

Das Landesverwaltungsgericht Kärnten erkennt durch seinen Richter xxx über die Beschwerde der xxx, vertreten durch ihren Geschäftsführer xxx, dieser vertreten durch xxx, Rechtsanwalt, xxx, gegen den Bescheid des Gemeindevorstandes der Marktgemeinde xxx vom 26.04.2021, Zahl: xxx, wegen der Abweisung eines Bauansuchens (Nutzungsänderung TOP 1 in der „xxx“) zu Recht:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet

a b g e w i e s e n .

II. Eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG ist

u n z u l ä s s i g .

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. Zusammenfassung des bisherigen Verwaltungsverfahrens:

1. Mit Bescheid des Bürgermeisters der Marktgemeinde xxx vom 30.12.2013, Zahl: xxx (ON 94, Nummernangabe im behördlichen Akt), wurde der xxx (im Folgenden: Beschwerdeführerin) die Baubewilligung für das Projekt „*Errichtung der Hotelsuiten xxx, bestehend aus acht Hotelsuiten TOP 2 bis 9, sowie Frühstücksraum, Bar, Rezeption (TOP 1), Errichtung von 12 Kabinen, einer Dusche mit WC-Anlage und zwei Umkleidekabinen, Abbruch eines Schuppens*“ auf den Grundstücken xxx, xxx, xxx, alle KG xxx, versagt (d.h. der Antrag abgewiesen).

Die Abweisung wurde vor allem auf negative Stellungnahmen eines raumordnungsfachlichen Amtssachverständigen gestützt. Der Beurteilung lag

zunächst ein - in der Folge zurückgezogenes - Betriebskonzept vom 30.07.2012 zu Grunde; in der Begründung des Bescheides wird wörtlich zitiert: *„Aus Sicht der Fachabteilung ist bereits durch das Bauansuchen klargestellt, dass hier neun parifizierte Wohneinheiten samt Nebengebäuden zur Errichtung gelangen sollen. Der in diesem Zusammenhang angeführte Begriff „See-Suiten“ bzw. „Hotelsuiten“ ist durchaus eine kreative Namensgebung, die jedoch keinerlei Niederschlag in der Bauordnung oder im Gemeindeplanungsgesetz findet (Seite 6 ff, Anm.) ... Nicht unter einen Beherbergungsbetrieb fallen jedenfalls parifizierte Wohneinheiten, wobei sowohl der Begriff „Wohnen“ als auch jener der Parifizierung eine Übereinstimmung zur Intention des BL-KGR (Bauland – reines Kurgeliet, Anm.) ausschließt... Ebenso wird (es) seitens der Fachabteilung als Versuch gewertet, einen Hotelbetrieb darstellen zu wollen, indem in einem Objekt, das nicht Bestandteil der sogenannten Hotelsuiten xxx ist, ausgelagerte Service-Räumlichkeiten, wie z.B. Frühstücksraum, etc., zugepachtet werden. Derartige Serviceräume sind bei einem klassischen Hotelbetrieb integrierender Bestandteil der Hotelstruktur und klassifizieren einen solchen eben gerade über solche Einrichtungen. ... Es kann aus Sicht der Fachabteilung nur festgehalten werden, dass hier offensichtlich mehr als drei Wohneinheiten mit solchen Ausstattungsmerkmalen und solchen Größen geplant sind, wie sie normalerweise einer Wohnnutzung zukommen. Im Hinblick auf die Lage des Objektes und der Zuordnung des Badebereiches samt Infrastruktur direkt am See darf im Vergleich mit ähnlichen Objekten am See durchaus die Vermutung angestellt werden, dass es sich dabei jedoch um Freizeitwohnsitze einer höherwertigen Kategorie handelt ... Selbstständige Wohneinheiten mit unterschiedlichen Eigentümern sind auch unabhängig von privatwirtschaftlichen Vereinbarungen jedenfalls in der Verfügungsgewalt der jeweiligen Eigentümer. Eine parifizierte Wohneinheit ist kein Hotel...“.*

Auch ein neues Betriebskonzept vom 27.02.2013 wurde von diesem Sachverständigen nicht als ausreichend befunden (Seiten 8 ff). Das letztvorgelegte Betriebskonzept (*Betriebskonzept der Hotelsuiten xxx, Neufassung vom 29.08.2013*) wurde vom Sachverständigen wie folgt bewertet (Seite 10 ff): *„... Insgesamt ist daraus durchaus erkennbar, dass die Problematik*

hier in der Schaffung von Wohnraum liegt, die sowohl dem ÖEK der Marktgemeinde xxx und seinen darin formulierten Zielsetzungen als auch dem Flächenwidmungsplan mit seiner hier getroffenen Festlegung als Bauland KGR widerspricht. ... Eine Anlage mit acht Wohnungen und einer solchen grundsätzlichen weiteren, die sowohl von der beschriebenen und dargestellten Funktion und Ausstattung mit simplen Mitteln und in der Folge wahrscheinlich auch ohne weitere Baubewilligung (gemeint wohl: in eine Wohnung umgestaltet werden kann, Anm.) und derzeit als Frühstücksraum mit Rezeption tituliert (ist, Anm.), insgesamt als Hotel-Anlage zu bezeichnen zu wollen, ist aus fachlicher Sicht nicht nachvollziehbar.“ Diese Beurteilung bezog sich auf folgende Aktenbestandteile:

ON 87: Ergänzung der Baubeschreibung der Architekten xxx (30.07.2013):

Die Hotelsuite TOP1 auf Deck 1 wird zum Versorgungsbereich der Hotelsuiten 2 bis 9 umgestaltet. Durch einen ostseitigen Gästezugang und auch durch den Lift und das Stiegenhaus aus dem Parkdeck 1 erreiche man die Rezeption, Bar bzw. den Frühstücksraum oder unmittelbar die Terrasse für die Gäste der Hotelsuiten-Anlage. Hinter der Rezeption befindet sich der Frühstücksvorbereitungsraum und gegenüber der Rezeption ordnen sich geschlechtergetrennte WC-Anlagen an. Der Frühstücksraum beherbergt 26 Verabreichungsplätze für Kaffee und Frühstück.

Damit zusammenhängend das Betriebskonzept der Hotelsuiten xxx, Neufassung vom 29.08.2013, ebenfalls ON 87:

Hier wurde zunächst die Ergänzung der Baubeschreibung wiedergegeben (Seite 2). Es werde darauf hingewiesen, dass verpflichtend sämtliche Reinigungs- und Aufräumarbeiten in den einzelnen Hotelsuiten im Rahmen des Hotelbetriebes vorgenommen werden. Es werde im Zuge des Hotelbetriebes ein umfassendes Frühstücksservice angeboten. Die Infrastruktureinrichtungen, Rezeption, Bar, Frühstücksraum, Terrasse, Frühstücksvorbereitungsraum, WC-Anlage, etc. würden eine gewerblich genutzte Betriebsführung gewährleisten und einen integrativen Bestandteil des vorgesehenen Hotelbetriebes darstellen (Seite 3). Die Inanspruchnahme der vorerwähnten Betreuungsleistungen sei für die einzelnen Hotelsuiten verpflichtend. Die

Anlage sei in ein Gesamtkonzept mit der Bootswerft und dem Bootsservicebetrieb xxx eingebunden. Die Hotelsuiten seien ein weiterer Schritt, um den Bootskunden nun auch die Möglichkeit zu geben, für die Dauer seines Aufenthaltes Gast in einer Hotelsuite am See zu sein (Seite 4). Man wolle nicht nur Bootskauf, Service und Reparatur anbieten, sondern auch exklusive Nächtigungsmöglichkeiten in direkter Nähe zur xxx. Das gegenständliche Projekt sehe keine parifizierten Wohneinheiten mehr vor (Seite 6). Nochmals wurde auf die Projektänderung (Frühstücksraum, etc.) hingewiesen (Seite 6). Die Hotelfunktionen Rezeption und Verabreichung des Frühstückes an die Gäste würden im Erdgeschoss in den Räumlichkeiten des TOP 1 erfolgen (Seite 7). Es folgt eine Beschreibung der Hotelrezeption (Punkt 3.1.) und des Gastronomiebetriebes (Punkt 3.2.). Auf Seite 8 wird die tägliche Reinigung und Endreinigung (Punkt 3.3.) und werden sonstige touristische Dienstleistungen, wie die Benützung des Badestrandes (Punkt 3.4.) dargestellt. Man rechne mit 600 monatlichen Übernachtungen bzw. 2.160 Übernachtungen im Jahr (Seite 9).

Die Behörde schloss aus den vorgelegten Unterlagen und dem Gutachten des Sachverständigen, dass das gesamte Betriebskonzept nicht schlüssig und nachvollziehbar sei. Einerseits sollten beispielweise kinderreiche Familien angesprochen werden und andererseits Bootskunden, einerseits werde von Kurzaufenthalten mit hohem Komfort ausgegangen, andererseits seien dafür Einheiten zwischen 100 und 135 m² sowie Nebenräume (Wirtschaftsraum, Waschmaschinenraum etc.) nicht erforderlich; schließlich gäbe es noch Unstimmigkeiten im Hinblick auf die Benützung der Abfallsammelbehälter (Seite 14).

