

# TE Vwgh Erkenntnis 2013/12/12 2013/06/0078

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 12.12.2013

## Index

E1E;  
E1P;  
E6J;  
L80005 Raumordnung Raumplanung Flächenwidmung Bebauungsplan Salzburg;  
L82000 Bauordnung;  
40/01 Verwaltungsverfahren;  
59/04 EU - EWR;

## Norm

12010E018 AEUV Art18;  
12010E049 AEUV Art49;  
12010E063 AEUV Art63;  
12010E065 AEUV Art65;  
12010E267 AEUV Art267;  
12010P/TXT Grundrechte Charta Art47;  
12010P/TXT Grundrechte Charta Art51;  
61994CJ0055 Gebhard VORAB;  
62010CJ0617 Aklagaren / Fransson VORAB;  
BauRallg;  
ROG Slbg 2009 §31 Abs1;  
ROG Slbg 2009 §31 Abs2;  
ROG Slbg 2009 §31 Abs5;  
ROG Slbg 2009 §78 Abs1 Z4;  
ROG Slbg 2009 §78 Abs2 Z2;  
VStG §20;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Pallitsch sowie die Hofräatin Dr. Bayjones und den Hofrat Dr. Moritz als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Zöchling, über die Beschwerde 1. des J W, 2. der J W, beide in G, beide vertreten durch Mag. Dr. Siegfried Kainz, Rechtsanwalt in 5760 Saalfelden, Lofererstraße 46, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates des Landes Salzburg vom 19. Dezember 2012, Zl. UVS-5/14516,14517/12-2012, betreffend Übertretung des Salzburger Raumordnungsgesetzes (weitere Partei: Salzburger Landesregierung), zu Recht erkannt:

## **Spruch**

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Die Beschwerdeführer haben dem Land Salzburg Aufwendungen in der Höhe von EUR 610,60 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## **Begründung**

1. Mit Bescheiden der Bezirkshauptmannschaft S vom 2. Mai 2012 wurde den Beschwerdeführern jeweils eine Übertretung gemäß § 31 Abs. 5 iVm § 78 Abs. 1 Z. 4 Salzburger Raumordnungsgesetz 2009 - ROG 2009 zur Last gelegt, weil sie im Zeitraum von Dezember 2011 bis Februar 2012 ihre näher bezeichnete Wohnung in der Wohnanlage G in W nach vorherigem Angebot zur touristischen Nutzung im Internet für insgesamt 150 kurtaxenpflichtige und 87 kurtaxenfreie Übernachtungen vermietet hätten.

Wegen dieser Übertretungen wurden über die Beschwerdeführer Geldstrafen in Höhe von jeweils EUR 2.500,-- gemäß § 78 Abs. 2 Z. 2 ROG 2009 (Ersatzfreiheitsstrafe: jeweils 80 Stunden) verhängt.

2. Die gegen diesen Bescheid erhobenen Berufungen vom 21. Mai 2012 wies die belangte Behörde mit dem angefochtenen Bescheid vom 19. Dezember 2012 gemäß § 66 Abs. 4 AVG iVm § 24 VStG als unbegründet ab und bestätigte die erstinstanzlichen Bescheide vollinhaltlich.

Begründend führte die belangte Behörde im Wesentlichen aus, die Tatsache der touristischen Nutzung der gegenständlichen, im Miteigentum der Beschwerdeführer stehenden Wohnung durch tage- bzw. wochenweise Vermietung an Feriengäste entsprechend der Bewerbung im Internet werde durch die Beschwerdeführer nicht bestritten und stehe aufgrund der vorliegenden Unterlagen auch ohne jeden Zweifel fest. Es sei nicht automatisch jede entgeltliche bzw. unentgeltliche Weitervermietung einer Wohnung im gegenständlichen Sinne verwaltungsstrafkantioniert, sondern ausdrücklich nur die touristische unter den Parametern des § 31 Abs. 5 ROG 2009.

