden mit dem Wohnungseigentum an Wohnung W 10 im Haus KK 1 in AQ AR. Das Haus KK 1 befindet sich auf Grundstück Nr. dd/3 KG LL, welches im rechtskräftigen Flächenwidmungsplan der Gemeinde PP als 'Bauland-Kerngebiet' ausgewiesen ist. Im Gebäude befinden sich 13 Wohnungen. Eine touristische Nutzung der Wohnung W10 im Haus KK 1 in AQ AR ist gemäß Paragraph 31, Absatz 5, ROG 2009 nicht zulässig. Die Wohnung W10 fällt nicht unter die Ausnahmebestimmungen des ROG 2009. Entsprechende Unterlagen liegen dem Straftakt zugrunde.

Sie haben dadurch folgende Verwaltungsübertretung begangen:

?

Übertretung gemäß

§ 78 (1) Z.4 Sbg. Raumordnungsgesetz 2009, LGBl. 30/2009 idgF. Übertretung gemäß, Paragraph 78, (1) Ziffer 4, Sbg. Raumordnungsgesetz 2009, Landesgesetzblatt 30 aus 2009, idgF.

Deshalb wird gegen Sie folgende Verwaltungsstrafe verhängt:

Strafe gemäß: § 78(2) Sbg. Raumordnungsgesetz 2009, LGBl. 30/2009 idgF. Euro 3000,00

Ersatzfreiheitsstrafe:

240 Stunden

Beitrag zu den Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens gemäß § 64(2) des Verwaltungsstrafgesetzes, das sind 10% der Strafe, mindestens jedoch je € 10,- (je ein Tag Arrest wird gleich € 100,- angerechnet) Euro 300,00
Beitrag zu den Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens gemäß Paragraph 64 (, 2.) des Verwaltungsstrafgesetzes, das sind 10% der Strafe, mindestens jedoch je € 10,- (je ein Tag Arrest wird gleich € 100,- angerechnet) Euro 300,00

Gesamtbetrag: Euro 3300,00

Ist diese Geldstrafe uneinbringlich, so tritt an ihre Stelle die Ersatzfreiheitsstrafe. Außerdem sind die Kosten des Strafvollzuges zu ersetzen.“

Gegen diese Straferkenntnisse vom 20.7.2016 haben die Beschwerdeführer mit Eingaben vom 17.8.2016 Beschwerde erhoben. Sie führen darin im Wesentlichen gleichlautend – der Erstbeschwerdeführer verweist in seiner Beschwerde in Bezug auf die Strafbemessung zusätzlich noch auf sein geringes Einkommen – wie folgt aus (hier wiedergegeben wird die Beschwerde des Erstbeschwerdeführers):

„I.

Gegen das Straferkenntnis der BH St. Johann vom 20.07.2016, Zl. a-2015, den ausgewiesenen Vertretern postalisch zugestellt am 22.07.2016, erhebt der Beschwerdeführer binnen offener Frist die nachstehende

BESCHWERDE

gem. Artikel 130 Abs. 1 Z 1 BVG gem. Artikel 130 Absatz eins, Ziffer eins, BVG

an das Landesverwaltungsgericht des Landes Salzburg.

A.) SACHVERHALT

Der Beschwerdeführer ist aufgrund des Kaufvertrages vom 09.07.2009 gemeinsam mit dem gesondert verwaltungsstrafrechtlich verfolgten AI AA CK zu je 55/1fff Anteilen, mit welchen Anteilen untrennbar Wohnungseigentum an W10 verbunden ist (Partnerschaftswohnungseigentum), Miteigentümer der Liegenschaft EZ fff KG LL, BG St. Johann im Pongau.

Die Eigentumswohnung liegt im Objekt KK 1.

Im gültigen Flächenwidmungsplan der Gemeinde ist die Adresse KK 1 als Bauland - Kerngebiet ausgewiesen.

Der Beschwerdeführer hat gemeinsam mit seinem Partnerschaftswohnungseigentümer die Wohnung zeitweise - auch längerfristig - dem Unternehmen NN zur Verfügung gestellt.

Am 17.7., 19.8., 24.8. und 31.8.2015 hat ein Kurtax-Kontrollor Personen angetroffen, woraus der Kontrollor sowie die belangte Behörde den Schluss der touristischen Nutzung zieht (Gäste angetroffen).

Die Gemeinde PP hebt vom Beschwerdeführer wie von dessen Rechtsvorgängern, jedenfalls seit 1995, besondere Kurtaxe ein.

Die Rechtsvorgänger des Beschwerdeführers waren ZZ BD und YY BE BF sowie DI Dr. XX BG und August BG (Letzte aufgrund des Kaufvertrages vom 15.06.1983 (!)), welche sämtliche nicht hauptwohnsitzlich an der gegenständlichen Adresse wohnhaft gewesen sind, sondern die Wohnung bereits als Zweitwohnsitz nutzten. Die Rechtsvorgänger des Beschwerdeführers waren ZZ BD und YY BE BF sowie DI Dr. römisch zwanzig BG und August BG (Letzte aufgrund des Kaufvertrages vom 15.06.1983 (!)), welche sämtliche nicht hauptwohnsitzlich an der gegenständlichen Adresse wohnhaft gewesen sind, sondern die Wohnung bereits als Zweitwohnsitz nutzten.

B.) ANGABEN ZUR RECHTZEITIGKEIT:

Das Straferkenntnis der BH St. Johann vom 20.07.2016 wurde den Parteienvertretern postalisch am 22.07.2016 zugestellt, sodass die vierwöchige Beschwerdefrist (§7 VwGVG) am 19.08.2016 endet. Die gegenständliche Bescheidbeschwerde ist daher rechtzeitig.

C.) BESCHWERDEPUNKTE:

Es werden die Beschwerdegründe der Rechtswidrigkeit infolge von Verletzung von Verfahrensvorschriften/Ergänzungsbedürftigkeit (1.), der Rechtswidrigkeit des Inhaltes / unrichtige rechtliche Beurteilung (2.) und der Höhe der Strafe (3.) geltend gemacht:

1. Rechtswidrigkeit infolge von Verletzung von Verfahrensvorschriften/Ergänzungsbedürftigkeit:

a) Zweitwohnungsnutzung vor dem 01.03.1993

Mit Schreiben vom 01.02.2016 teilt die Gemeinde PP der belangten Behörde mit, dass für gegenständliche Wohnung Top 10 seit 1995 besondere Kurtaxe bezahlt werde, die Eigentümer BG in der Zeit vom 15.11.1988 bis 15.01.2008 mit weiterem Wohnsitz in der Wohnung gemeldet, die Rechtsnachfolger der Eigentümer BG behördlich nicht gemeldet waren.

Die darauf gerichtete Stellungnahme des Beschwerdeführers vom 17.06.2016, was die Gemeinde mit weiterem Wohnsitz meint, bleibt seitens der belangten Behörde unerledigt. Gleichsam auch die Frage, warum seit 1995 bis dato, somit auch dem Beschwerdeführer, besondere Kurtaxe vorgeschrieben werde, wenn ein Zweitwohnsitz rechtlich gar nicht zulässig sein soll.

Nun ergibt sich aus § 31 Sbg. ROG idgF, dass die Verwendung als Zweitwohnung nur in ausgewiesenen Zweitwohnungsgebieten zulässig ist. Gem. Abs. 3 leg cit ist eine Verwendung als Zweitwohnung aber dann auch in nicht ausgewiesenen Zweitwohnungsgebieten ausnahmsweise zulässig, wenn die Wohnung bereits vor dem 01.03.1993 eine sog. Zweitwohnung gewesen ist. Nun ergibt sich aus Paragraph 31, Sbg. ROG idgF, dass die Verwendung als Zweitwohnung nur in ausgewiesenen Zweitwohnungsgebieten zulässig ist. Gem. Absatz 3, leg cit ist eine Verwendung als Zweitwohnung aber dann auch in nicht ausgewiesenen Zweitwohnungsgebieten ausnahmsweise zulässig, wenn die Wohnung bereits vor dem 01.03.1993 eine sog. Zweitwohnung gewesen ist.