2. Aufgrund der dagegen eingebrachten Berufung wurde vom Gemeindevorstand der Marktgemeinde xxx mit Bescheid vom 06.06.2014, Zahl: xxx, die Baubewilligung für die Errichtung der Hotelsuiten-Anlage „xxx“ samt Errichtung von Kabinen, Dusche, WC-Anlage, Umkleidekabinen mit dem Verwendungszweck als touristischer Gast- und Beherbergungsbetrieb (Hotel)

nach Maßgabe der im Berufungsverfahren ergänzten Unterlagen erteilt (ON 125).

Die für die Erteilung der Bewilligung maßgeblichen Projektbestandteile waren, soweit hier relevant:

- Nach wie vor ON 87: Ergänzung der Baubeschreibung der Architekten xxx (30.07.2013) und damit zusammenhängend das Betriebskonzept der Hotelsuiten xxx, Neufassung vom 29.08.2013, ebenfalls ON 87;
- das Gutachten „Widmungskonformität“ des xxx, xxx, vom 16.01.2014 (ON 96) mit, soweit maßgeblich, folgendem Inhalt:

Auf Seite 5 wurden die gemeinsamen Wirtschafts- und Infrastrukturräume, insbesondere Rezeption, Bar und Frühstücksraum, dargestellt. Es seien eine durchgehende Besetzung der Rezeption und ein durchgehendes Frühstücksservice im Frühstücksraum vorgesehen (Seite 6), die Größe der Hotelsuite mit Flächen über 100 m² liege sicher im oberen Segment vergleichbarer gewerblicher Wohnformen (Seite 10). Betriebskonzept und dazugehörige Infrastruktur als integrierende Bestandteile des Projektes würden die Erbringung umfassender Dienstleistungen und die den Begriff „Fremdenbeherbergung“ zuzuordnende gewerbliche Tätigkeit im Sinne eines Gast- und Beherbergungsbetriebes dokumentieren (Seite 11). Im Zusammenhang mit der Unteilbarkeit des Eigentums sei eine Appartementnutzung auszuschließen. Zusammenfassend könne das eingereichte Projekt als Beherbergungsbetrieb eingestuft werden; sowie das

- Gutachten vom 07.04.2014 des xxx, das in der Begründung wörtlich wiedergegeben wird (Seite 34 ff):*„Wie aus den vorgelegten und ergänzten Plänen zum verfahrensgegenständlichen Projekt ersichtlich, sind nunmehr Einrichtungen wie Rezeption, Verpflegungs- bzw. Aufenthaltsraum – in sehr kleiner Dimensionierung – vorgesehen... Mit obigen Zusatzeinrichtungen und – Leistungen geht das gegenständliche Projekt über eine Definition als Appartementhaus hinaus... Baulich gesehen ist die Anlage somit nicht auf den Betriebstyp eines Appartementhauses bzw. eine ausschließliche Nutzung als Freizeitwohnsitz zu beschränken. ...“* Der Sachverständige erkennt wohl, dass diese Gemeinschaftseinrichtungen branchenunüblich klein gehalten seien

(Seite 37) und dass der für die gewerbliche Infrastruktur genutzte Raum TOP 1 ohne wesentliche bauliche Veränderung wieder zu einem Appartement „rückgenutzt“ werden könne. Es komme daher aber auf die nach der Inbetriebnahme erfolgende tatsächliche Bewirtschaftung an, ob dieses Projekt als Freizeitwohnsitz zu qualifizieren sei oder ob eine gewerbliche Beherbergung gegeben ist. Es sei aus tourismusfachlicher Sicht als Betriebsart eines „Appartement-Hotels“ in der besonderen Form eines Hotel Garni zu bewerten; verfüge über weniger Allgemeinräume und Gastronomieeinrichtungen als ein branchenübliches Vollhotel, verfüge über mehr Infrastruktureinrichtungen und Vorkehrungen für hotelfachliche Dienstleistungen als ein Appartementhaus oder Privatzimmervermietung (Seite 38). Das Privatgutachten des xxx vom 16.01.2014 sei schlüssig und nachvollziehbar. Das gegenständliche Projekt entspreche nur bei umfassender Bewirtschaftung laut vorgelegtem Betriebskonzept einem gewerblichen Gast- und Beherbergungsbetrieb, bzw. einem Gebäude, das dem Fremdenverkehr diene (Seite 39). Ob eine umfassende Bewirtschaftung vorliege, könne nur im laufenden Betrieb überprüft werden.

Die Behörde führte in der Begründung aus, aufgrund der Tatsache, dass das Baubewilligungsverfahren ein Projektgenehmigungsverfahren sei, sei das Projekt als gewerblicher Gast- und Beherbergungsbetrieb zu werten, der in den Einreichplänen und in der Baubeschreibung – hier auch im Betriebskonzept – zum Ausdruck gebrachte Wille des Bauwerbers sei entscheidend.

3. Mit Bescheid des Bürgermeisters der Marktgemeinde xxx vom 01.12.2016, Zahl: xxx, wurden aufgrund der Änderungsbeschreibung, ON 160, vom 06.07.2016, gewisse Änderungen bewilligt, die nicht die Verwendung des TOP 1 betrafen (ON 181).
4. Mit Bescheid des Bürgermeisters der Marktgemeinde xxx vom 17.05.2018, Zahl: xxx, wurde eine zweite Abänderungsbewilligung, bezugnehmend auf eine Änderungsbaubeschreibung vom 15.12.2017, erteilt. Gegenüber der

ursprünglich bewilligten Planung des TOP 1 fällt auf, dass die baulich getrennte Rezeption und Bar in den Frühstücksraum verlagert wurde und im Gegenzug dazu Küche und Wirtschaftsraum um die Maße dieser Rezeption und Bar vergrößert wurden; der Grundriß dieses nach wie vor als Bar/Rezeption/etc. titulierten Gebäudeteils entsprach aber bereits einer Hotelsuite (Plan ON 215 im Akt).

II. Gegenständliches Verwaltungserfahren (Verwendungsänderung des TOP 1 von *Frühstücksraum/Bar/Rezeption* in *Hotelsuite* unter Zugrundelegung eines neuen Betriebskonzeptes mit Verträgen für die gesamte Anlage):

1. Mit einem Antrag vom 07.04.2020 (ON 1) wurde um die (Erteilung der) Bewilligung der Nutzungsänderung für das TOP 1 angesucht. Beigelegt war eine Abänderung des Betriebskonzeptes, datiert mit 06.04.2020 (ON 4a). Es habe sich herausgestellt, dass der Frühstücksraum von den Urlaubsgästen nicht angenommen werde. Die Gäste würden die Einnahme des angebotenen Frühstücks im „xxx“ (auf der gegenüberliegenden Straßenseite) bevorzugen. Daher seien der Frühstücksraum und auch die Rezeption in die Unternehmensräumlichkeiten der xxx verlegt worden und habe die xxx zu diesem Zweck die Räumlichkeiten dort unkündbar bis zum 31.12.2032 von der Eigentümerin (xxx) gemietet. Der Schwerpunkt der geänderten Konzeption liege darin, Bootseignern und Liegeplatzmietern der xxx für die Dauer ihres Urlaubsaufenthaltes am xxxsee ein adäquates Urlaubsdomizil zur Verfügung zu stellen, wobei die Beherbergungen und Dienstleistungen tage- wie auch wochenweise gebucht werden könnten. Soweit darüber hinaus noch Kontingente für Nicht-Bootseigner vorhanden seien, könnten diese von jedermann gebucht werden. Die Gäste müssten anlässlich der Buchung der Hotelbetreiberin (der xxx) bekannt geben, welche Dienstleistungen und Servicesierungen in welchem Ausmaß begehrt und mitgebucht würden. Dem

folgend würde sich das an die xxx zu entrichtende Entgelt nach der Dauer der Beherbergung und der tatsächlichen Konsumation der Servicerungen und Dienstleistungen berechnen. Um die Vermietung an die Urlaubsgäste zu gewährleisten, hätten sich die einzelnen Erwerber von Hotelsuiten bereits bei Abschluss ihrer Kaufverträge zur gewerblichen Nutzung verpflichtet und sei mit den einzelnen Erwerbern jeweils ein Gästevermittlungs- und Betriebsführungsvertrag (im Folgenden Text: GBV) abgeschlossen worden, der detailliert die Vermietung der erworbenen Hotelsuiten samt Anteilen der Allgemeinfläche regle. Insoweit bestehe kein Grund mehr, den Frühstücks- und Aufenthaltsraum samt Rezeption in TOP 1 weiterhin aufrecht zu erhalten. Es solle daher das „Bettenangebot der Hotelsuiten-Anlage“ erweitert werden.

In der Anlage zu dieser Betriebskonzeptänderung wurden ein Muster-Kaufvertrag sowie ein Muster-Gästevermittlungs- und Betriebsführungsvertrag (GBV) vorgelegt. Nach den Planunterlagen (Plan vom 31.01.2020, xxx, xxx & xxx) erhalten nun die Frühstücksterrasse die Bezeichnung „Terrasse“; der Frühstücksraum/Bar/Rezeption die Bezeichnung „Kochen/Essen/Wohnen“, sowie Wirtschaftsraum und Küche die Bezeichnung „Schlafen“; bauliche Maßnahmen sind – zumal bereits mit der oben beschriebenen Änderungsbewilligung aus 2018 durchgeführt - keine projiziert (ON 3). Das Kaufvertragsmuster wurde mit ON 4d und der Gästevermittlungs- und Betriebsführungsvertrag mit ON 4c zum Akt genommen. Das aufgrund eines Verbesserungsauftrages mitvorgelegte Betriebskonzept, Neufassung vom 09.09.2020 (ON 15) wiederholt im Wesentlichen die ON 4a; detailliert wird dargestellt, dass sich die Hotelrezeption und der Gastronomiebetrieb nunmehr im xxx, xxx, befinden (Punkt 3.1. und 3.2.) und dass die Hotelsuiten als servicierte Suiten konzipiert seien. Die Reinigungsarbeiten würden von der xxx bzw. durch die Firma xxx und xxx sichergestellt, ebenso die Gartenpflege (Punkt 3.3.).