Wenn in den Berufungen bestritten werde, dass es sich bei dem vorliegenden Bauwerk um ein solches mit mehr als fünf Wohnungen handle, stehe dem die erstinstanzliche Aktenlage ebenso entgegen wie die Stellungnahme der Marktgemeinde W im Berufungsverfahren in Zusammenhang mit dem Baubewilligungsbescheid, wonach es sich beim gegenständlichen Bauvorhaben G um ein solches mit insgesamt elf Wohneinheiten handle und dieses als Gesamtbauwerk errichtet worden sei; allein der in den Berufungen ins Treffen geführte Umstand von zwei unterschiedlichen Zugängen bzw. Orientierungsnummern stehe dieser Beurteilung der Wohnanlage als ein "Bau" mit insgesamt mehr als fünf Wohneinheiten nicht entgegen. Diese Bauform sei auch nicht vergleichbar mit dem in den Berufungen angezogenen Vergleich mit Reihenhäusern (unabhängig von der Beurteilung solcher im gegenständlichen Regelungszusammenhang). Der vorhandene Bau entspreche auch der Legaldefinition des § 1 Salzburger Baupolizeigesetz 1997 - Slbg BauPolG 1997.

3. Gegen diesen Bescheid erhoben die Beschwerdeführer zunächst Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof, der mit Beschluss vom 13. März 2013, B 218/13-3, deren Behandlung abgelehnt und sie dem Verwaltungsgerichtshof zur Entscheidung abgetreten hat.

Begründend führte der Verfassungsgerichtshof in seinem Ablehnungsbeschluss aus, eine Regelung der Nutzung von Grundflächen sei geradezu typischer Inhalt raumordnungsrechtlicher Bestimmungen. Das grundsätzliche Verbot touristischer Nutzung sei im öffentlichen Interesse gelegen und erscheine im Hinblick auf die vorgesehenen Ausnahmen verhältnismäßig ausgestaltet (Hinweis zur Sachlichkeit derartiger Regelungen auf VfSlg. 14.679/1996 und 17.976/2006).

4. In ihrer im Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof ergänzten Beschwerde machen die Beschwerdeführer Rechtswidrigkeit des Inhaltes geltend. Sie regen weiters an, gemäß Art. 267 AEUV ein Vorabentscheidungsverfahren einzuleiten und den Gerichtshof der Europäischen Union mit der Frage zu befassen, inwiefern das in § 31 Abs. 5 ROG 2009 normierte "touristische Vermietungsverbot" u. a. im Sinne der Art. 15 und 17 GRC und Art. 49, 63 und 18 AEUV grundrechtlich zulässig sei.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift, in der sie die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde beantragte.

5. Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

5.1. Die maßgeblichen Bestimmungen des Salzburger Raumordnungsgesetzes 2009 - ROG 2009, LGBl. Nr. 30, im Hinblick auf den Zeitpunkt der Erlassung des angefochtenen Bescheides in der Fassung LGBl. Nr. 53/2011, lauten:

"Zweitwohnungen

§ 31

(1) Eine Verwendung als Zweitwohnung ist nur in ausgewiesenen Zweitwohnungsgebieten zulässig.

(2) Eine Verwendung als Zweitwohnung liegt vor, wenn Wohnungen oder Wohnräume dem Aufenthalt während des Urlaubs, des Wochenendes oder sonstigen Freizeitzwecken dienen und diese Nutzung nicht im Rahmen des Tourismus (gewerbliche Beherbergung, Privatzimmervermietung usgl.) erfolgt. Verfügungsrechte über Wohnungen und Wohnräume, die über den typischen Beherbergungsvertrag hinausgehen, schließen die Annahme einer Nutzung im Zusammenhang mit dem Tourismus aus.

(3) Unter das Verbot gemäß Abs. 1 fällt eine Verwendung als Zweitwohnung nicht, wenn

1. die Wohnung durch Rechtserwerb von Todes wegen von Personen erworben worden ist, die zum Kreis der gesetzlichen Erben gehören, oder

2. die Wohnung bereits vor dem 1. März 1993 als Zweitwohnung benutzt worden ist.

Die Gemeindevertretung kann die Nutzung als Zweitwohnung aus berücksichtigungswürdigen Gründen (zB wenn die Wohnung bisher dem Eigentümer zur Deckung des ganzjährigen Wohnbedarfs von sich oder seinen Angehörigen (Ehegatte oder eingetragener Partner, Eltern, Kinder, Stiefkinder, Enkelkinder, Wahl-, Pflege- oder Schwiegerkinder) diente oder der familiären Vorsorge zur Deckung eines solchen Bedarfs dient) auf Antrag ausnahmsweise gestatten. Die Ausnahme ist auf höchstens zehn Jahre zu befristen und soweit erforderlich unter Bedingungen zu erteilen. Der Bescheid ist jedenfalls zu begründen.