Nun kann dem ersten Anschein nach diese Frage dahin gestellt bleiben, da eine touristische Nutzung, von der die belangte Behörde ohne nähere Begründung ausgeht (wo rauf noch eingegangen wird), nur in ausgewiesenen Zweitwohnsitzgebieten (§ 31 Sbg. ROG 2009 idgF) zulässig ist, gegenständlich aber eine Flächenwidmung Bauland - Kerngebiet vorliegt. Bei eingehendere Betrachtung ist diese Frage aber rechtlich sehr wohl wesentlich und der bekämpfte Bescheid daher ergänzungsbedürftig. Der gesetzgeberische telos der vorzitierten Bestimmung ist die Eindämmung von unzulässigen Zweitwohnsitzen außerhalb von Zweitwohnsitzgebieten und darüber hinaus der touristischen Nutzung in Hauptwohnsitzgebieten. Der Gesetzgeber lässt aber Zweitwohnsitze auch außerhalb von Zweitwohnsitzgebieten zu, wenn die Wohnung bereits seit 01.03.1993 als solche benutzt worden ist. Es erhellt nicht,

warum der Gesetzgeber zwar einerseits die Zweitwohnsitznutzung bei gegebener stichtagsbezogener Nutzung auch außerhalb von gewidmeten Zweitwohnsitzgebieten zulässt, die touristische Nutzung aber nicht. Dafür gibt es keinen sachlich gerechtfertigten Grund. Wenn dieser Aspekt mit verfassungs- und europarechtlicher Dimension in weiterer Folge einer Überprüfung unterzogen werden soll, bedarf es der Ergänzung der monierten Mangelhaftigkeit. Nun kann dem ersten Anschein nach diese Frage dahin gestellt bleiben, da eine touristische Nutzung, von der die belangte Behörde ohne nähere Begründung ausgeht (wo rauf noch eingegangen wird), nur in ausgewiesenen Zweitwohnsitzgebieten (Paragraph 31, Sbg. ROG 2009 idgF) zulässig ist, gegenständlich aber eine Flächenwidmung Bauland - Kerngebiet vorliegt. Bei eingehendere Betrachtung ist diese Frage aber rechtlich sehr wohl wesentlich und der bekämpfte Bescheid daher ergänzungsbedürftig. Der gesetzgeberische telos der vorzitierten Bestimmung ist die Eindämmung von unzulässigen Zweitwohnsitzen außerhalb von Zweitwohnsitzgebieten und darüber hinaus der touristischen Nutzung in Hauptwohnsitzgebieten. Der Gesetzgeber lässt aber Zweitwohnsitze auch außerhalb von Zweitwohnsitzgebieten zu, wenn die Wohnung bereits seit 01.03.1993 als solche benutzt worden ist. Es erhellt nicht, warum der Gesetzgeber zwar einerseits die Zweitwohnsitznutzung bei gegebener stichtagsbezogener Nutzung auch außerhalb von gewidmeten Zweitwohnsitzgebieten zulässt, die touristische Nutzung aber nicht. Dafür gibt es keinen sachlich gerechtfertigten Grund. Wenn dieser Aspekt mit verfassungs- und europarechtlicher Dimension in weiterer Folge einer Überprüfung unterzogen werden soll, bedarf es der Ergänzung der monierten Mangelhaftigkeit.

In Nr. 86 der Beilagen zum stenographischen Protokoll des Salzburger Landtages (6. Session der 13. Gesetzgebungsperiode) ist nachzulesen, dass die Zweitwohnungsnutzung grundsätzlich nur mehr in ausgewiesenen Zweitwohnungsgebieten zulässig ist. Auch die Begrifflichkeit Zweitwohnnutzung im Sinne einer ausschließlichen Nutzung für Urlaubs-, Wochenend- oder sonstige Freizeitaufenthalte wurde fallen gelassen, was dazu führt, dass auch nur geringfügig auch touristisch oder für Aufenthalte zur Verwaltung der Wohnung bestehende Zwecke eine Zweitwohnung ausmachen können. Die Intention des Gesetzgebers war es dabei, die bisher auf dem Wohnungsmarkt für Hauptwohnsitze nicht in Erscheinung tretenden Ferienwohnungen, die touristisch genutzt werden, diesem Markt (wieder) [zuzuführen]. Dabei hat der Gesetzgeber auch unter ausdrücklichem Hinweis auf die mit seiner Regelung verbundene, verfassungsrechtliche Problematik des erheblichen Eingriffs in das Grundrecht auf Unverletzlichkeit des Eigentums die bereits bestehende, stichtagbezogene Ausnahme belassen. Selbst der Gesetzgeber geht auch von der schwierigen Abgrenzung zwischen Nutzung als Zweitwohnung und touristischer Nutzung aus. Damit steht aber fest, dass der gesetzliche Terminus ausgewiesenes Zweitwohnungsgebiet keinen besonderen, nicht schon bisher bekannten Zweck verfolgt, sodass dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden kann, er wollte die touristische Nutzung in vor dem 01.03.1993 als Zweitwohnung genutzte Wohnungen jedenfalls verbieten. Ein Verbot, was auch jedenfalls verfassungsrechtlich nicht nur wegen des Eingriffs ins Eigentum, sondern auch aus dem Gleichheitsgebot widersprechenden Aspekten bedenklich wäre. Daher ist die Frage, ob gegenständliche Wohnung bereits vor dem 01.03.1993 als Zweitwohnung genutzt wurde, rechtlich relevant, da aus Sicht des Beschwerdeführers aus den ausführlich dargetanen Überlegungen die touristische Nutzung bei vor dem 01.03.1993 genutzten Zweitwohnungen ebenfalls zulässig sein muss, es in weiterer Folge dahingestellt bleiben könnte, ob der Beschwerdeführer seine Wohnung - wie dies die belangte Behörde fälschlich vermeint - touristisch nutzt oder nicht.

Es ist das Verfahren daher um die Beantwortung der Frage zu ergänzen, ob die gegenständliche Wohnung vor dem 01.03.1993 als Zweitwohnung genutzt wurde, wie dies vom Beschwerdeführer auch mit Nachweisen belegt, aber seitens der belangten Behörde nicht mehr weiter erhoben wurde.

b) Sbg. Kurtaxengesetz 1993 idgF

Es steht fest, dass die Gemeinde PP seit 1995 besondere Kurtaxe einhebt. Gem. § 1 des Sbg. Kurtaxengesetzes 1993 idgF ist besondere Kurtaxe für Ferienwohnungen einschließlich dauernd überlassene Ferienwohnungen vorgesehen. Gem. § 1 Abs. 5 Z 3 und 4 leg. cit. versteht das Gesetz unter einer Ferienwohnung eine Unterkunft, die nicht dem dauernden Wohnbedarf, sondern nur dem Aufenthalt on Wochen enden, während des Urlaubs oder der Ferien udgl. dient. Es steht fest, dass die Gemeinde PP seit 1995 besondere Kurtaxe einhebt. Gem. Paragraph eins, des Sbg. Kurtaxengesetzes 1993 idgF ist besondere Kurtaxe für Ferienwohnungen einschließlich dauernd überlassene Ferienwohnungen vorgesehen. Gem. Paragraph eins, Absatz 5, Ziffer 3 und 4 leg. cit. versteht das Gesetz unter einer Ferienwohnung eine Unterkunft, die nicht dem dauernden Wohnbedarf, sondern nur dem Aufenthalt on Wochenenden, während des Urlaubs oder der Ferien udgl. dient.