2. Zwischenzeitlich erhob die Behörde, dass TOP 2 bis TOP 9 bereits als Eigentumswohnungen parifiziert und verkauft wurden, von den Wohneinheiten

war lediglich TOP 1 noch im Eigentum der xxx; die Rangordnung für die Veräußerung war dort aber bereits angemerkt. An der Adresse xxx, TOP 8, waren zum Zeitpunkt der behördlichen Recherchen drei Personen mit Nebenwohnsitz gemeldet.

Die Baubehörde beraumte am 10.12.2020 einen Ortsaugenschein in den Hotelsuiten an. Dabei wurde in den Hotelsuiten 1 bis 9 ausschließlich private Nutzung festgestellt (ON 23). Am 18.02.2021 wurde Verwaltungsstrafanzeige wegen der abweichenden Nutzung von TOP 1 erstattet (ON 29), das Strafverfahren ist beim VwGH anhängig.

3. Mit Bescheid des Bürgermeisters der Marktgemeinde xxx (ON 30) vom 23.02.2021, Zahl: xxx, wurde das gegenständliche Bauansuchen abgewiesen. Nach Wiedergabe des Verfahrensganges und der Erhebungen durch die Behörde stellte die Behörde fest, dass die Baugrundstücke im Flächenwidmungsplan der Marktgemeinde xxx als „Bauland – reines Kurgebiet“ ausgewiesen seien. Durch den Wegfall der Versorgungseinheit im Gebäude könne von keiner umfassenden Bewirtschaftung mehr gesprochen werden. Die tatsächliche Bewirtschaftung sei aus den Gästemeldungen und dem Ortsaugenschein ableitbar: die Wohnungseinheiten würden überwiegend bzw. fast ausschließlich durch die Wohnungseigentümer bzw. Familienangehörige genutzt werden. Im Gesamtbetrachtungszeitraum 2018 -2020 hätten sich nur wenige Gäste, alle Einheiten zusammengerechnet, in der Anlage aufgehalten, wobei diese teilweise gleichzeitig mit den Eigentümern anwesend gewesen seien und Namensgleichheit bestanden habe (genaue Aufstellung auf Seiten 7 f). Es liege kein übliches Erscheinungsbild von Hotelsuiten oder eines touristischen Betriebes vor. Durch den Wegfall der Infrastruktureinheit, der Begründung von Wohnungseigentum, der Änderung der Eigentumsverhältnisse sowie der Reduktion der Gästebetreuungsleistungen liege keine gewerbliche Tätigkeit (mehr) vor, sondern maximal reine Raumvermietung. Mit der vorherrschenden Widmung liege die raumplanerische Zielsetzung der Gemeinde in der Förderung des Tourismus. Es sei die Zweitwohnsitzentwicklung zu stoppen. Bei Nichtvorliegen einer

Sonderwidmung dürfe die Gemeinde eine Prognoseentscheidung treffen, wenn es sachlich erforderlich sei, die Behörde habe nämlich das Ziel, die Errichtung und Verwendung von Gast- und Beherbergungsbetrieben als Appartementhäuser zu verhindern.

Aufgrund der vorliegenden Tatsachen könne von keiner touristischen, widmungskonformen Nutzung ausgegangen werden. Diese Annahme werde auch durch die Verträge unterstützt. Vor allem der Gästevermittlungs- und Betriebsführungsvertrag (GBV) widerspreche dem Betriebskonzept. Es liege schon gegenwärtig kein Gast- und Beherbergungsbetrieb und keine touristisch/gewerbliche Beherbergung vor, somit ein Widerspruch zur vorliegenden Widmung „Bauland – Kurgebiet rein“. Es handle sich vielmehr um ein Appartementhaus ohne erforderliche Sonderwidmung.

4. Dagegen wurde rechtzeitig Berufung erhoben (ON 32). Anstelle eine mündliche Bauverhandlung zum Antragsgegenstand anzuberaumen, habe die Baubehörde nach Einsichtnahme in die Gästebücher bei der Marktgemeinde eine Überprüfung der gesamten Hotelanlage vorgenommen. Der Betrieb sei zu diesem Zeitpunkt wegen der Covid-19-Schutzmaßnahmenverordnung geschlossen gewesen. Die Anlage stelle einen Gast- und Beherbergungsbetrieb dar, dies sei von der Antragstellerin durch insgesamt 30 zitierte höchstgerichtliche Entscheidungen belegt worden. Die Behörde sei darauf nicht eingegangen. In welcher Ausgestaltung die Hotelsuiten-Anlage letztendlich betrieben werde, habe keinen Einfluss auf die erteilte Genehmigung. Die Beschwerdeführerin übe einen Gast- und Beherbergungsbetrieb gewerblich aus und habe dafür auch eine gewerberechtliche Bewilligung. Die Behörde habe in unzulässiger und denk unmöglicher Interpretation die vorgelegten zivilrechtlichen Verträge missdeutet. Die Behörde übersehe, dass die gesamte Infrastruktur ja noch vorhanden und lediglich aufgrund innerbetrieblicher Erfordernisse verlegt worden sei. Die Tatsache, dass mittlerweile Wohnungseigentum am gegenständlichen Objekt begründet worden sei, sei nicht relevant. Die Begründung von Wohnungseigentum stelle bei der Mitfinanzierung von Büro-

und Geschäftsgebäuden eine gängige Form der Beteiligung dar. Das bestehende Dienstleistungsangebot habe sich nicht geändert, sondern lediglich auf die Wünsche der Zielgruppe mit entsprechendem Einkommen reagiert. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes liege eine Fremdenbeherbergung dann vor, wenn gleichzeitig mit der Zurverfügungstellung von Wohnraum üblicherweise im Zusammenhang stehende Dienstleistungen erbracht würden. Der Widerspruch zum alten Betriebskonzept könne nicht die Bewilligung beeinflussen, zumal ein neues Betriebskonzept vorgelegt worden sei. Weiters sei unter gewerblicher Beherbergung die Gewährung von Unterkunft auch in Privatquartieren zu verstehen. Die Frage, ob gewerbsmäßige Beherbergung im Sinne der Gewerbeordnung anzunehmen sei, sei unter Bedachtnahme auf alle Umstände des Einzelfalles zu beantworten. Auf die zur Verfügung gestellten Dienstleistungen werde hingewiesen. Diese Eingabe enthielt auch eine Mitteilung an die Aufsichtsbehörde.

III. Angefochtener Bescheid:

Mit Bescheid des Gemeindevorstandes der Marktgemeinde xxx vom 26.04.2021, Zahl: xxx, wurde die Berufung als unbegründet abgewiesen. Nach Wiedergabe des Verfahrensganges, der wörtlichen Wiedergabe der Berufung und der maßgeblichen Rechtsgrundlagen stellte die Behörde (Seite 13 ff.) fest, dass eine Ergänzung des Ermittlungsverfahrens nicht notwendig sei. Das beantragte neue Betriebskonzept mit Wohnungseigentum, externer Anmietung der Versorgungs- und Dienstleistungseinheit (nur) bis 2032, nur fakultativen Serviceleistungen in Verbindung mit den Gästevermittlungs- und Betriebsführungsverträgen, welche eine überwiegende Eigennutzung ermöglichten und nur die Möglichkeit für die Vermietung einräumten sowie überdies jährlich kündbar seien, lasse die Führung eines gewerbsmäßigen Beherbergungsbetriebes nicht zu. Die tatsächliche Verwendung sei überwiegend in der Form als Freizeitwohnsitz erfolgt; schon jetzt liege kein Gast- und Beherbergungsbetrieb, sondern eine Wohnanlage (Appartementhaus) vor. Es werde

die Prognose erstellt, dass sich das auch künftig nicht ändere. Eine erteilte gewerberechtliche Genehmigung sei kein Beweis für das tatsächliche Vorliegen und Ausüben eines Beherbergungsbetriebes. Die höchstgerichtlichen Entscheidungen seien für die Behörde nicht einschlägig gewesen. Die Behörde habe das Betriebskonzept vom 09.09.2020 umfassend gewürdigt. Ebenso seien die vorgelegten Verträge nicht unzulässig und denkunmöglich interpretiert worden. Daher trete die Rechtsmittelbehörde der Rechtsmeinung der Unterinstanz bei.

IV. Beschwerdevorbringen:

Dagegen wurde von der Antragstellerin rechtzeitig Beschwerde erhoben.