(4) Die Ausweisung von Zweitwohnungsgebieten ist nicht zulässig, wenn

1. sie überörtlichen strukturellen Entwicklungszielen zuwiderläuft oder

2. der Anteil der Zweitwohnungen am gesamten Wohnungsbestand in der Gemeinde bereits 10 % übersteigt.

(5) Eine touristische Nutzung von Wohnungen ist außerhalb von ausgewiesenen Zweitwohnungsgebieten in Bauten mit mehr als fünf Wohnungen nicht zulässig. Dieses Verbot gilt nicht:

1.

in Betrieben zur gewerblichen Beherbergung;

2.

in Apartmenthäusern, die als solche vor dem 1. Jänner 1973 oder später auf Grund einer unter Anwendung des Art III Abs. 2 der Raumordnungsgesetz-Novelle 1972, LGBl Nr 126, baubehördlich bewilligt worden sind;

3. für Wohnungen, die bereits vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes (§ 81 Abs. 1) rechtmäßig touristisch genutzt worden sind.

Für Wohnungen, die bei Inkrafttreten dieses Gesetzes bereits bestehen, aber nicht unter die Ausnahmen gemäß Z 1 bis 3 fallen, hat der Bürgermeister oder die Bürgermeisterin die touristische Nutzung durch Bescheid zu bewilligen, wenn für die Errichtung der Wohnung keine Wohnbauförderungsmittel in Anspruch genommen worden sind und die Wohnung keine gute Eignung für Hauptwohnsitzzwecke aufweist oder in der Gemeinde keine Nachfrage besteht, die das Angebot an für Hauptwohnsitzzwecke geeigneten Wohnungen erheblich übersteigt. Im Fall des Fehlens einer solchen Nachfrage ist die Bewilligung auf höchstens zehn Jahre zu befristen.

(6) Zum Zweck der Überwachung der Einhaltung der sich aus den Abs. 1 bis 5 ergebenden Beschränkungen für die Nutzung als Zweitwohnung oder zu touristischen Zwecken sind den damit betrauten Organen die Zufahrt und der Zutritt zu dem jeweiligen Objekt zu gewähren und die erforderlichen Auskünfte über dessen Verwendung zu erteilen.

(7) Ist auf Grund bestimmter Tatsachen eine Nutzung anzunehmen, die den sich aus den Abs. 1 bis 5 ergebenden Beschränkungen widerspricht, haben die Versorgungs- oder Entsorgungsunternehmen, die Erbringer von

Postdiensten oder von elektronischen Zustelldiensten auf Anfrage des Bürgermeisters oder der Bürgermeisterin die zur Beurteilung der Nutzung erforderlichen Auskünfte zu erteilen oder die erforderlichen Daten zu übermitteln.

#### Strafbestimmungen

##### § 78

(1) Eine Verwaltungsübertretung begeht, soweit die Tat nicht den Tatbestand einer mit höherer Strafe bedrohten strafbaren Handlung bildet, wer

...

4. eine Wohnung entgegen § 31 Abs 5 touristisch nutzt oder wissentlich nutzen lässt;

...

(2) Verwaltungsübertretungen gemäß Abs 1 sind unbeschadet sonstiger Folgen (baupolizeilicher Auftrag, Vollstreckung udgl) zu bestrafen:

...

2. in den Fällen des Abs 1 Z 2, 3 und 4 mit Geldstrafe bis 25.000 EUR und für den Fall der Uneinbringlichkeit mit Ersatzfreiheitsstrafe bis zu fünf Wochen.

..."

§ 21 VStG in der Fassung vor der Novelle BGBl. I Nr. 33/2013

lautete:

"Absehen von der Strafe

§ 21. (1) Die Behörde kann ohne weiteres Verfahren von der Verhängung einer Strafe absehen, wenn das Verschulden des Beschuldigten geringfügig ist und die Folgen der Übertretung unbedeutend sind. Sie kann den Beschuldigten jedoch gleichzeitig unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens mit Bescheid ermahnen, sofern dies erforderlich ist, um den Beschuldigten von weiteren strafbaren Handlungen gleicher Art abzuhalten.