Abgesehen davon - darauf wird noch einzugehen sein -, dass der Beschwerdeführer eine touristische Nutzung nicht

vornimmt, hätte die Behörde der Frage, ob eine touristische Nutzung gegenständlicher Wohnung vor dem Inkrafttreten des Sbg. ROG idgF (vor dem 01.04.2009) vorgelegen hat, auf den Grund gehen müssen, vor allem weil, sich diese Frage aus der Einhebung der besonderen Kurtaxe durch die Gemeinde PP ergibt, zumal auch Unterkunftgeber abgabepflichtig iSd Sbg. Kurtaxengesetz sind. Im Verwaltungsstrafverfahren gilt der Untersuchungsgrundsatz (§ 25 Abs. 2 VStG), sodass die Behörde diesen Aspekt von sich aus zu prüfen gehabt hätte. Denn diese Frage ist rechtlich relevant, da dann in jedem Fall - ob nun eine touristische Nutzung vorliegt oder nicht - das Verfahren einzustellen gewesen wäre. Abgesehen davon - darauf wird noch einzugehen sein -, dass der Beschwerdeführer eine touristische Nutzung nicht vornimmt, hätte die Behörde der Frage, ob eine touristische Nutzung gegenständlicher Wohnung vor dem Inkrafttreten des Sbg. ROG idgF (vor dem 01.04.2009) vorgelegen hat, auf den Grund gehen müssen, vor allem weil, sich diese Frage aus der Einhebung der besonderen Kurtaxe durch die Gemeinde PP ergibt, zumal auch Unterkunftgeber abgabepflichtig iSd Sbg. Kurtaxengesetz sind. Im Verwaltungsstrafverfahren gilt der Untersuchungsgrundsatz (Paragraph 25, Absatz 2, VStG), sodass die Behörde diesen Aspekt von sich aus zu prüfen gehabt hätte. Denn diese Frage ist rechtlich relevant, da dann in jedem Fall - ob nun eine touristische Nutzung vorliegt oder nicht - das Verfahren einzustellen gewesen wäre.

Wichtig in diesem Zusammenhang ist § 4 leg. cit., wonach Abgabepflichtiger der Kurtaxe u.a. der Unterkunftgeber ist. Außerdem spielt die allgemeine und besondere Kurtaxe ausschließlich im Zusammenhang mit der Nutzung als Ferienwohnung und der touristischen Nutzung eine Rolle. In diesem Punkt ist entsprechend der Stellungnahme des Beschwerdeführers offen geblieben, wie es zu dieser fiskalischen Handhabung durch die Gemeinde kommt, wenn es sich gegenständlich um die Widmung Bauland - Kerngebiet handelt. Wichtig in diesem Zusammenhang ist Paragraph 4, leg. cit., wonach Abgabepflichtiger der Kurtaxe u.a. der Unterkunftgeber ist. Außerdem spielt die allgemeine und besondere Kurtaxe ausschließlich im Zusammenhang mit der Nutzung als Ferienwohnung und der touristischen Nutzung eine Rolle. In diesem Punkt ist entsprechend der Stellungnahme des Beschwerdeführers offen geblieben, wie es zu dieser fiskalischen Handhabung durch die Gemeinde kommt, wenn es sich gegenständlich um die Widmung Bauland - Kerngebiet handelt.

Auch insoweit ist das Verfahren ergänzungsbedürftig (Stoffsammlungsmangel).

Warum die belangte Behörde in ihrer Begründung ausführt, aufgrund der bei der Gemeinde PP vorliegenden Unterlagen sei die Wohnung W 10 vor dem 01.04.2009 nicht rechtmäßig touristisch genutzt worden, ist nicht nachvollziehbar, da es dazu keine Beweiserhebungen und damit auch keine Beweisergebnisse gibt.

Der Aktenvermerk vom 12.10.2015 liegt dem Beschwerdeführer übrigens nicht vor.

c) Touristische Nutzung

Ohne weitere Begründung unterstellt die belangte Behörde, die gegenständliche Wohnung werde touristisch genutzt. Die Behörde geht auch nicht darauf ein, wie es zur Beurteilung der vom Kurtax-Kontrollor erhobenen Kontrollberichte und deren Unterfertigung durch nicht Deutsch sprechende Personen gekommen ist. Es wird die Qualifikation Gast unterstellt.

In diesem Punkt wurden die Verfahrensvorschriften zur Erhebung eines Sachverhaltes, der auch entlastende Aspekte einzubeziehen hat, massiv verletzt, weil letztlich eine reine Unterstellung vorgenommen wurde.

Es ist daher zu prüfen, inwieweit bei der gegenständlichen Konstellation überhaupt von touristischer Nutzung die Rede sein kann, aber auch wie die Kontrollberichte letztlich zu verstehen sind, letztlich wie sie zustande gekommen sind. Der Kontrollor selbst wurde nie einvernommen.

2. Unrichtige rechtliche Beurteilung:

a) Touristische Nutzung

Die Behörde begründet nicht, warum es von einer touristischen Nutzung ausgeht. Einzige - auch vom Beschwerdeführer nicht in Abrede gestellte Tatsache ist, dass die Wohnung dem Unternehmen NN zur Verfügung gestellt wird. Gem. § 31 Abs. 5 ROG idgF ist eine touristische Nutzung bei Vorliegen von Verfügungsrechten, die über den typischen Beherbergungsvertrag hinausgehen, nicht gegeben. Solche Verfügungsrechte liegen etwa bei Einräumung von längerfristigen Mietrechten vor. Dass das Unternehmen NN als einziger Vertragspartner des Beschwerdeführers diese Wohnung an Dienstnehmer zur Nutzung weitergibt, begründet keine touristische Nutzung. Die Behörde begründet nicht, warum es von einer touristischen Nutzung ausgeht. Einzige - auch vom

Beschwerdeführer nicht in Abrede gestellte Tatsache ist, dass die Wohnung dem Unternehmen NN zur Verfügung gestellt wird. Gem. Paragraph 31, Absatz 5, ROG idgF ist eine touristische Nutzung bei Vorliegen von Verfügungsrechten, die über den typischen Beherbergungsvertrag hinausgehen, nicht gegeben. Solche Verfügungsrechte liegen etwa bei Einräumung von längerfristigen Mietrechten vor. Dass das Unternehmen NN als einziger Vertragspartner des Beschwerdeführers diese Wohnung an Dienstnehmer zur Nutzung weitergibt, begründet keine touristische Nutzung.

Wie vom Beschwerdeführer auch dargetan, bewirbt er die Wohnung weder touristisch im herkömmlichen und zu erwartenden Sinne im Internet oder auf sonstige Art. Es liegt daher auch die von der Rsp. des dg. Gerichtes (LVwG-3/229/7-2015) erforderliche tage- bzw. wochenweise Vermietung an Feriengäste keineswegs vor. Wie vom Beschwerdeführer auch dargetan, bewirbt er die Wohnung weder touristisch im herkömmlichen und zu erwartenden Sinne im Internet oder auf sonstige "Art". Es liegt daher auch die von der Rsp. des dg. Gerichtes (LVwG-3/229/7-2015) erforderliche tage- bzw. wochenweise Vermietung an Feriengäste keineswegs vor.

Im vom Beschwerdeführer der Behörde vorgelegten Zeitungsartikel, wonach das Oberlandesgericht Linz in bestätigender Entscheidung Eigentümern von Wohnungen im Hotel Bellevue Zell am See ein Vermietungsverbot auferlegt hat, die ihre Wohnung nachweislich im Internet als touristische Unterkünfte angeboten haben. Daraus kann sehr wohl rechtlich die Auffassung abgeleitet werden, für das Vorliegen einer touristischen Nutzung sei auch eine organisierte, gewinnorientierte Bewerbung der Wohnung Voraussetzung.