Nach Wiedergabe des Verfahrensganges, der eigenen Eingaben und des angefochtenen Bescheides, des Betriebskonzeptes vom 09.09.2020, von Auszügen aus dem Kaufvertrag sowie aus dem Gästevermittlungs- und Betriebsführungsvertrag wurde die Beschwerde wie folgt begründet:

Der Beurteilung, ob ein gewerblicher Betrieb vorliegt, wären das Betriebskonzept und die Musterverträge in ihrer Gesamtheit zu Grunde zu legen gewesen. Nach den gängigen Sparten und Branchen wäre die Anlage nach ihrer Ausgestaltung und Ausstattung als Condo-Hotel und nach ihren Obsorge- und Serviceleistungen als Appartementhotel einzustufen. Der Mietvertrag mit der xxx sei unbefristet abgeschlossen wurden, es hätten beide Vertragsparteien auf die Aufkündigung bis zum 31.12.2032 verzichtet. Im Kaufvertrag sei unter Punkt IX. festgehalten, dass nach einer allfälligen Aufkündigung des Gästevermittlungs- und Betriebsführungsvertrages ein neuer, ebensolcher, abzuschließen sei; weil sich die Vertragsparteien ausdrücklich zur gewerblichen touristischen Nutzung verpflichtet hätten. Die xxx erziele Erträge im fünfstelligen Bereich, wobei aber in der Beschwerde die Mieterträge nicht gesondert ausgewiesen waren. Entgegen den Feststellungen der Behörde müsse im Sinne des Gemeindeplanungsgesetzes weder ein qualifizierter Beherbergungsbetrieb vorliegen, noch würden die Nutzungs- und Verfügungsrechte der Miteigentümer der Hotelanlage eine gewerbliche Nutzung im Zusammenhang mit dem Fremdenverkehr ausschließen. Bei einer allfälligen Privatzimmervermietung zur touristischen Zwecken würde keine

Beschränkung durch raumordnungsrechtliche Vorschriften bestehen. Daher wurde beantragt, eine mündliche Verhandlung anzuberaumen, der Beschwerde Folge zu geben und den angefochtenen Bescheid wegen Mangelhaftigkeit des Ermittlungsverfahrens in eventu wegen unrichtiger und unvollständiger Beweiswürdigung, in eventu wegen inhaltlicher Rechtswidrigkeit, in eventu wegen schwerwiegender Grundrechtsverletzungen nach der Datenschutzgrundverordnung ersatzlos zu beheben; in eventu den Bescheid der belangten Behörde aufzuheben und die Angelegenheit zur neuerlichen Entscheidung zurückzuverweisen oder in eventu den Bescheid der belangten Behörde abändern und selbst eine Sachentscheidung zu treffen.

Beigelegt war eine gewerberechtliche Genehmigung vom 07.11.2012, Zahl: xxx, mit der festgestellt wurde, dass die gewerbliche Betriebsanlage eines Gastgewerbes der Betriebsart „Hotel/Hotelsuiten xxx“ am Standort xxx unter die Verordnung des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten hinsichtlich des vereinfachten Genehmigungsverfahrens falle. Die Betriebsanlage sei bescheid- und projektgemäß zu errichten und betreiben. Es soll ein Gastgewerbebetrieb „Hotelsuiten xxx“, bestehend aus 9 Hotelsuiten mit ca. je 100 m² bis 135 m² Wohnfläche mit insgesamt 37 Gästebetten errichtet und betrieben werden. Die einzelnen Hotelsuiten seien serviciert und jeweils mit einer eigenen Küche ausgestattet.

V. Verwaltungsgerichtliches Verfahren:

1. In der Beschwerdevorlage der belangten Behörde wurde ausgeführt, dass im Internet (firmenabc.at) folgende Tätigkeitsbeschreibung der xxx zu entnehmen sei: *„Liegenschaftsverwaltung. Mit ca. Herbst 2015 soll in xxx mit dem Bau eines Appartementhauses begonnen werden. Derzeit übt das Unternehmen keine operative Geschäftstätigkeit aus“*. Dies sei ein weiteres Anzeichen für das Vorliegen eines Appartementhauses. Einfach zu erbringende Belege und Nachweise, wie Belegungspläne, Rechnungen an Gäste sowie Preislisten seien seitens der Berufungswerberin im gesamten Verfahren nicht vorgelegt worden.

2. Vom Landesverwaltungsgericht Kärnten wurden nach der Beschwerdevorlage verschiedene Unterlagen, vor allem die Grundlagebewilligung aus dem Jahr 2014, nachgefordert. Mit Schreiben vom 19.07.2021 wurden im Original die Bescheide vom 30.12.2013, vom 06.06.2014 sowie die Änderungsbewilligungen vom 01.12.2016 und vom 17.05.2018 mit den relevanten Unterlagen vorgelegt. Danach wurde die belangte Behörde mit verfahrensleitendem Beschluss vom 23.08.2021, Zahl: KLVwG-1271/5/2021, aufgefordert, Gästeverzeichnisblätter für alle Wohneinheiten im Objekt xxx vorzulegen. Diesem Beschluss wurde mit E-Mail vom 02.09.2021 entsprochen.
 3. Eine zunächst beabsichtigte mündliche Verhandlung mit Videoeivernahme der Wohnungseigentümer wurde mangels rechtlicher Erforderlichkeit wieder abberaumt.
 4. Mit Beschluss vom 20.10.2021, Zahl: KLVwG-1271/11/2021, wurde xxx zum nichtamtlichen Sachverständigen bestellt und beauftragt, ein Gutachten zu folgender Fragestellung zu erstellen:
 - Im vorangegangenen behördlichen Verfahren, das letztlich zur Erteilung der Baubewilligung vom 06.06.2014, Zahl: xxx führte, wurde von xxx, ein tourismusfachliches Gutachten erstellt. Zu den Fragen 1. und 4. wurde darin festgehalten, dass es auf die nach der Inbetriebnahme erfolgende tatsächliche Bewirtschaftung ankomme, ob das gegenständliche Projekt als Freizeitwohnsitz zu qualifizieren oder ob eine gewerbliche Beherbergung gegeben sei.
 - Ist diese Schlussfolgerung aus dem Betriebskonzept „Neufassung 29.08.2013“ nachvollziehbar?
 - War dieses Betriebskonzept dazu geeignet, eine nicht touristische Nutzung, beispielsweise als Zweit- oder Hauptwohnsitz, auszuschließen?
- Mit dem nunmehr verfahrensgegenständlichen Bauansuchen wurde beantragt, den ursprünglich als „Deck 1“ bezeichneten Versorgungsbereich (Rezeption, Bar, Frühstücksraum, TOP 1) einer anderen Verwendung, nämlich als Hotelsuite, zuzuführen. Diesbezüglich wurde ein geändertes Betriebskonzept vorgelegt („Neufassung 09.09.2020“).
- Entspricht das gesamte, nunmehr geänderte Projekt bei diesem geänderten Verwendungszweck des TOP 1 nunmehr einem Gast- und

Beherbergungsbetrieb bzw. einem Gebäude, das dem Fremdenverkehr dient (§ 3 Abs. 6 K-GpIG)?

- Ist das vorliegende Betriebskonzept geeignet, eine andere als die touristische Nutzung (beispielsweise als Zweitwohnsitz oder Hauptwohnsitz) auszuschließen?
- Welche Charakteristika unterscheiden eine als Zweitwohnsitz verwendete Wohneinheit von einem touristisch vermieteten Appartement?

Im Gutachten vom 12.12.2021 setzte sich der Sachverständige mit den vorgelegten Unterlagen auseinander; insbesondere mit dem „alten“, dem „neuen“ Betriebskonzept, dem Gutachten des Tourismussachverständigen xxx sowie den übermittelten vertraglichen Grundlagen (Kaufvertrag Hotelsuiten xxx und Gästevermittlungs- und Betriebsführungsvertrag).

Nach ausführlicher Erörterung der touristischen Situation in xxx und des Inhaltes des Betriebskonzeptes aus dem Jahr 2013 kommt der Sachverständige zum Schluss, dass schon das „alte“ Betriebskonzept nicht ausreichend geeignet gewesen sei, um eine nicht-touristische Nutzung auszuschließen (Seite 22). Dann wurde die nunmehr bestehende Infrastruktur der xxx analysiert und wurden Investorenmodelle im Tourismus dargestellt. Das gegenständliche Projekt entspreche nur dann einem Gast- und Beherbergungsbetrieb, wenn die Eigentümer der Hotelsuiten der Betreiberin insbesondere während der Hauptsaison ausreichend und frühzeitig Vermietungszeitraum verfügbar machen; diese Feststellung sei jährlich erst im Nachhinein möglich. Auch das nunmehr gegenständliche Betriebskonzept sei nicht ausreichend geeignet, um eine nichttouristische Nutzung (als Zweit- oder Hauptwohnsitz) auszuschließen (Seite 37).

5. Mit Schriftsatz vom 05.01.2022 wurde von der Beschwerdeführerin ausführlich auf dieses Gutachten repliziert. Man habe sich ausschließlich an den Bestimmungen des Kärntner Gemeindeplanungsgesetzes und nicht etwa an Tiroler oder Vorarlberger Bestimmungen zu orientieren. Die wirtschaftliche

Machbarkeit („Founding; Financing, Facility und Advertising“) sei den Bewilligungsbehörden nicht im Rahmen eines Betriebskonzeptes vorzulegen, sei daher weder darzustellen noch näher zu erläutern. Trotzdem wurde bemängelt, dass der Sachverständige die Marketing- und Akquisetätigkeiten der xxx unberücksichtigt gelassen habe (S. 5), ebenso habe er die umfangreiche Judikatur des obersten Gerichtshofes und des Verfassungsgerichtshofes sowie des Verwaltungsgerichtshofes nicht beachtet (S. 6). Der gegenständliche Betrieb sei von der der Wirtschaftskammer xxx, Fachgruppe Hotellerie, nach erfolgter Besichtigung und Beurteilung in die 4-Sterne-Kategorie Appartementhotel eingestuft worden. Diese Unterlagen wurden mitvorgelegt.