(1a) Die Behörde kann von der Einleitung und Durchführung eines Strafverfahrens absehen, wenn die Verfolgung aussichtslos erscheint oder der hiefür erforderliche Aufwand in einem Missverhältnis zum Grad und zur Bedeutung der in der Verwaltungsübertretung liegenden Verletzung öffentlicher Interessen steht.

(1b) Unter den in Abs. 1 genannten Voraussetzungen können die Verwaltungsbehörden von der Erstattung einer Anzeige absehen.

(2) Unter den in Abs. 1 angeführten Voraussetzungen können die Organe der öffentlichen Aufsicht von der Verhängung einer Organstrafverfügung oder von der Erstattung einer Anzeige absehen; sie können den Täter in solchen Fällen in geeigneter Weise auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens aufmerksam machen."

5.2. Die Beschwerdeführer bringen im Wesentlichen vor, es liege gegenständlich kein Bauwerk mit mehr als fünf Wohneinheiten vor, vielmehr handle es sich um zwei Baukörper, wobei sich die Wohnungen 8, 9 (= Wohnung der Beschwerdeführer), 10 und 11 in einem, die anderen Wohnungen im zweiten Baukörper befänden. Die Gemeinde W selbst spreche von zwei Objekten mit zwei unterschiedlichen Adressen, nämlich G 17 und M 182. Darüber hinaus bestünden zwei Zufahrtswege, zwei gesonderte Eingänge und zwei unterschiedliche Parkplatzmöglichkeiten. Dass die Objekte im Internet als vermeintliches Gesamtprojekt beworben würden, könne jedenfalls keine Rolle spielen, zumal auch Reihenhäuser oftmals als Reihenhauskomplex beworben würden. Die Ansicht der belangten Behörde, bei der gegenständlichen Beurteilung sei die Baubewilligung als maßgebliches Kriterium heranzuziehen, sei verfehlt; es komme auf die tatsächlichen Gegebenheiten vor Ort an, und es sei die Trennung der Objekte durch die genannten Kriterien wesentlich. Im Erkenntnis vom 28. März 1996, Zl. 93/06/0127, habe sich der Verwaltungsgerichtshof mit der Frage beschäftigt, inwiefern noch die Eigenschaft eines Einfamilienhauses iSd Bautechnikgesetzes 1976 - BauTG 1976 gegeben sei. Einzelhäuser verlören durch die "Aneinander-Bauweise" nicht die Eigenschaft als Einfamilienhaus. Es stehe somit nichts entgegen, auch bei Kleinwohnhäusern ein Zusammenbauen vorzunehmen, ohne dass damit der

Charakter als Kleinwohnhaus verloren gehe. Dieser Grundsatz treffe auch gegenständlich zu. Die Objekte seien zwar aneinander gebaut worden, fungierten jedoch als zwei selbständige Bauten mit unterschiedlichen Adressen, Zufahrten, Eingängen etc.

Der Oberste Gerichtshof (OGH) sehe die Sach- und Rechtslage betreffend die Auslegung des Begriffs "touristische Nutzung" offensichtlich grundlegend anders (Hinweis auf die Entscheidung vom 8. November 2011, 3 Ob 158/11y, ecolex 2012/52). Nach dem dort festgestellten Sachverhalt seien bei der Vermietung von Ferienwohnungen an Touristen - wie gegenständlich - Nebenleistungen (Bettwäsche, Handtücher, Endreinigung) vorgelegen, die über die bloße Überlassung einer Wohnmöglichkeit und damit über den Vertragsinhalt eines reinen Bestandvertrages hinausgegangen seien. Deshalb und auch wegen der bloß sehr kurzfristigen Dauer der Nutzung der möblierten Wohnungen durch die Kunden gegen Pauschalentgelt pro Nacht sei laut OGH vom Abschluss von Beherbergungsverträgen auszugehen, womit die hier in Rede stehende Nutzung im Einklang mit § 31 ROG 2009 stehe.

Mit der Niederlassungsfreiheit sei gemäß Art. 49 AEUV die Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit durch die genehmigungsfreie Vermietung und gemäß Art. 50 Abs. 2 lit. e AEUV das Recht zum Erwerb gewerblich genutzter Immobilien verbunden.