Die belangte Behörde geht dabei auch nicht auf die rechtlich wichtige und wesentliche Differenzierung und Abgrenzung zwischen längerfristigen Verfügungsrechten und einem Beherbergungsbetrieb ähnlicher Nutzungseinräumung ein. Die erforderliche Interpretation des Gesetzesbegriffes touristische Nutzung nimmt die belangte Behörde nicht einmal ansatzweise vor.

b) Ausgewiesene Zweitwohnsitzgebiete (§ 31 Abs. 1 iVm Abs. 3 Sbg. ROG idgF)b) Ausgewiesene Zweitwohnsitzgebiete (Paragraph 31, Absatz eins, in Verbindung mit Absatz 3, Sbg. ROG idgF)

Gem. § 31 Abs. 1 iVm Abs. 3 Sbg. ROG idgF ist eine touristische Nutzung in ausgewiesenen Zweitwohnsitzgebieten verboten, außer für Wohnungen, die bereits vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes am 01.04.2009 rechtmäßig touristisch genutzt worden sind. Gem. Paragraph 31, Absatz eins, in Verbindung mit Absatz 3, Sbg. ROG idgF ist eine touristische Nutzung in ausgewiesenen Zweitwohnsitzgebieten verboten, außer für Wohnungen, die bereits vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes am 01.04.2009 rechtmäßig touristisch genutzt worden sind.

Abgesehen davon, dass die Behörde, wie bereits ausgeführt, nicht darlegt, warum im gegenständlichen Fall eine touristische Nutzung vorliegen soll, ist die rechtliche Annahme, mangels ausgewiesenem Zweitwohnungsgebiet sei eine touristische Nutzung jedenfalls unzulässig, rechtlich verfehlt. In diesem Zusammenhang wird ausdrücklich auf Punkt 1.a) dieses Schriftsatzes und die detaillierten Ausführungen im Zusammen hang mit den Gesetzesmaterialien verwiesen.

Wäre es tatsächlich rechtlich richtig, dass gegenständlich jede touristische Nutzung unmöglich und verboten ist, weil eben kein ausgewiesenes Zweitwohnungsgebiet vor liegt, obwohl eine Nutzung als Zweitwohnung aus anderen Gründen (Nutzung bereits vor dem 01.03.1993) zulässig ist, wäre diese eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung und damit ein Eingriff in verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte, jedenfalls aber ein Eingriff in das Grundrecht auf Eigentum.

3. Höhe der Strafe:

Gem. § 19 VStG sind bei der Strafbemessung die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes, die Intensität der Beeinträchtigung, das Ausmaß des Verschuldens und die Einkommens- und Vermögensverhältnisse zu berücksichtigen. Gem. Paragraph 19, VStG sind bei der Strafbemessung die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes, die Intensität der Beeinträchtigung, das Ausmaß des Verschuldens und die Einkommens- und Vermögensverhältnisse zu berücksichtigen.

Zunächst ist festzuhalten, dass die Behörde sowohl für den Beschwerdeführer als auch

für dessen Mitwohnungseigentümer eine Strafe von	€	3.000,00
gesamt sohin	€	6.000,00

festgesetzt hat. In Anbetracht der Maximalstrafe € 25.000,00,

ist die Angemessenheit der Strafe, die knapp ein Viertel ausmacht, unangemessen.

Das Objekt KK 1 wird vorwiegend von Zweitwohnsitzbenutzern bewohnt, sodass durch eine allenfalls unzulässige touristische Nutzung kein großer Nachteil für andere Wohnungseigentümer gegeben sein kann, die selbst nur sporadisch an der Adresse KK 1 aufhältig sind. Hinsichtlich der aktuellen Situation des moribunden Ortskerns von PP kann wohl von amtsnotorischer Kenntnis ausgegangen werden.

Aufgrund von vier vom Kurtaxkontrollor erfolgten Überprüfungen ist auch die Intensität der Beeinträchtigung in Grenzen gehalten.

Dazu kommt, dass der Beschwerdeführer dänischer Staatsbürger ist, sich rechtlich im Zuge des Kaufvertrages beraten hat lassen, sodass ein vermindertes Unrechtsbewusstsein zu Gute gehalten werden kann.

Darüber hinaus hat die Behörde gesamt € 6.000,00

festgesetzt, obwohl der Beschwerdeführer zusammen als Wohnungseigentümerpartner letztlich eine straffällige Person repräsentiert. Dieser Aspekt scheint von der belangten Behörde völlig außer Betracht gelassen worden zu sein.

In diesem Zusammenhang ist auch darauf einzugehen, dass das geringe Einkommen des Beschwerdeführers nach Steuern in Höhe von € 7.860,00

überhaupt nicht Berücksichtigung gefunden hat.

Aus den oben angeführten Gründen stellt der Beschwerdeführer den

ANTRAG:

Das Landesverwaltungsgericht Salzburg möge der Beschwerde Folge geben und

1.

den angefochtenen Bescheid der belangten Behörde, Zl. b-2015, vom 20.07.2016 wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes,

in eventu

2.

wegen Rechtswidrigkeit infolge der Verletzung von Verfahrensvorschriften aufheben und das Verwaltungsstrafverfahren einstellen,

in eventu

3.

die Strafe auf eine angemessene Höhe herabsetzen.

II.römisch zwei.

Es ergeht weiters der

ANTRAG,

eine mündliche Verhandlung durchzuführen.“

Vor dem Landesverwaltungsgericht Salzburg hat am 17.11.2016 eine öffentliche mündliche Verhandlung stattgefunden, in der die Verfahren über die vorliegenden Beschwerden aufgrund des sachlichen und persönlichen Zusammenhanges zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden wurden. Die Akten der belangten Behörde und die Akten des Verwaltungsgerichtes wurden verlesen, die Beschwerdeführer – unter Beiziehung einer Dolmetscherin für die dänische Sprache – angehört und Herr AU AT und Herr AP AO als Zeugen einvernommen.

Das Landesverwaltungsgericht Salzburg hat hiezu Folgendes festgestellt und erwogen:

Vom Verwaltungsgericht wird der nachstehende Sachverhalt als erwiesen angenommen:

Die Beschwerdeführer sind aufgrund des Kaufvertrages vom 2.7./9.7.2009 zu jeweils 55/1fff-Anteilen Miteigentümer der Liegenschaft EZ fff, KG LL. An der Liegenschaft ist Wohnungseigentum begründet. Mit den Miteigentumsanteilen der Beschwerdeführer ist Wohnungseigentum an der Wohnung W10 untrennbar verbunden (Eigentümerpartnerschaft

im Sinne des § 2 Abs 10 Wohnungseigentumsgesetz 2002). Auf dem GSt-Nr. dd/3, das in der EZ fff vorgetragen ist, ist das Objekt AQ AR, KK 1, errichtet, in dem sich die Wohnung W10 der Beschwerdeführer befindet. Die Beschwerdeführer sind aufgrund des Kaufvertrages vom 2.7./9.7.2009 zu jeweils 55/1fff-Anteilen Miteigentümer der Liegenschaft EZ fff, KG LL. An der Liegenschaft ist Wohnungseigentum begründet. Mit den Miteigentumsanteilen der Beschwerdeführer ist Wohnungseigentum an der Wohnung W10 untrennbar verbunden (Eigentümerpartnerschaft im Sinne des Paragraph 2, Absatz 10, Wohnungseigentumsgesetz 2002). Auf dem GSt-Nr. dd/3, das in der EZ fff vorgetragen ist, ist das Objekt AQ AR, KK 1, errichtet, in dem sich die Wohnung W10 der Beschwerdeführer befindet.