Die Darstellung der Nutzungs- und Verfügungsrechte, die letztendlich zur Beurteilung der touristischen Nutzung erforderlich wäre, ergebe sich aus den Musterverträgen und nicht nur aus dem Betriebskonzept, weil es an diese Verträge anknüpfe.

Die gegenständlichen Wohneinheiten seien im Jahr 2018 fertiggestellt und übergeben worden, in den Jahren 2020 bis 2022 (? , Eingabe datierte mit 5.1.2022, Seite 9, Anm.) sei der Gast und Beherbergungsbetrieb in den Covid-19-bedingten Schließungszeiträumen nicht betrieben worden.

Die Bindung der Erwerber ergebe sich eindeutig aus den Nutzungs- und Verfügungsrechten im Kaufvertrag, insbesondere aus der Präambel; in der die Bewilligungsbescheide beigeschlossen waren, aus Punkt III. f. 1. „Kaufgegenstand“; sowie aus Punkt IX. „Gewerbliche Nutzung“ und der ausführlichen Anführung des Zwecks der Wohneinheit in Punkt XIII, „Rechtswirksamkeit“. Die Verpflichtungen seien auch für die Rechtsnachfolger verbindlich.

Auch im GBV sei dies ausdrücklich dargelegt worden (Verweis auf die entsprechenden Bestimmungen, S.11 bis 13).

Baubewilligungsverfahren seien in die Zukunft gerichtete Projektbewilligungsverfahren; und würden die vorgelegten Betriebskonzepte in Verbindung mit den Verträgen eine Verwendung der Wohneinheiten als Haupt- oder Freizeitwohnsitz ausschließen. Die Beschwerdeführerin legte auch ein

Privatgutachten eines von ihr beauftragten gerichtlich beeideten Sachverständigen (xxx) vor. Die Rahmenbedingungen bei den Hotelsuiten würden den Typ eines eingerichteten und ausgeübten Appartementhotels entsprechen (Aufstellung Seite 19 ff.). Im Folgenden wurde das Gutachten des xxx nochmals wiedergegeben (Siehe gleich unten 7.). Ergänzend wurde zur Beschwerde vorgebracht, dass die Bau- und Berufungsbehörde rechtswidrig vom Antrags- und Entscheidungsgegenstand abweichen würden, da bei einem Vorliegen einer widmungswidrigen Verwendung der baugeschäftlichen Grundstücke im Bestand § 36 Abs. 1 K-BO und nicht das Genehmigungsverfahren nach den §§ 6 lit. c, 13 und 15 K-BO zur Anwendung gelangen hätte müssen. Entsprechende Verfahren seien, obwohl die Behörde schon seit 10.12.2020 von einer angeblich widmungswidrigen Verwendung Kenntnis haben müsste – nicht angestrengt worden. Die Betriebskonzepte, so sie mangelhaft seien, könnten einem Verbesserungsverfahren zugeführt werden.

6. Mitvorgelegt wurden:

- eine Mitteilung der Wirtschaftskammer xxx, Fachgruppe Hotellerie vom 19.11.2021, wonach der Betrieb aufgrund einer Besichtigung als 4-Sterne-Kategorie Appartementhotel einzustufen sei;
- Umsatzsteuerbescheide für das Jahr 2018 und 2019;
- eine Darstellung der Nächtigungen und
- das erwähnte tourismusfachliche Gutachten des xxx.

7. Dieser habe demnach das Beherbergungsgebäude am 10.11.2021 besichtigt und wurde beauftragt, folgende Fragestellungen zu erörtern:

- 1.) Was sind die Voraussetzungen, Kennzeichen bzw. Charakteristika für einen eingerichteten und ausgeübten Gast- und Beherbergungsbetrieb?
- 2.) Liegen diese Voraussetzungen, Kennzeichen bzw. Charakteristika beim Betrieb der xxx vor und nach dem 09.09.2020 tatsächlich vor?
- 3.) Für Gast- und Beherbergungsbetriebe bestehen unterschiedliche Betriebsformen bzw. Betriebsarten Welcher dieser Betriebsformen bzw.

Betriebsarten ist der Gast- und Beherbergungsbetrieb der xxx vor und nach dem 09.09.2020 tatsächlich zuzuordnen (Charakteristika und Maßgeblichkeiten der Zuordnung)?

- 4.) Unter welchen Voraussetzungen entsprechen Aparthotels, Condo-Hotels und buy-to-use-and-let-Modelle der Flächenwidmung reines Kurgebiet iSd § 3 Abs 6 K-GplG 1995 und werden diese Voraussetzungen durch die im Musterkaufvertrag, im Muster Gästevermittlungs- und Betriebsführungsvertrag und den im Betriebskonzept vom 09.09.2020 enthaltenen Verpflichtungen, Maßnahmen und Leistungen tatsächlich erfüllt?
- 5.) Sind die im Musterkaufvertrag und im Muster Gästevermittlungs- und Betriebsführungsvertrag iVm dem Betriebskonzept vom 09.09.2020 enthaltenen Verpflichtungen des(r) Wohnungseigentümer geeignet eine Verwendung der TOP´s 1 bis 8 bzw. des TOP 9 als Haupt- oder Freizeitwohnsitz auszuschließen?
- 6.) Sind die – bezogen auf die Antragstellung vom 07.04.2020 und das Betriebskonzept vom 09.09.2020 in den Verfahren zur Erlangung der Baubewilligungen vom 16.06.2014, 01.12.2016 und 17.05.2018 erstatteten Gutachten des xxx vom 16.01.2014 und xxx vom 07.04.2014 weiterhin gültig oder ist wegen des (neuen) Betriebskonzepts vom 09.09.2020 von einer grundsätzlich anderen Sachlage auszugehen?
- 7.) Wäre die Betreiberin nach der ab dem 01.01.2022 geltenden Rechtslage iSd §§ 53 und 54 K-ROG gehalten mit der Gemeinde eine Vereinbarung abzuschließen, soweit durch die vorliegenden Verträge (Kaufvertrag, Gästevermittlungs- und Betriebsführungsvertrag), dem Betriebskonzept vom 09.09.2020 und der tatsächlichen Betriebsführung eine widmungsgemäße Verwendung des baueigenständlichen Grundstücks dennoch nicht hinreichend sichergestellt ist?

Im Befund (Seite 7 ff.) sind zunächst einige Fotos der Wohneinheiten (ohne konkrete Zuordnung zu einer TOP-Nr.) abgebildet; auch von der Beschwerdeführerin bereitgestellte Fotos der „xxx“ und dort zugehörige Unterlagen.

Auf Seite 15 setzt sich der Gutachter mit den Voraussetzungen für einen Gastbetrieb (Verabreichung von Speisen und Getränken) und einen Beherbergungsbetrieb (entgeltliche Bereitstellung einer Übernachtungsmöglichkeit) auseinander. Das Vorliegen eines eingerichteten und ausgeübten Gast- und Beherbergungsbetriebes sei in einer Gesamtschau

und anhand der vorhandenen Baulichkeit, der Einrichtungen, Leistungen und Betriebsmerkmale (Waren und Personaleinsatz, Workflow, Bewerbung) und den Betriebsergebnissen zu beurteilen. Die xxx würde folgende Kennzeichen für das Vorliegen eines eingerichteten und ausgeübten Apartmenthotels aufweisen:

- Lager- und Abstellräume für persönliche Gegenstände der Miteigentümer sowie Lagerflächen für saisonale Gebrauchsgegenstände der Betreiberin;
- unterschiedliche Dauer der Aufenthalte von Miteigentümern und Gästen, wobei Aufenthalte von bis zu drei Monaten nicht als Langzeitaufenthalte zu werten seien;
- Entrichtung eines jährlichen Pauschalbetrages von EUR 1.600,-- an die Betreiberin für zu erbringende Leistungen und Servicierungen (Musterkaufvertrag IX und GBV 6.);
- standardisierte Wohnküchen, WC- und Nassraumeinrichtungen;
- Rezeption, Speiseraum und Frühstück/Snacks im Ausmaß von 40 m² zuzüglich einer Seeterrasse von 60 m²;
- individuelle Buchbarkeit von Verpflegungen, Service- und Zusatzleistungen;
- Bewerbung, Vermarktung und aktive Verkaufs- bzw. Vermittlungsanstrengungen (Homepage: xxx.at);
- Anwesenheit und Erreichbarkeit von Ansprechpersonen im xxx;
- vorwiegend saisonale Nutzungen, wechselnde und gleichbleibende Gäste, Entgeltlichkeit für konsumierte Waren und Dienstleistungen;
- bei Abreisen und Gästewechsel Versetzung in vermietbaren Zustand;
- gewerbsmäßige Beherbergung und Versorgung der Gäste laut Bescheid der Bezirkshauptmannschaft xxx;
- bei Beendigung der saisonalen Nutzung wird das ruhende Beherbergungsgeländegebäude durch die Betreiberin gesichert, obsorgt und in Stand gehalten;

Die Preise seien marktkonform ausgestattet. In Bezug auf die Eigentümerstruktur des Gebäudes (nicht des Betriebes) wäre die Bezeichnung „Condohotel“ zutreffend.