Nach Art. 63 AEUV seien grundsätzlich alle Beschränkungen des Kapitalverkehrs zwischen Mitgliedstaaten sowie dritten Ländern verboten und sollten Immobilieninvestitionen primär der Erzielung einer Kapitalrente durch Vermietung, Leasing oder sonstige Nutzung dienen. Beschränkungen des freien Kapitalverkehrs seien in Art. 65 AEUV normiert, wobei diese Ausnahmeverordnung überaus eng auszulegen sei. Raumordnungsrechtlich relevant seien die vom EuGH anerkannten "zwingenden Gründen des Allgemeininteresses". Solche Maßnahmen müssten verhältnismäßig und erforderlich sein; rein wirtschaftliche Ziele stellen keinen zwingenden Grund des Allgemeininteresses dar. Die hier in Rede stehende Bestimmung des § 31 Abs. 5 ROG 2009 sowie sämtliche weiteren landesgesetzlichen Normen, welche auf die Eindämmung von Zweitwohnsitzen abzielen, verfolgten primär wirtschaftliche Zielsetzungen, auch wenn dies vordergründig mit sozialpolitischen Motiven begründet werde. Ausländische Käufer würden dazu animiert, einen Hauptwohnsitz in der jeweiligen Gemeinde zu begründen, obwohl der Gemeinde von vornherein bekannt sei, dass der Erwerber der Immobilie seinen Lebensmittelpunkt woanders habe.

Das touristische Vermietungsverbot in Bauten mit mehr als fünf Wohnungen sei nicht sachlich gegenüber der legalen Vermietungsmöglichkeit in Bauten mit bis zu fünf Wohnungen und stehe daher u.a. im Widerspruch zum Gleichheitsgrundsatz des Art. 2 StGG sowie zum Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV.

Es liege eine willkürliche Diskriminierung und verschleierte Beschränkung des freien Kapitalverkehrs (Art. 65 Abs. 3 AUV) vor.

Im Urteil des EuGH vom 26. Februar 2013 in der Rechtssache C- 617/10 (Akerberg Fransson) habe der EuGH festgehalten, dass nationale Gerichte und auch Verwaltungsbehörden Bestimmungen des innerstaatlichen Rechts unangewendet lassen müssten, sofern diese im Widerspruch zu in der Grundrechtecharta (GRC) verbürgten Rechten stünden. Der EuGH hebe somit eindeutig hervor, dass die in der GRC garantierten Rechte offenkundig generell für unmittelbar anwendbar erklärt würden.

Bei derartigen Nutzungsbeschränkungen nach § 31 Abs. 5 ROG 2009 an einem Freizeitwohnsitz entstehe eine erhebliche Wertminderung, drastische Einschränkung der Eigentümerstellung und tatsächliche Erschwerung der Veräußerung am Immobilienmarkt.

Nutzungsbeschränkungen bei Immobilien könnten gemäß Art. 17 GRC im Hinblick auf die soziale bzw. gesellschaftliche Funktion des Eigentumsrechtes zur Wahrung des Allgemeininteresses in Betracht kommen. Diese Beschränkungen müssten allerdings "dem Gemeinwohl dienenden Zielen der Gemeinschaft entsprechen", dürften aber nicht den Wesensgehalt des Eigentumsrechtes antasten. Der Wesensgehalt des Eigentumsrechts werde durch die Anwendung des § 31 ROG 2009 massiv verletzt.

Das grundsätzliche Gleichheitsgebot binde nicht nur die gesamte Vollziehung (Willkürverbot), sondern auch den Gesetzgeber durch die Beachtung eines allgemeinen Sachlichkeitsgebotes für Gesetze. Der Gesetzgeber sei insbesondere verpflichtet, seine Normadressaten bei langfristigen (wirtschaftlichen) Dispositionen in ihren

Erwartungshaltungen (auf Ertrag) zu schützen und gravierende nachteilige Eingriffe auszuschließen. Dieser Verfassungsgrundsatz, europarechtlich festgelegtes Grundrecht und auch das in Art. 18 AEUV europarechtlich ergänzte und erweiterte Diskriminierungsverbot trafen auf den gesamten österreichischen Immobilienmarkt zu.

Dem Rechtsvertreter der Beschwerdeführer sei bis dato kein Fall bekannt, wonach ein Salzburger bzw. Inländer wegen Übertretung des touristischen Vermietungsverbotes angezeigt worden wäre. Es werde gegenständlich auch Art. 20 und 21 der GRC verletzt.