Die Beschwerdeführer haben mit dem Unternehmen „NN“, einem dänischen Pharmaunternehmen, eine Vereinbarung abgeschlossen, nach der die Wohnung W10 im Objekt KK 1 NN zur Unterbringung von Mitarbeitern dieses Unternehmens überlassen wird. Einige bzw mehrere Wochen im Jahr – dies jeweils koordiniert mit NN – nutzen die Beschwerdeführer die Wohnung selbst. Im Übrigen darf von NN die Wohnung ihren Mitarbeitern, und zwar – vertraglich so vorgesehen – nur ihren eigenen Mitarbeitern, zur Verfügung gestellt werden.

NN ersetzt den Beschwerdeführern dafür, dass sie NN die Wohnung überlassen, jährlich die auf die Wohnung entfallenden Betriebskosten (darin enthalten: besondere Kurtaxe).

Die Vereinbarung zwischen NN und den Beschwerdeführern besteht bereits seit mehreren Jahren (diese wurde nach dem im Jahr 2009 erfolgten Eigentumserwerb durch die Beschwerdeführer abgeschlossen) und verlängert sich jeweils um ein Jahr, wenn diese nicht von einer der Vertragsparteien aufgelöst wird.

Am 27.7.2015, 19.8.2015, 24.8.2015 und am 31.8.2015 wurden in der Wohnung jeweils dänische Gäste angetroffen, die Mitarbeiter von NN sind und denen von NN die Wohnung zur Nutzung überlassen wurde. Die angetroffenen Gäste waren jeweils wochenweise (von Samstag bzw Sonntag bis Samstag) in der Wohnung untergebracht.

Das GSt-Nr. dd/3, auf dem das Objekt KK 1 errichtet ist, ist im Flächenwidmungsplan der Gemeinde PP als Bauland der Kategorie Kerngebiet (§ 30 Abs 1 Z 3 Raumordnungsgesetz 2009 [ROG 2009]) ausgewiesen. Im Gebäude des Objektes KK 1 befinden sich 13 Wohnungen. Das GSt-Nr. dd/3, auf dem das Objekt KK 1 errichtet ist, ist im Flächenwidmungsplan der Gemeinde PP als Bauland der Kategorie Kerngebiet (Paragraph 30, Absatz eins, Ziffer 3, Raumordnungsgesetz 2009 [ROG 2009]) ausgewiesen. Im Gebäude des Objektes KK 1 befinden sich 13 Wohnungen.

Beweiswürdigend ist zu diesen Sachverhaltsfeststellungen auszuführen, dass sich diese auf den Inhalt der Akten der belangten Behörde und der Akten des Verwaltungsgerichtes gründen. Grundlage für die Feststellungen war insbesondere auch das Ergebnis der öffentlichen mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht am 17.11.2016. Die Feststellungen betreffend die Eigentumsverhältnisse an der gegenständlichen Liegenschaft, betreffend die Anzahl der Wohnungen im Objekt und der raumordnungsrechtlichen Widmung ergeben sich aus den unbedenklichen Urkunden im Akt und sind insoweit unstrittig. Die Feststellungen betreffend die Vereinbarung zwischen den Beschwerdeführern und NN waren auf der Grundlage der Angaben der Beschwerdeführer zu treffen, die im entscheidungswesentlichen Umfang auch vom Zeugen AP AO bestätigt wurden. Dieser hat in seiner Einvernahme angegeben, dass die von ihm angetroffenen Gäste ihm gegenüber geäußert hätten, dass sie Mitarbeiter von NN seien und ihnen seitens ihres Arbeitgebers die Wohnung zur Nutzung überlassen worden sei. Die Gäste hätten ihm erklärt, dass das Unternehmen mehrere Wohnungen für die Mitarbeiter zur Verfügung stelle, unter denen die Mitarbeiter aussuchen könnten. Auch im Verwaltungsstrafakt befinden sich die der Anzeige beigegebenen Überprüfungsberichte, in denen nicht nur die Aufenthaltsdauer der Gäste angeführt ist, sondern auch vermerkt ist, dass die angetroffenen Gäste jeweils Mitarbeiter von NN waren. Vor diesem Hintergrund, aber auch auf der Grundlage der Angaben der Beschwerdeführer waren daher die Feststellungen im Zusammenhang mit der Vereinbarung über die Überlassung der Wohnung an NN zu treffen.

Rechtlich ist hiezu auszuführen wie folgt:

Zunächst ist festzuhalten, dass die Verfahren über die Beschwerde des Erstbeschwerdeführers (Zahl 405-3/105-2016) und über die Beschwerde des Zweitbeschwerdeführers (Zahl 405-3/106-2016) vor dem Verwaltungsgericht aufgrund des sachlichen und persönlichen Zusammenhanges gemäß § 17 VwGVG iVm § 24 VStG iVm § 39 Abs 2 AVG zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung zu verbinden waren. Zunächst ist festzuhalten, dass die Verfahren über die Beschwerde des Erstbeschwerdeführers (Zahl 405-3/105-2016) und über die Beschwerde des Zweitbeschwerdeführers (Zahl 405-3/106-2016) vor dem Verwaltungsgericht aufgrund des sachlichen und persönlichen Zusammenhanges gemäß Paragraph 17, VwGVG in Verbindung mit Paragraph 24, VStG in Verbindung mit

Paragraph 39, Absatz 2, AVG zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung zu verbinden waren.

Gemäß § 31 Abs 5 erster Satz ROG 2009 ist eine touristische Nutzung von Wohnungen außerhalb von ausgewiesenen Zweitwohnungsgebieten in Bauten mit mehr als fünf Wohnungen nicht zulässig. Gemäß Paragraph 31, Absatz 5, erster Satz ROG 2009 ist eine touristische Nutzung von Wohnungen außerhalb von ausgewiesenen Zweitwohnungsgebieten in Bauten mit mehr als fünf Wohnungen nicht zulässig.

Nach § 78 Abs 1 Z 4 ROG 2009 begeht eine Verwaltungsübertretung, soweit die Tat nicht den Tatbestand einer mit höheren Strafe bedrohten strafbaren Handlung bildet, wer eine Wohnung entgegen § 31 Abs 5 ROG 2009 touristisch nutzt oder wissentlich nutzen lässt. Nach Paragraph 78, Absatz eins, Ziffer 4, ROG 2009 begeht eine Verwaltungsübertretung, soweit die Tat nicht den Tatbestand einer mit höheren Strafe bedrohten strafbaren Handlung bildet, wer eine Wohnung entgegen Paragraph 31, Absatz 5, ROG 2009 touristisch nutzt oder wissentlich nutzen lässt.

Nach § 78 Abs 2 Z 2 ROG 2009 sind Verwaltungsübertretungen nach § 78 Abs 1 Z 4 ROG 2009 mit Geldstrafe bis € 25.000,00 und für den Fall der Uneinbringlichkeit mit Ersatzfreiheitsstrafe bis zu fünf Wochen zu bestrafen. Nach Paragraph 78, Absatz 2, Ziffer 2, ROG 2009 sind Verwaltungsübertretungen nach Paragraph 78, Absatz eins, Ziffer 4, ROG 2009 mit Geldstrafe bis € 25.000,00 und für den Fall der Uneinbringlichkeit mit Ersatzfreiheitsstrafe bis zu fünf Wochen zu bestrafen.

Nach § 44a Z 1 und Z 2 VStG hat der Spruch (eines Straferkenntnisses), wenn er nicht auf Einstellung lautet, die als erwiesen angenommene Tat und die Verwaltungsvorschrift, die durch die Tat verletzt worden ist, zu enthalten. Nach Paragraph 44 a, Ziffer eins und Ziffer 2, VStG hat der Spruch (eines Straferkenntnisses), wenn er nicht auf Einstellung lautet, die als erwiesen angenommene Tat und die Verwaltungsvorschrift, die durch die Tat verletzt worden ist, zu enthalten.