In weiterer Folge setzt sich der Sachverständige mit der touristischen und gesellschaftlichen Entwicklung und damit einhergehend mit folgenden Änderungen im touristischen Bereich auseinander (Seite 21):

Vom klassischen Hotel mit einem starren Dienstleistungsangebot ginge der Trend jedenfalls in Richtung eines je nach Gästebedürfnis flexiblen Dienstleistungsangebots; somit zu einer Flexibilisierung der Serviceleistungen, die im Extremfall dazu führen könne, dass eine Beherbergungseinheit je nach Typ Gast einmal mit einem täglichen hotelmäßigen Vollservice und ein andermal nur mit einer Schlussreinigung, ähnlich wie bei einer Ferienwohnung, versorgt werde. Im Hinblick auf Eigentum und Nutzung ginge der Fokus zusehends zu einer Trennung des Eigentums an der Immobilie von deren Betrieb; der Investor orientiere sich an der Rendite und der Wertentwicklung, während der Betreiber auf den operativen Profit fokussiere. Es gebe aufgrund der Entwicklung der Finanzmärkte momentan vermehrtes Interesse für „Grundbuch statt Sparbuch“. Der Vorteil von Appartements liege neben den meist größeren Räumlichkeiten vor allem in der höheren Privatsphäre. In letzter Zeit habe vor allem das „Buy-To-Use-And-Let“-Modell die Aufmerksamkeit von Immobilienentwicklern auf sich gezogen. Der Käufer werde Eigentümer der Wohnung und erwerbe sich das Recht, sei Appartement für einen vertraglich definierten Zeitraum selbst zu nutzen. Die übrige Zeit werde das Appartement zur kommerziellen Bewirtschaftung überlassen.

Ein Hotelbetrieb könne dann als erfolgreich bezeichnet werden, wenn gleichzeitig und nachhaltig die Bedürfnisse von Gast, Betreiber und Eigentümer erfüllt würden. Beim Betreiber bzw. Eigentümer seien es prinzipiell Umsatz- und Investitionserwartungen bzw. die Wertsteigerung der Immobilie oder deren Ertragskraft. Bei derartigen Formen der Beherbergung gelte eine Wohnung innerhalb einer Anlage als touristisch bewirtschaftet, wenn sie dauerhaft zur

befristeten Nutzung durch Gäste zu markt- und ortsüblichen Bedingungen angeboten werde, sie nicht auf die persönlichen Bedürfnisse des Eigentümers zugeschnitten sei, für ihre Qualitätskategorie zertifiziert sei und in der Hauptsaison größtenteils verfügbar und auf einer kommerziell bewirtschafteten Vertriebsplattform angeboten werde (Seite 22). Eine touristische Nutzung schließe die typische Nutzung als Freizeitwohnsitz aus (Seite 24). Eine Ausstattung der Appartements mit persönlichen Gegenständen sollte jedoch nicht falsch interpretiert werden, handelt es sich gegenständlich um hochpreisige Luxusappartements, deren Kunden Individualität sogar bevorzugten. Die im Musterkaufvertrag, im GBV und Betriebskonzept vom 09.09.2020 enthaltenen Verpflichtungen der Wohnungseigentümer und Hotelbetreiberin seien geeignet, eine Nutzung dieser TOPs als Haupt- oder Freizeitwohnsitz auszuschließen.

8. An der ersten öffentlichen mündlichen Verhandlung am 11.01.2022 nahmen die belangte Behörde sowie die Beschwerdeführerin und der nichtamtliche Sachverständige teil. Ursprünglich sei eine Finanzierung durch Verkauf von Gesellschaftsanteilen angedacht worden, führte der Vertreter der Beschwerdeführerin aus, dies sei den potenziellen Investoren jedoch nicht transparent und sicher genug gewesen. Daher sei letztlich das Modell der Begründung von Wohnungseigentum als Finanzierungsmodell gewählt worden. Die Interessenten würden nicht nur ein finanzielles Interesse verfolgen, sondern auch ein Herz für den xxx haben und fallweise dort wohnen wollen. Auf den Vorhalt, dass es auf gängigen Tourismusplattformen wie „TripAdvisor“ keine Bewertungen für die gegenständliche Anlage gibt, führte der Vertreter der Beschwerdeführerin aus, dass er auf derartige Bewertungen keinen Wert lege, es sei auch Mundpropaganda wichtig. Derjenige, für den eine Anmerkung der Rangordnung der Veräußerung im Grundbuch angemerkt ist, sei widerkehrender Gast in diesem Hotelbetrieb. Der Sachverständige erläuterte sein Gutachten und die typischerweise bei Buy-To-Let-Modellen verwendete Vertragsgestaltung.

9. Weil in der mündlichen Verhandlung eine Erörterung des Privatgutachtens auf fachlicher Ebene nicht stattfinden konnte, wurde der nichtamtliche Sachverständige beauftragt, den nach Ansicht des Landesverwaltungsgerichtes einzig relevanten, weil in Widerspruch zu seinen Schlussfolgerungen stehenden, Punkt 5. dieses Privatgutachtens auf fachlicher Ebene zu analysieren (Beschluss vom 17.01.2022, Zahl: KLVwG-1271/21/2021).
10. Die Wirtschaftskammer xxx wurde um nähere Informationen hinsichtlich der Klassifizierung des Objektes ersucht, vor allem um Auskunft, ob eine Auseinandersetzung mit den zu Grunde liegenden Betriebskonzepten erfolgt sei. Diese beantwortete die Anfrage mit E-Mail vom 09.02.2022, wonach eine Überprüfung von Betriebskonzepten und rechtlichen Verhältnissen in Bezug auf den Beherbergungsbetrieb nicht stattgefunden habe.
11. Der nichtamtliche Sachverständige legte das ergänzende Gutachten vom 21.02.2022 mit E-Mail vor; im Wesentlichen kam er zu dem Schluss, dass die Ausführungen des Privatsachverständigen xxx nur zum Teil nachvollziehbar und nur zum Teil schlüssig seien.
12. Mit Beschluss vom 07.03.2022, Zahl: KLVwG-1271/32/2021, wurden dem Sachverständigen die bis dahin geltend gemachten Gebühren zuerkannt.
13. Nachdem das ergänzende Gutachten den Parteien übermittelt worden war, nahm zunächst die belangte Behörde mit Schriftsatz vom 28.03.2022 dazu Stellung. Die Wirtschaftskammer habe die Besichtigung außerhalb der Saison durchgeführt und nur drei der neun Suiten besichtigt. Vertragliche Verhältnisse hätten keine Berücksichtigung gefunden. Diese Kategorisierung sei als Beweismittel untauglich und nicht für die Feststellung geeignet, dass ein Gast- und Beherbergungsbetrieb vorliege. Zum Privatgutachten wurde ausgeführt, dass die Darstellung, die Anlage ab März 2018 entsprechend dem ursprünglichen Betriebskonzept betrieben worden sei, falsch sei, weil TOP 1 nie

als Dienstleistungseinheit eingerichtet gewesen sei. Der Gutachter habe auch nicht überprüft, ob von den insgesamt 3.260 Nächtlungen tatsächlich Gäste oder bloß die Eigentümer und Nahestehende betroffen waren.

Auch die Beschwerdeführerin nahm mit Schriftsatz vom 31.03.2022 dazu Stellung. Verfahrensgegenständlich würde ein Gast- und Beherbergungsbetrieb in der Form Appartementhotel, nach der Eigentümerstruktur Condohotel, vorliegen. Nach Auseinandersetzung mit gewerberechtlichen Judikaten (Punkt 2.) wurde unter Punkt 3. (Seite 9 ff.) festgehalten, dass sich der Begriff „Betriebskonzept“ weder in den Bestimmungen der Kärntner Bauordnung noch der Bauansuchenverordnung wiederfinde. Hingewiesen wurde auf die Betriebstypenjudikatur im Zusammenhang mit den zulässigen Emissionen innerhalb einer Widmungskategorie und das „landwirtschaftliche“ Betriebskonzept im Hinblick auf Bauten im Grünland. Bei Tourismusbetrieben könne ein geändertes Betriebskonzept keine Bewilligungspflicht erzeugen. Zwingende öffentliche rechtliche Bestimmungen würden nicht den Gegenstand zivilrechtlicher Vereinbarungen bilden können; überdies hätte der Auftrag an den nichtamtlichen Sachverständigen keine eine umfassende Auseinandersetzung mit dem vorgelegten Privatgutachten zum Gegenstand gehabt. Hingewiesen wurde weiters auf die Bestimmungen des Kärntner Grundverkehrsgesetzes und darauf, dass die Grundverkehrsbehörde im Hinblick auf die Kaufverträge keinen Versagungsgrund gefunden habe. Schließlich habe der vom Gericht beauftragte nichtamtliche Sachverständige keine Erhebungen vor Ort durchgeführt. Die Fortsetzung der mündlichen Verhandlung wurde beantragt.

14. Am 17.05.2022 wurde eine fortgesetzte öffentliche mündliche Verhandlung abgehalten. Der nichtamtliche Sachverständige hielt dort sein Gutachten aufrecht. Die belangte Behörde wies darauf hin, dass sie eine Prognoseentscheidung getroffen habe, bei der die aktuell vorgefundene Nutzung berücksichtigt worden sei. Es gäbe allerdings kein betriebstypologisches Gutachten. Die Beschwerdeführerin beantragte dann der Beschwerde Folge zu geben und brachte vor, dass es sich beim

gegenständlichen Modell um kein klassisches Buy-To-Use-And-Let-Modell, sondern um ein individuelles Nutzungs- und Investoren-Modell handle, das durch die vorliegenden Verträge geregelt sei.