Die von der belangten Behörde angestellten rechtlichen Erwägungen in Bezug auf die Strafbemessung stünden nicht im Einklang mit den zur Anwendung gelangenden gesetzlichen Vorschriften, es werde auf den Schuldausschließungsgrund des guten Glaubens sowie dessen Auswirkungen auf die Strafbemessung verwiesen. Eine außerordentliche Strafmilderung nach § 20 VStG sowie das gänzliche Absehen von einer Strafe nach § 21 VStG könne auch bei der Straffestsetzung durch den UVS erfolgen. In Anbetracht der vorliegenden Umstände insbesondere auf Grund des fehlenden bzw. geringen Verschuldens der Beschwerdeführer hätten obgenannte Bestimmungen zwingend zur Anwendung gelangen müssen (wird näher ausgeführt).

Es werde angeregt, gemäß Art. 267 AEUV ein Vorabentscheidungsverfahren einzuleiten und den Gerichtshof der Europäischen Union mit der Frage zu befassen, inwiefern das in § 31 Abs. 5 ROG 2009 normierte "touristische Vermietungsverbot" u. a. im Sinne der Art. 15 und 17 GRC und Art. 49, 63 und 18 AEUV grundrechtlich zulässig sei.

5.3. Mit diesem Vorbringen zeigen die Beschwerdeführer eine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides nicht auf:

Insoweit bestritten wird, dass gegenständlich kein Bauwerk mit mehr als fünf Wohneinheiten vorliege, ist auf die nicht als unschlüssig zu erkennenden und auch im Einklang mit dem Akteninhalt, insbesondere den im Akt erliegenden Fotos, dem von den Beschwerdeführern selbst auf deren Website geschalteten Inserat sowie dem Baubewilligungsbescheid des gegenständlichen "Mehrfamilienhauses", stehenden Darlegungen im angefochtenen Bescheid zu verweisen. Es ist nicht als rechtswidrig zu erkennen, wenn die belangte Behörde im vorliegenden Fall von einem Bauwerk mit mehr als fünf Wohnungen ausgegangen ist.

Mit dem Vorbringen, es liege ein gleichgelagerter Fall vor, wie er dem Erkenntnis vom 28. März 1996, Zl.93/06/0127, zu Grunde gelegen sei, ist für die Beschwerdeführer nichts zu gewinnen: Der Umstand allein, dass es zwei Zufahrtwege, zwei gesonderte Eingänge mit zwei unterschiedlichen Adressen und zwei Parkplatzmöglichkeiten gibt, führt nicht dazu, dass zwei Bauten im Sinne des dem angeführten Erkenntnis vom 28. März 1996 zu Grunde liegenden BauTG 1976 vorliegen, womit die Frage, ob mit dem Hinweis auf das BauTG 1976 auch für den gegenständlichen Fall etwas gewonnen werden könnte, dahingestellt bleiben kann.

Es liegt gegenständlich kein ausgewiesenes Zweitwohnsitzgebiet vor. Zur Auslegung des Begriffs der "touristischen Nutzung" in § 31 Abs. 5 ROG 2009 sind Abs. 1 dieser Bestimmung und die Formulierung "im Rahmen des Tourismus" heranzuziehen. Beispielsweise werden die gewerbliche Beherbergung und die Privatzimmervermietung angeführt. Verfügungsrechte, die über den typischen Beherbergungsvertrag hinausgehen, schließen die Annahme einer Nutzung im Zusammenhang mit dem Tourismus aus (vgl. § 31 Abs. 2 letzter Satz leg. cit.). Solche Verfügungsrechte liegen etwa bei Einräumen von längerfristigen Mietrechten, keineswegs aber - wie gegenständlich - bei nur tage- bzw. wochenweiser Vermietung vor. Somit kann mit dem Hinweis, der OGH habe ausgesprochen, dass dann, wenn bei Vermietung von Ferienwohnungen an Touristen Nebenleistungen (Bettwäsche, Handtücher, Endreinigung) vorlägen, die über die bloße Überlassung einer Wohnmöglichkeit und damit über den Vertragsinhalt eines reinen Bestandvertrages hinausgehen würden, für die Beschwerdeführer nichts gewonnen werden.

Dass ein Ausnahmetatbestand im Sinne des § 31 Abs. 5 ROG 2009 erfüllt wäre, wird nicht behauptet und ist auch für den Verwaltungsgerichtshof nicht zu erkennen.