Gegenständlich wirft die belangte Behörde den Beschwerdeführern – nach Wiedergabe des Gesetzestextes des § 78 Abs 1 Z 4 ROG 2009 – entsprechend dem Spruch der angefochtenen Straferkenntnisse vor, dass sie ihre Wohnung W10 im Objekt KK 1 im Juli und August 2015 touristisch genutzt hätten. Dies wurde den Beschwerdeführern bereits mit Aufforderung zur Rechtfertigung vom 20.10.2015 so vorgehalten. Nach dem Wortlaut des Spruches der angefochtenen Straferkenntnisse stellt dies somit die als erwiesen angenommene Tat im Sinne des § 44a Z 1 VStG dar. Gegenständlich wirft die belangte Behörde den Beschwerdeführern – nach Wiedergabe des Gesetzestextes des Paragraph 78, Absatz eins, Ziffer 4, ROG 2009 – entsprechend dem Spruch der angefochtenen Straferkenntnisse vor, dass sie ihre Wohnung W10 im Objekt KK 1 im Juli und August 2015 touristisch genutzt hätten. Dies wurde den Beschwerdeführern bereits mit Aufforderung zur Rechtfertigung vom 20.10.2015 so vorgehalten. Nach dem Wortlaut des Spruches der angefochtenen Straferkenntnisse stellt dies somit die als erwiesen angenommene Tat im Sinne des Paragraph 44 a, Ziffer eins, VStG dar.

Wie sich aus dem Wortlaut des § 78 Abs 1 Z 4 ROG 2009 ergibt, enthält diese Gesetzesstelle zwei – alternative – Straftatbestände. Einerseits kann nach dieser Bestimmung eine Verwaltungsübertretung begangen werden, indem eine Wohnung entgegen § 31 Abs 5 ROG 2009 touristisch genutzt wird; andererseits kann eine Verwaltungsübertretung verwirklichen, wer eine Wohnung entgegen § 31 Abs 5 ROG wissentlich touristisch nutzen lässt. Normadressat der ersten Tatbestandsvariante des § 78 Abs 1 Z 4 ROG 2009 ist somit, wer selbst eine Wohnung – entgegen § 31 Abs 5 ROG 2009 – touristisch nutzt, wohingegen die zweiten Tatbestandsalternative des § 78 Abs 1 Z 4 ROG 2009 begeht, wer nicht selbst den touristischen Nutzen aus einer Wohnung zieht, diese Wohnung aber weitergibt und (durch einen Dritten) touristisch nutzen lässt, wenn hinsichtlich dieses Nutzenlassens Wissentlichkeit vorliegt. § 78 Abs 1 Z 4 zweite Variante ROG 2009 erfordert somit ein spezifisches Verschulden (Wissentlichkeit). Wie sich aus dem Wortlaut des Paragraph 78, Absatz eins, Ziffer 4, ROG 2009 ergibt, enthält diese Gesetzesstelle zwei – alternative – Straftatbestände. Einerseits kann nach dieser Bestimmung eine Verwaltungsübertretung begangen werden, indem eine Wohnung entgegen Paragraph 31, Absatz 5, ROG 2009 touristisch genutzt wird; andererseits kann eine Verwaltungsübertretung verwirklichen, wer eine Wohnung entgegen Paragraph 31, Absatz 5, ROG wissentlich touristisch nutzen lässt. Normadressat der ersten Tatbestandsvariante des Paragraph 78, Absatz eins, Ziffer 4, ROG 2009 ist somit, wer selbst eine Wohnung – entgegen Paragraph 31, Absatz 5, ROG 2009 – touristisch nutzt, wohingegen die zweiten Tatbestandsalternative des Paragraph 78, Absatz eins, Ziffer 4, ROG 2009 begeht, wer nicht selbst den touristischen

Nutzen aus einer Wohnung zieht, diese Wohnung aber weitergibt und (durch einen Dritten) touristisch nutzen lässt, wenn hinsichtlich dieses Nutzenlassens Wissentlichkeit vorliegt. Paragraph 78, Absatz eins, Ziffer 4, zweite Variante ROG 2009 erfordert somit ein spezifisches Verschulden (Wissentlichkeit).

Dass es sich bei den zwei in § 78 Abs 1 Z 4 ROG 2009 enthaltenen Tatbestandsvarianten um zwei alternative Straftatbestände handelt, ist dabei bereits aus der bei der zweiten Tatbestandsvariante geforderten besonderen Schuldform der Wissentlichkeit im Zusammenhang mit dem Nutzenlassen abzuleiten. Im Hinblick auf § 44a Z 1 VStG ist bei der zweiten Variante des § 78 Abs 1 Z 4 ROG 2009 im Spruch des Straferkenntnisses somit neben der Anführung des objektiven Tatbestandes auch die Nennung des subjektiven Tatbestandmerkmals (der Schuldform), vorliegend der Wissentlichkeit, erforderlich (vgl. VwGH 90/10/0039). Für die zweite Tatbestandsalternative des § 78 Abs 1 Z 4 ROG 2009 ist dem Täter im Sinne des § 5 Abs 1 VStG nicht nur der objektive Tatbestand, sondern auch ein besonderes Verschulden (Wissentlichkeit) nachzuweisen; insoweit ist eine eindeutige Zuordnung der angelasteten Tat zu einer der beiden Tatbestandsalternativen notwendig (vgl. VwGH 94/10/0018 im Zusammenhang mit dem Forstgesetz). Dass es sich bei den zwei in Paragraph 78, Absatz eins, Ziffer 4, ROG 2009 enthaltenen Tatbestandsvarianten um zwei alternative Straftatbestände handelt, ist dabei bereits aus der bei der zweiten Tatbestandsvariante geforderten besonderen Schuldform der Wissentlichkeit im Zusammenhang mit dem Nutzenlassen abzuleiten. Im Hinblick auf Paragraph 44 a, Ziffer eins, VStG ist bei der zweiten Variante des Paragraph 78, Absatz eins, Ziffer 4, ROG 2009 im Spruch des Straferkenntnisses somit neben der Anführung des objektiven Tatbestandes auch die Nennung des subjektiven Tatbestandmerkmals (der Schuldform), vorliegend der Wissentlichkeit, erforderlich (vergleiche VwGH 90/10/0039). Für die zweite Tatbestandsalternative des Paragraph 78, Absatz eins, Ziffer 4, ROG 2009 ist dem Täter im Sinne des Paragraph 5, Absatz eins, VStG nicht nur der objektive Tatbestand, sondern auch ein besonderes Verschulden (Wissentlichkeit) nachzuweisen; insoweit ist eine eindeutige Zuordnung der angelasteten Tat zu einer der beiden Tatbestandsalternativen notwendig (vergleiche VwGH 94/10/0018 im Zusammenhang mit dem Forstgesetz).

Setzen anzuwendende Strafbestimmungen die Schuldform der Wissentlichkeit voraus, so würde der Täter nach der Rechtsprechung dann wissentlich handeln, wenn er den Tatumstand oder Erfolg nicht bloß für möglich hält, sondern sein Vorliegen oder Eintreten für gewiss hält (vgl. VwGH 85/01/0149; 94/11/0006). Setzen anzuwendende Strafbestimmungen die Schuldform der Wissentlichkeit voraus, so würde der Täter nach der Rechtsprechung dann wissentlich handeln, wenn er den Tatumstand oder Erfolg nicht bloß für möglich hält, sondern sein Vorliegen oder Eintreten für gewiss hält (vergleiche VwGH 85/01/0149; 94/11/0006).