VI. Maßgebliche rechtliche Bestimmungen:

§ 6 Kärntner Bauordnung 1996 – K-BO 1996
LGBl.Nr. 62/1996 zuletzt geändert durch LGBl.Nr. 48/2021

Bewilligungspflicht

Sofern es sich nicht um ein mitteilungspflichtiges Vorhaben nach § 7 handelt, bedarf einer Baubewilligung:

- a) die Errichtung von Gebäuden und sonstigen baulichen Anlagen;
- b) die Änderung von Gebäuden und sonstigen baulichen Anlagen;
- c) die Änderung der Verwendung von Gebäuden oder Gebäudeteilen, sofern für die neue Verwendung andere öffentlich-rechtliche, insbesondere raumordnungsrechtliche Anforderungen gelten als für die bisherige Verwendung;
- d)

§ 13 Kärntner Bauordnung 1996 – K-BO 1996
LGBl.Nr. 62/1996 zuletzt geändert durch LGBl.Nr. 48/2021

Vorprüfung

- (1) Bei Vorhaben nach § 6 lit. a bis c hat eine Vorprüfung stattzufinden.
- (2) Bei der Vorprüfung hat die Behörde festzustellen, ob dem Vorhaben
 - a) der Flächenwidmungsplan,
 - b) der Bebauungsplan,
 - entgegenstehen.

§ 17 Kärntner Bauordnung 1996 – K-BO 1996

LGBI.Nr. 62/1996 zuletzt geändert durch LGBI.Nr. 48/2021

Voraussetzungen

- (1) Die Behörde hat die Baubewilligung zu erteilen, wenn dem Vorhaben nach Art, Lage, Umfang, Form und Verwendung öffentliche Interessen, insbesondere solche der Sicherheit, der Gesundheit, der Energieersparnis, des Verkehrs, des Fremdenverkehrs sowie der Erhaltung des Landschaftsbildes oder des Schutzes des Ortsbildes nicht entgegenstehen. Die Baubewilligung darf durch die Behörden des § 3 nur mit schriftlichem Bescheid erteilt werden.
- (2)

Die Inkrafttretens-, Außerkrafttretens- und Übergangsbestimmungen des Kärntner Raumordnungsgesetzes (Artikel V, LGBI Nr 59/2021) enthalten keine Normen betreffend laufende Bauverfahren:

(1) Dieses Gesetz tritt, wenn in Abs. 2 nicht anderes bestimmt wird, mit 1. Jänner 2022 in Kraft und das Kärntner Raumordnungsgesetz – K-ROG, LGBI. Nr. 76/1969, zuletzt in der Fassung des Landesgesetzes LGBI. Nr. 10/2018, sowie das Kärntner Gemeindeplanungsgesetz 1995 – K-GplG 1995, LGBI. Nr. 23/1995, zuletzt in der Fassung des Landesgesetzes LGBI. Nr. 71/2018, außer Kraft.

§ 19 Kärntner Raumordnungsgesetz 2021 – K-ROG 2021

LGBI.Nr. 59/2021

Kurgebiet

(1) Als Kurgebiete sind jene Grundflächen festzulegen, die vornehmlich für Gebäude von Gast- und Beherbergungsbetrieben samt dazugehörigen sonstigen baulichen Anlagen bestimmt sind, im Übrigen

1. für Wohngebäude samt dazugehörigen sonstigen baulichen Anlagen nach § 17 Abs. 1 Z 1,
2. für Gebäude samt dazugehörigen sonstigen baulichen Anlagen, die dem Tourismus oder der Freizeitgestaltung dienen, wie insbesondere Sport- und Erholungseinrichtungen, Vergnügungs- und Veranstaltungsstätten, und
3. für bauliche Anlagen, die überwiegend den wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen der Einwohner des Kurgebietes oder dem Tourismus dienen,

und die unter Bedachtnahme auf die örtlichen Gegebenheiten und den Charakter als Kurgebiet die Voraussetzungen nach § 16 Abs. 2 erfüllen.

(2) In Kurgebieten dürfen Flächen als reine Kurgebiete festgelegt werden, in denen neben Gebäuden für Gast- und Beherbergungsbetriebe samt dazugehörigen

sonstigen baulichen Anlagen nur solche bauliche Anlagen nach Abs. 1 Z 2 und 3 zulässig sind, die keine örtlich unzumutbaren Umweltbelastungen nach § 16 Abs. 2 mit sich bringen.

§ 30 Kärntner Raumordnungsgesetz 2021 – K-ROG 2021

LGBl.Nr. 59/2021

Sonderwidmungen, Appartementhäuser, sonstige Freizeitwohnsitze und Hoteldörfer

(1) Flächen für Apartmenthäuser, sonstige Freizeitwohnsitze und Hoteldörfer müssen als Sonderwidmung festgelegt werden.

(2) Ein Apartmenthaus ist ein Gebäude mit mehr als drei Wohneinheiten, von dem aufgrund seiner Lage, seiner Ausgestaltung und Einrichtung oder aufgrund der vorgesehenen Eigentums- oder Bestandsverhältnisse anzunehmen ist, dass es nicht der Deckung eines dauernden, mit dem Mittelpunkt der Lebensbeziehungen verbundenen, Wohnbedarfes dient, sondern überwiegend während des Wochenendes, der Ferien oder nur zeitweilig als Zweitwohnung benützt werden soll sowie nicht Teil eines Fremdenbeherbergungsbetriebes ist. Eine Benützung als Zweitwohnung ist dann anzunehmen, wenn Wohnungen oder Wohnräume dem Aufenthalt während des Urlaubs oder des Wochenendes oder sie sonstigen Freizeitwecken dienen und diese Nutzung nicht im Rahmen des Tourismus (gewerbliche Beherbergung im Sinne der GewO 1994 oder Privatzimmervermietung) erfolgt. Verfügungsrechte über Wohnungen und Wohnräume, die über den typischen Beherbergungsvertrag hinausgehen, schließen die Annahme einer Nutzung im Zusammenhang mit dem Tourismus aus.

(3) Ein sonstiger Freizeitwohnsitz ist ein Wohngebäude, eine Wohnung oder ein sonstiger Teil eines Gebäudes, das nicht der Deckung eines dauernden, mit dem Mittelpunkt der Lebensbeziehungen verbundenen, Wohnbedarfes dient, sondern überwiegend während des Wochenendes, des Urlaubes, der Ferien oder nur zeitweilig als Zweitwohnung benützt werden soll. Abs. 2 zweiter und dritter Satz gelten sinngemäß.

(4) Ein Hoteldorf ist eine von einem Bauwerber nach einem Gesamtplan errichtete Anlage mit mehr als drei Gebäuden zur Unterbringung von Urlaubsgästen, von der aufgrund ihrer Lage, ihrer Ausgestaltung und Einrichtung sowie der räumlichen Naheverhältnisse der einzelnen Gebäude und aufgrund der vorgesehenen Eigentums- oder Bestandsverhältnisse anzunehmen ist, dass sie der gewerbsmäßigen Fremdenbeherbergung dient. Hoteldörfer müssen jedenfalls eine Verpflegung der Gäste anbieten und über ein Gebäude verfügen, in dem die zentralen Infrastruktureinrichtungen, wie Rezeption, Speisesäle, Restaurants, Cafés, Aufenthaltsräume und dergleichen, untergebracht sind. Abs. 2 zweiter und dritter Satz gelten sinngemäß.

(5) Sonderwidmungen für Apartmenthäuser und sonstige Freizeitwohnsitze dürfen in Dorfgebieten, Wohngebieten, Geschäftsgebieten und in Kurgebieten, ausgenommen in reinen Kurgebieten, festgelegt werden. Sonderwidmungen für Hoteldörfer dürfen in Dorfgebieten, Wohngebieten, Geschäftsgebieten und in Kurgebieten, einschließlich reinen Kurgebieten, festgelegt werden.

(6) Die Gemeinde hat durch privatwirtschaftliche Vereinbarung gemäß § 53 sicherzustellen, dass die Nutzung und der Betrieb des Hoteldorfs ausschließlich im Rahmen der gewerbsmäßigen Fremdenbeherbergung erfolgt.

Gemäß Teilbebauungsplan xxx vom 10.01.2019, Anhang 2, Stellplatzerfordernis, ist bei Beherbergungsbetrieben 1 Stellplatz pro 2 Betten erforderlich (Z.7).

VII. Festgestellter Sachverhalt:

1. Die antragsgegenständlichen Grundstücke xxx, xxx und xxx, KG xxx sind der EZ xxx, „xxx“, zugeschrieben. An dieser Grundbuchseinlage besteht Wohnungseigentum. Im Grundbuch ist unter B-LNR 6 bis 53 das Miteigentum (Wohnungseigentum) für zehn verschiedene, teilweise prominente, Personen einverleibt; die LNRn 37 ff stellen die Miteigentumsanteile der Antragstellerin und Beschwerdeführerin, xxx, dar.
2. Dem Eigentumserwerb der restlichen Miteigentümer liegen Kaufverträge, datiert ab dem Jahr 2016, zu Grunde; die Einverleibung des (Mit-) Eigentumsrechts erfolgte jeweils zur Tagebuchzahl xxx. Unter B-LNR 36b ist zu dieser TZ Wohnungseigentum an TOP 1: Frühstücksraum-Deck 1 (*Zubehör, Waschmaschinen und Trockner*) ersichtlich gemacht und unter lit. d zu TZ xxx die Rangordnung für die Veräußerung angemerkt, ebenso bei B-LNR 45 und 46, die zugehörigen Parkplätze betreffend. Diese Rangordnung für die Veräußerung wurde für xxx erwirkt (Beweis: Abfrage im Grundbuch).
Die Grundstücke sind laut Flächenwidmungsplan als „Bauland – reines Kurgelbiet“ gewidmet (Abfrage KAGIS) und ist dafür der Teilbebauungsplan „xxx“ in Geltung (im Internet unter xxx.at abrufbar).