Eine Verletzung der Niederlassungsfreiheit sowie der Kapitalverkehrs freiheit ist für den Verwaltungsgerichtshof nicht zu erblicken (vgl. im Übrigen bereits die zur europarechtlichen Zulässigkeit von Freizeitwohnsitzen und Ferienwohnungen beschränkenden raumordnungsrechtlichen Regelungen im Lichte der Judikatur des EuGH ergangenen hg. Erkenntnisse vom 11. Jänner 2012, Zl. 2010/06/0073, vom 9. November 2011, Zl. 2010/06/0035, vom 6. Oktober 2011, Zl. 2009/06/0020, und vom 23. Juni 2010, Zl. 2008/06/0200):

Die Niederlassungsfreiheit gibt natürlichen und juristischen Personen das Recht, in einem anderen Mitgliedstaat als

ihrem Heimatstaat eine dauernde selbständige Tätigkeit zu den gleichen Bedingungen wie Inländer auszuüben (Diskriminierungsverbot, Art. 49 Abs. 2 AEUV). Die damit beschriebene Freiheit der Standortwahl wird durch das Beschränkungsverbot geschützt. Der durch den EuGH entwickelte Rechtfertigungsstandard besagt, dass nationale Maßnahmen, die die Ausübung der Grundfreiheiten behindern oder weniger attraktiv machen können, folgende Voraussetzungen erfüllen müssen: Sie müssen in nichtdiskriminierender Weise angewandt werden, aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein, die Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Ziels zu gewährleisten, und sie dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist (vgl. Urteil des EuGH vom 30. November 1995, Rs C-55/94 - Gebhard).

Die Beschwerdeführer konnten die gegenständliche Liegenschaft ohne weiteres erwerben. Ebenso steht es ihnen frei, diese Wohnung selbst als Hauptwohnsitz zu nutzen oder zu vermieten, davon ausgenommen - gleichermaßen auch für Inländer geltend - ist eine "touristische Nutzung". Es wäre den Beschwerdeführern freigestanden, eine Wohnung in einem Gebiet bzw. in einem Bau zu erwerben, in dem eine derartige Nutzung möglich ist. Mag dennoch in der Bestimmung des § 31 Abs. 5 ROG 2009 eine Maßnahme gesehen werden, die die Ausübung der Grundfreiheiten behindern oder weniger attraktiv machen würde, so erscheint diese Maßnahme im Sinne der Judikatur des EuGH legitimiert und verhältnismäßig. Diesbezüglich gelten auch die Ausführungen des Verfassungsgerichtshofes in seinem Ablehnungsbeschluss vom 13. März 2013, wonach diese Maßnahme aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt erscheint und auch verhältnismäßig ist.

Insoweit eine Verletzung der Kapitalverkehrsfreiheit nach Art. 63 AEUV geltend gemacht wird, ist auf Art. 65 Abs. 2 AEUV hinzuweisen, wonach die Anwendbarkeit von Beschränkungen des Niederlassungsrechts, die mit den Verträgen vereinbar ist, nicht berührt wird. Es liegt auch im Sinne des Art. 63 Abs. 3 AEUV weder eine willkürliche Diskriminierung noch eine verschleierte Beschränkung des freien Kapital- und Zahlungsverkehrs vor.

Wenn allgemein der Hinweis erfolgt, es liege ein Verstoß gegen das sich aus Art. 18 AEUV ergebende allgemeine (im Übrigen zu den speziellen Grundfreiheiten grundsätzlich subsidiäre) Diskriminierungsverbot vor, kann eine Rechtswidrigkeit ebenso nicht aufgezeigt werden, gelangt doch gegenständliche Norm in gleicher Weise auch für österreichische Staatsbürger zur Anwendung.

Wenn von den Beschwerdeführern die Verletzung von verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten geltend gemacht wird, sind sie auf die Ausführungen im Ablehnungsbeschluss des Verfassungsgerichtshofes vom 13. März 2013 hinzuweisen. Die Prüfung verfassungsrechtlich gewährleisteter Rechte fällt nicht in die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. Art. 133 Z. 1 B-VG und Art. 144 B-VG).