Um den Erfordernissen des § 44a Z 1 VStG zu entsprechen, hat der Spruch eines Straferkenntnisses die Tat hinsichtlich des Täters und der Tatumstände so genau zu umschreiben, dass die Zuordnung des Tatverhaltens zur Verwaltungsvorschrift, die durch die Tat verletzt worden ist, in Ansehung aller Tatbestandsmerkmale möglich ist und die Identität der Tat unverwechselbar feststeht (vgl. VwGH 93/04/0239). Die Umschreibung der Tat muss die Zuordnung des Tatverhaltens zur Verwaltungsvorschrift, die durch die Tat verletzt worden ist, in Ansehung aller Tatbestandsmerkmale, die zur Individualisierung und Konkretisierung des inkriminierten Verhaltens erforderlich sind, ermöglichen (vgl. Fister in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG [2013] § 44a Z 2). Neben der Anführung des objektiven Tatbestandes (des Tatbildes) bedarf es dazu dort, wo das Gesetz nur die vorsätzliche Tatbegehung unter Strafe stellt (und nicht schon die fahrlässige Begehung für die Strafbarkeit ausreicht, vgl. § 5 Abs 1 erster Satz VStG), auch der Anführung der subjektiven Tatbestandselemente, also der Schuldform (vgl. VwGH 86/01/0258; 2013/08/0096). Die Angabe der Verschuldensform ist etwa dann notwendig, wenn das Gesetz ausdrücklich nur vorsätzliches Verhalten unter Strafe stellt (vgl. Fister aaO Rz 4). Um den Erfordernissen des Paragraph 44 a, Ziffer eins, VStG zu entsprechen, hat der Spruch eines Straferkenntnisses die Tat hinsichtlich des Täters und der Tatumstände so genau zu umschreiben, dass die Zuordnung des Tatverhaltens zur Verwaltungsvorschrift, die durch die Tat verletzt worden ist, in Ansehung aller Tatbestandsmerkmale möglich ist und die Identität der Tat unverwechselbar feststeht (vergleiche VwGH 93/04/0239). Die Umschreibung der Tat muss die Zuordnung des Tatverhaltens zur Verwaltungsvorschrift, die durch die Tat verletzt worden ist, in Ansehung aller Tatbestandsmerkmale, die zur Individualisierung und Konkretisierung des inkriminierten Verhaltens erforderlich sind, ermöglichen (vergleiche Fister in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG [2013] Paragraph 44 a, Ziffer 2.). Neben der Anführung des objektiven Tatbestandes (des Tatbildes) bedarf es dazu dort, wo das Gesetz nur die vorsätzliche Tatbegehung unter Strafe stellt (und nicht schon die fahrlässige Begehung für die Strafbarkeit ausreicht, vergleiche Paragraph 5, Absatz eins, erster Satz VStG), auch der Anführung der subjektiven

Tatbestandselemente, also der Schuldform vergleiche VwGH 86/01/0258; 2013/08/0096). Die Angabe der Verschuldensform ist etwa dann notwendig, wenn das Gesetz ausdrücklich nur vorsätzliches Verhalten unter Strafe stellt vergleiche Fister aaO Rz 4).

Vorliegend hat die belangte Behörde – wie dargelegt – den Beschwerdeführern vorgeworfen, sie hätten ihre Wohnung touristisch genutzt. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu § 31 Abs 5 ROG 2009 (vgl VwGH 2013/06/0078) schließen Verfügungsrechte, die über den typischen Beherbergungsvertrag hinausgehen, die Annahme einer Nutzung im Zusammenhang mit dem Tourismus aus. Solche Verfügungsrechte liegen etwa bei Einräumung von längerfristigen Mietrechten, keineswegs aber bei nur tage- bzw wochenweiser Vermietung vor. Gegenständlich nutzen die Beschwerdeführer die Wohnung mehrere Wochen im Jahr – offenbar zu Erholungszwecken – selbst; die übrigen Wochen im Jahr stellen sie die Wohnung, nunmehr bereits seit mehreren Jahren, dem Unternehmen NN zur Verfügung. Die Beschwerdeführer haben NN somit längerfristige, nicht bloß tage- oder wochenweise Miet- bzw Benützungsrechte eingeräumt. Es mag vorliegend dahingestellt bleiben, ob die (eigene) Nutzung der Wohnung durch die Beschwerdeführer allenfalls eine Zweitwohnnutzung im Sinne der §§ 31 Abs 1 bis Abs 3 ROG 2009 iVm § 78 Abs 1 Z 3 ROG 2009 darstellt oder nicht und ob dem Unternehmen NN oder dem (bzw den) nach außen vertretungsbefugten Organ(en) des Unternehmens NN durch die Zurverfügungstellung der Wohnung an die eigenen Mitarbeiter ein „touristisches Nutzen“ der Wohnung entgegen § 31 Abs 5 ROG 2009 im Sinne von § 78 Abs 1 Z 4 erste Variante ROG 2009 vorgeworfen werden kann, ist doch eine Nutzung im Zusammenhang mit dem Tourismus durch die Beschwerdeführer selbst aufgrund der Einräumung von längerfristigen Nutzungsrechten an NN jedenfalls nicht gegeben. Der nach dem Wortlaut des Spruches der angefochtenen Straferkenntnisse angelastete Tatvorwurf, dass die Beschwerdeführer die Wohnung touristisch genutzt hätten, liegt nämlich nicht vor, da sie selbst die Wohnung nicht tage- oder wochenweise vermietet haben. Vorliegend hat die belangte Behörde – wie dargelegt – den Beschwerdeführern vorgeworfen, sie hätten ihre Wohnung touristisch genutzt. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu Paragraph 31, Absatz 5, ROG 2009 vergleiche VwGH 2013/06/0078) schließen Verfügungsrechte, die über den typischen Beherbergungsvertrag hinausgehen, die Annahme einer Nutzung im Zusammenhang mit dem Tourismus aus. Solche Verfügungsrechte liegen etwa bei Einräumung von längerfristigen Mietrechten, keineswegs aber bei nur tage- bzw wochenweiser Vermietung vor. Gegenständlich nutzen die Beschwerdeführer die Wohnung mehrere Wochen im Jahr – offenbar zu Erholungszwecken – selbst; die übrigen Wochen im Jahr stellen sie die Wohnung, nunmehr bereits seit mehreren Jahren, dem Unternehmen NN zur Verfügung. Die Beschwerdeführer haben NN somit längerfristige, nicht bloß tage- oder wochenweise Miet- bzw Benützungsrechte eingeräumt. Es mag vorliegend dahingestellt bleiben, ob die (eigene) Nutzung der Wohnung durch die Beschwerdeführer allenfalls eine Zweitwohnnutzung im Sinne der Paragraphen 31, Absatz eins bis Absatz 3, ROG 2009 in Verbindung mit Paragraph 78, Absatz eins, Ziffer 3, ROG 2009 darstellt oder nicht und ob dem Unternehmen NN oder dem (bzw den) nach außen vertretungsbefugten Organ(en) des Unternehmens NN durch die Zurverfügungstellung der Wohnung an die eigenen Mitarbeiter ein „touristisches Nutzen“ der Wohnung entgegen Paragraph 31, Absatz 5, ROG 2009 im Sinne von Paragraph 78, Absatz eins, Ziffer 4, erste Variante ROG 2009 vorgeworfen werden kann, ist doch eine Nutzung im Zusammenhang mit dem Tourismus durch die Beschwerdeführer selbst aufgrund der Einräumung von längerfristigen Nutzungsrechten an NN jedenfalls nicht gegeben. Der nach dem Wortlaut des Spruches der angefochtenen Straferkenntnisse angelastete Tatvorwurf, dass die Beschwerdeführer die Wohnung touristisch genutzt hätten, liegt nämlich nicht vor, da sie selbst die Wohnung nicht tage- oder wochenweise vermietet haben.