Zum Vorbringen, es liege eine Verletzung der EU-Grundrechtecharta vor:

Die unionsrechtlichen Grundrechte finden nur in unionsrechtlich geregelten Fallgestaltungen, aber nicht außerhalb derselben Anwendung (vgl. das Urteil des EuGH vom 26. Februar 2013, C-617/10, Akerberg Fransson, Randnr. 19). Dies umfasst etwa die Bereiche der Umsetzung von Richtlinien und deren Anwendung samt dem Bereich der pflichtwidrigen Nichtumsetzung von Richtlinien wie auch jenen der indirekten unmittelbaren Unionsrechtsdurchführung (insbesondere bei Verordnungen). Er umfasst aber auch ganz allgemein Sachverhalte mit Unionsrechtsbezug, wie insbesondere grenzüberschreitende Sachverhalte (vgl. das hg. Erkenntnis vom 19. September 2013, Zl. 2013/15/0207).

Gegenständlich ist somit aufgrund des grenzüberschreitenden Sachverhalts ein Anwendungsbereich der EU-Grundrechtecharta gegeben. Ein konkretes Vorbringen hinsichtlich einer diesbezüglichen Verletzung ist der Beschwerde aber nicht zu entnehmen und es liegt eine diesbezügliche Rechtswidrigkeit vor dem Hintergrund des Beschlusses des Verfassungsgerichtshofes vom 13. März 2013 auch nicht vor.

Voraussetzung für die Anwendung der außerordentlichen Strafmilderung nach § 20 VStG ist, dass in der Verwaltungsvorschrift eine Mindeststrafe vorgesehen ist (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 18. März 2010, Zl. 2007/07/0113), was gegenständlich aber nicht der Fall ist.

Es ist auch nicht als rechtswidrig zu erkennen, wenn die belangte Behörde von einer Anwendung des § 21 VStG abgesehen hat. Voraussetzung für die Anwendung des § 21 Abs. 1 VStG ist das kumulative Vorliegen beider in dieser Gesetzesstelle genannten Kriterien, nämlich ein geringfügiges Verschulden und lediglich unbedeutende Folgen. Von geringem Verschulden im Sinne des § 21 VStG ist jedoch nur dann zu sprechen, wenn das tatbildmäßige Verhalten des

Täters hinter dem in der betreffenden Strafdrohung typisierten Unrechtsgehalt und Schuldgehalt erheblich zurückbleibt (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 6. November 2011, Zl. 2012/09/0066). Es ist der belangten Behörde nicht entgegenzutreten, wenn sie in Anbetracht der Tatsache, dass gegenständlich 150 kurtaxenpflichtige und 87 kurtaxenfreie Übernachtungen im Zeitraum Dezember 2011 bis Ende Februar 2012 vorliegen, nicht davon ausgeht, dass das tatbildmäßige Verhalten der Beschwerdeführer hinter dem in der Strafdrohung typisierten Unrechts- und Schuldgehalt erheblich zurückbleibt. Ein kumulatives Vorliegen der beiden genannten Kriterien ist somit nicht gegeben.

Die Vorlage einer unionsrechtlichen Rechtsfrage an den EuGH durch ein letztinstanzliches nationales Gericht gemäß Art 267 Abs. 3 AEUV ist nur dann zwingend geboten, wenn sich im Verfahren vor dem Gericht eine Frage der Auslegung einer Handlung der Organe der Union stellt, deren Beantwortung für die Entscheidung in der Sache notwendig ist und kein "acte clair" oder "acte éclairé" vorliegt (vgl. das hg. Erkenntnis vom 29. November 2010, Zl. 2010/17/0130); eine derartige Auslegungsfrage ist jedoch im Beschwerdefall nicht ersichtlich.

6. Die sich als unbegründet erweisende Beschwerde war daher gemäß § 42 Abs. 1 VwGG abzuweisen.

7. Der Ausspruch über den Aufwandersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG iVm der Verordnung BGBI. II Nr. 455/2008.

Wien, am 12. Dezember 2013

### **Gerichtsentscheidung**

EuGH 61994CJ0055 Gebhard VORAB

EuGH 62010CJ0617 Aklagaren / Fransson VORAB

### **Schlagworte**

Planung Widmung BauRallg3

### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2013:2013060078.X00

### **Im RIS seit**

22.01.2014

### **Zuletzt aktualisiert am**

05.10.2017

**Quelle:** Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)