Ob die Beschwerdeführer die Wohnung von einem Dritten, nämlich von NN, wissentlich touristisch nutzen haben lassen (was nach der Rechtsansicht der Beschwerdeführer schon grundsätzlich zu verneinen sei, weil die Zurverfügungstellung der Wohnung an die Mitarbeiter des Unternehmens keine touristische Nutzung darstelle), war im vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht zu prüfen, da weder im angefochtenen Straferkenntnis noch zu einem anderen Zeitpunkt im Verwaltungsstrafverfahren jemals den Beschwerdeführern das in § 78 Abs 1 Z 4 zweite Variante ROG 2009 geforderte subjektive Tatbestandsmerkmal der Wissentlichkeit in Bezug auf das touristische Nutzen-Lassen vorgeworfen worden ist. Ob die Beschwerdeführer die Wohnung von einem Dritten, nämlich von NN, wissentlich touristisch nutzen haben lassen (was nach der Rechtsansicht der Beschwerdeführer schon grundsätzlich zu verneinen sei, weil die Zurverfügungstellung der Wohnung an die Mitarbeiter des Unternehmens keine touristische Nutzung darstelle), war im vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht zu prüfen, da weder im angefochtenen Straferkenntnis

noch zu einem anderen Zeitpunkt im Verwaltungsstrafverfahren jemals den Beschwerdeführern das in Paragraph 78, Absatz eins, Ziffer 4, zweite Variante ROG 2009 geforderte subjektive Tatbestandsmerkmal der Wissentlichkeit in Bezug auf das touristische Nutzen-Lassen vorgeworfen worden ist.

Im Hinblick auf die konkret von der belangten Behörde vorgeworfene Tatzeit, nämlich Juli und August 2015, also 1.7.2015 bis 31.8.2015 (selbst wenn § 78 Abs 1 Z 4 ROG 2009 als Dauerdelikt zu qualifizieren ist, wurde damit der Tatzeitraum ausdrücklich, und auch hinreichend konkret, umschrieben [vgl VwGH 2001/10/0183]), ist nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes aufgrund des Eintrittes der Verfolgungsverjährung eine Korrektur des Spruches des Straferkenntnisses durch das Verwaltungsgericht jedenfalls ausgeschlossen; dies würde, weil nicht sämtliche notwendigen Tatbestandsmerkmale innerhalb der Verfolgungsverjährungsfrist vorgeworfen wurden, eine unzulässige Auswechslung der Tat darstellen (vgl VwGH 98/21/0375; 2004/03/0138). Der Berufungsbehörde bzw dem Verwaltungsgericht ist es schon grundsätzlich verwehrt, den Beschuldigten einer Tat schuldig zu erkennen, welche ihm im erstinstanzlichen Verfahren nicht zur Last gelegt worden ist (vgl VwGH 87/05/0127; 98/03/0211). Im Hinblick auf die konkret von der belangten Behörde vorgeworfene Tatzeit, nämlich Juli und August 2015, also 1.7.2015 bis 31.8.2015 (selbst wenn Paragraph 78, Absatz eins, Ziffer 4, ROG 2009 als Dauerdelikt zu qualifizieren ist, wurde damit der Tatzeitraum ausdrücklich, und auch hinreichend konkret, umschrieben [vgl VwGH 2001/10/0183]), ist nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes aufgrund des Eintrittes der Verfolgungsverjährung eine Korrektur des Spruches des Straferkenntnisses durch das Verwaltungsgericht jedenfalls ausgeschlossen; dies würde, weil nicht sämtliche notwendigen Tatbestandsmerkmale innerhalb der Verfolgungsverjährungsfrist vorgeworfen wurden, eine unzulässige Auswechslung der Tat darstellen vergleiche VwGH 98/21/0375; 2004/03/0138). Der Berufungsbehörde bzw dem Verwaltungsgericht ist es schon grundsätzlich verwehrt, den Beschuldigten einer Tat schuldig zu erkennen, welche ihm im erstinstanzlichen Verfahren nicht zur Last gelegt worden ist vergleiche VwGH 87/05/0127; 98/03/0211).

Da zusammengefasst die Beschwerdeführer die Verwaltungsübertretung des § 78 Abs 1 Z 4 erste Variante ROG 2009 nicht begangen haben, weil sie die Wohnung nicht tage- bzw wochenweise, sondern längerfristig weitergegeben haben, und eine Korrektur des Tatvorwurfes im Sinne der zweiten Variante des § 78 Abs 1 Z 4 ROG 2009 schon deshalb ausscheidet, weil weder das touristisch Nutzen-Lassen durch einen Dritten noch das notwendige Tatbestandsmerkmal der Wissentlichkeit vorgeworfen worden sind, und nunmehr auch die Verfolgungsverjährungsfrist des § 31 Abs 1 VStG abgelaufen ist, waren spruchgemäß die angefochtenen Straferkenntnisse aufzuheben. Ungeachtet einer womöglich in anderer Form bestehenden verwaltungsstrafrechtlichen Relevanz der Nutzung der gegenständlichen Wohnung in raumordnungsrechtlicher Hinsicht waren die vorliegenden gegen die Beschwerdeführer in Bezug auf § 78 Abs 1 Z 4 erste Variante ROG 2009 für den Tatzeitraum Juli und August 2015 geführten Verwaltungsstrafverfahren einzustellen. Da zusammengefasst die Beschwerdeführer die Verwaltungsübertretung des Paragraph 78, Absatz eins, Ziffer 4, erste Variante ROG 2009 nicht begangen haben, weil sie die Wohnung nicht tage- bzw wochenweise, sondern längerfristig weitergegeben haben, und eine Korrektur des Tatvorwurfes im Sinne der zweiten Variante des Paragraph 78, Absatz eins, Ziffer 4, ROG 2009 schon deshalb ausscheidet, weil weder das touristisch Nutzen-Lassen durch einen Dritten noch das notwendige Tatbestandsmerkmal der Wissentlichkeit vorgeworfen worden sind, und nunmehr auch die Verfolgungsverjährungsfrist des Paragraph 31, Absatz eins, VStG abgelaufen ist, waren spruchgemäß die angefochtenen Straferkenntnisse aufzuheben. Ungeachtet einer womöglich in anderer Form bestehenden verwaltungsstrafrechtlichen Relevanz der Nutzung der gegenständlichen Wohnung in raumordnungsrechtlicher Hinsicht waren die vorliegenden gegen die Beschwerdeführer in Bezug auf Paragraph 78, Absatz eins, Ziffer 4, erste Variante ROG 2009 für den Tatzeitraum Juli und August 2015 geführten Verwaltungsstrafverfahren einzustellen.

Zur Unzulässigkeit der ordentlichen Revision (Spruchpunkt II.): Zur Unzulässigkeit der ordentlichen Revision (Spruchpunkt römisch zwei.):

Die ordentliche Revision war nicht zuzulassen, da keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung im Sinne des Art 133 Abs 4 B-VG zu beurteilen war. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen nicht als uneinheitlich zu qualifizierenden Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zum Konkretisierungsgebot des Tatvorwurfes und zur Notwendigkeit des Vorhaltes von erforderlichen Tatbestandsmerkmalen innerhalb der Verfolgungsverjährungsfrist ab noch fehlt es an einer diesbezüglichen Rechtsprechung. Sonstige Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfragen liegen nicht vor. Die ordentliche Revision war nicht zuzulassen, da keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung im Sinne des Artikel 133, Absatz 4, B-VG zu beurteilen war. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen nicht als uneinheitlich zu qualifizierenden

Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zum Konkretisierungsgebot des Tatvorwurfes und zur Notwendigkeit des Vorhaltes von erforderlichen Tatbestandsmerkmalen innerhalb der Verfolgungsverjährungsfrist ab noch fehlt es an einer diesbezüglichen Rechtsprechung. Sonstige Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfragen liegen nicht vor.

Schlagworte

Touristische Nutzung; nutzen lassen; Wissentlichkeit, Tatvorwurf

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LVWGSA:2016:405.3.105.1.26.2016

Zuletzt aktualisiert am

26.09.2019

Quelle: Landesverwaltungsgericht Salzburg LVwg Salzburg, <https://www.salzburg.gv.at/lvwg>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at