3. Zunächst war geplant , dass die Anlage „Hotelsuiten xxx“ aus neun Hotelsuiten besteht. In der ursprünglichen Planung ist TOP 1 auf Deck 1 als „Hotelsuite“ konzipiert, mit ostseitig zwei Schlafräumen, nordseitig einem Wohn- Ess-Kochraum; einem Abstellraum, einem Bad und einem WC sowie einem Vorraum. Dem Objekt gegenüber (über die Straße „xxx“, öffentliches Gut) liegt die „xxx“ und die Bootswerft; etwas westlich der xxx, direkt an die Lounge angrenzend, ist die projektzugehörige Liegewiese mit Umkleide und Wasserstegen (Plan Nr. xxx EP xxx vom 25.01.2012; xxx; ON 29, und Baubeschreibung vom 112.04.2012, ON 23).

4. Aufgrund der evidenten Schwierigkeiten im Genehmigungsverfahren wurde diese Baubeschreibung „ergänzt“ (abgeändert, „Ergänzung der Baubeschreibung“, xxx, 13.07.2013, ON 87), indem die Hotelsuite TOP 1 auf Deck 1 zum Versorgungsbereich der anderen Hotelsuiten umgestaltet wird. Nun war dort eine Versorgungseinheit (Rezeption, Bar, Frühstücksraum mit 26 Verabreichungsplätzen, Terrasse mit Gästezugang, Frühstücksvorbereitungsraum, geschlechtergetrennte WC-Anlagen, Wirtschaftsraum für die Aufbereitung und Lagerung der frischen Wäsche sowie ein Waschmaschinenraum) geplant (Plan Nr. xxx EP xxx vom 30.07.2013, ON 83); im Betriebskonzept der Hotelsuiten xxx, Neufassung vom 29.08.2013 (ON 87 im Akt) sind die Änderungen auch textlich als „einheitliche gewerbliche Betriebsanlage“ dargestellt. Sämtliche Reinigungs- und Aufräumarbeiten werden in den einzelnen Hotelsuiten im Rahmen des Hotelbetriebes vorgenommen und ein umfassendes Frühstücksservice angeboten. Das gegenständliche Projekt sieht keine parifizierten Wohneinheiten mehr vor (Seite 6; „bauliche Voraussetzungen der touristischen Nutzung“). Die Hotelfunktionen Rezeption und Verabreichung des Frühstückes an die Gäste werden in TOP 1 erfolgen; im Anschluss wird unter Punkt 3.1. die Hotelrezeption (Betriebszeit von 7.00 bis 20.00 Uhr) der Gastronomiebetrieb (Punkt 3.2.), die tägliche Reinigung und Endreinigung (Punkt 3.3.) und sonstige

touristische Dienstleistungen, extern, beschrieben. Im Organigramm der xxx (Anhang) ist eine Rezeptions- und eine Kaffeekraft (Gastronomie) abgebildet.

5. Diese Zusatzeinrichtungen haben zwar eine branchenunüblich kleine Dimensionierung; damit ging das damals gegenständliche Projekt aber über eine Definition als Appartementhaus hinaus (tourismusfachliches Gutachten des xxx vom 07.04.2014, ON 25)

Ob das Projekt als Freizeitwohnsitz oder als gewerbliche Beherbergung zu qualifizieren ist, ist aber erst nach Inbetriebnahme und im laufenden Betrieb überprüfbar (Seite 9). Diese Feststellung wird auf Seite 14 des Gutachtens wiederholt.

6. Auch das von der Beschwerdeführerin vorgelegte Privatgutachten des xxx zur Widmungskonformität (16.01.2014, ON 96 im Akt) war ein integrierender Bestandteil des Spruches der darauf folgenden Baubewilligung, erteilt durch den Gemeindevorstand der Marktgemeinde xxx am 06.06.2014, ON 125, Seite 2:

Ausgehend von der Projektänderung, ausdrücklich erwähnend die durchgehende Besetzung der Rezeption und das durchgehende Frühstücksservice für die Gäste im Frühstücksraum und den Hotelsuiten; kann das Objekt eindeutig der Widmungskategorie „Bauland – reines Kurgelände“ und der touristischen Nutzung zugeordnet werden (Seite 6 f.).

7. Aufgrund einer Änderungsbewilligung, Bescheid des Bürgermeisters der Marktgemeinde xxx vom 17.05.2018, Zahl: xxx, ON 233 im Akt, wurde der Grundriss von TOP 1 wieder so geändert, dass er der ursprünglich verworfenen Planung entsprach; wobei die 26 Verabreichungsplätze im Frühstücksraum nicht annähernd erreicht werden können (ON 196, Architekten xxx, vom 15.12.2017; Plan Nr. xxx xxx, ON 215, vom 14.03.2018).

8. Das nunmehr zur Beurteilung anstehende Projekt weist folgendes Betriebskonzept (Neufassung vom 09.09.2020, ON 17) auf:

- Frühstücksraum und Rezeption werden in die Unternehmensräumlichkeiten der xxx, in der auf der gegenüberliegenden Straßenseite situierten „xxx“ verlegt; die Räumlichkeiten sind unkündbar bis zum 31.12.2033 über die xxx, grundbücherlich sichergestellt, angemietet worden
- der Schwerpunkt liegt nunmehr darin, den Bootseignern und Liegeplatzmietern der xxx ein adäquates Urlaubsdomizil zur Verfügung zu stellen; Kontingente für Nichtbootseigner können, soweit vorhanden, von Jedermann gebucht werden
- bereits anlässlich der Buchung hat der Urlaubsgast der Hotelbetreiberin bekannt zu geben, welche Dienstleistungen und Servicierungen er in welchem Ausmaß begehrt
- die Erwerber der Hotelsuiten haben sich bei Abschluss des Kaufvertrages zur gewerblichen Nutzung verpflichtet; neben dem Kaufvertrag ist mit den einzelnen Erwerbern ein Gästevermittlungs- und Betriebsführungsvertrag abgeschlossen worden; beide Verträge sind Bestandteile des Betriebskonzeptes;
- die Hotelsuite Nr. 1 soll nunmehr vermietet werden.

Im beigelegten Plan Nr. xxx xxx vom 31.01.2020, ON 3 im Akt, finden sich keine baulichen Veränderungen, sondern werden die Verwendungsbezeichnungen der Räume verändert.

9. Im (wechselseitigen) Mietvertrag der Beschwerdeführerin mit der xxx vom 12.09.2018, ON 4d im Akt, wurde (u.a.) ein Mietverhältnis, das am 01.07.2017 begonnen habe, auf unbestimmte Zeit abgeschlossen. Es kann unter Einhaltung einer sechsmonatigen Kündigungsfrist aufgekündigt werden könne; allerdings nicht vor dem 31.12.2032 (Punkt I.III.). Demnach mietet die xxx im gastronomischen Unternehmen xxx der xxx näher bezeichnete Flächen bzw. Räumlichkeiten. Dieses Bestandsrecht wurde im Grundbuch einverleibt.
10. Dem Musterkaufvertrag, Anlage (ON 4b) zum Betriebskonzept, sind die bis dahin ergangenen Baubescheide als Beilage angeschlossen; diese bilden gemäß Punkt VI. einen integrierenden Bestandteil des Vertrages; nach

Punkt IX. („Gewerbliche Nutzung“) ist die Käuferin berechtigt, die Wohnung für sich selbst zu jenen Zeiten zu nützen, zu denen sie bzw. ihre Angehörigen und ihr nahestehende Personen in der Hotelanlage aufhältig sind. Der Aufenthalt ist der Hotelrezeption bzw. dem Hotelbetreiber mitzuteilen. In den übrigen Zeiten ist die Käuferin verpflichtet, entsprechend den Ausführungen dieses Vertragspunktes sowie der zwischen den Vertragsparteien gesondert abzuschließenden Vereinbarung, in denen die Details der gewerblichen Nutzung festgehalten sind, dem jeweiligen Hotelbetreiber die Wohnung zur Vermietung zur Verfügung zu stellen und ist der Hotelbetreiber verpflichtet, die Hotelsuite in sein Vermietungsprogramm aufzunehmen. Für allgemein beschriebene Reinigungs- und Wäscheleistungen verpflichtet sich die Käuferin an den Hotelbetreiber EUR 1.600,-- pro Jahr pauschal zu bezahlen, wobei „Tatsächlich in Anspruch genommene Serviceleistungen gemäß Preisliste verrechnet (werden)“. Die einzelnen Aufenthalte sowohl der Käuferin als auch ihrer Gäste werden vom Hotelbetreiber an die Kurgemeinde xxx gemeldet. Gemäß Punkt XIII. wird festgehalten, dass der vertragsgegenständliche Erwerb insbesondere zum Zweck der gewerblichen Vermietung von Wohneinheiten erfolgt.

11. Auch der Gästevermittlungs- und Betriebsführungsmustervertrag (GBV, Anlage 4c) ist Bestandteil der Projektsbeschreibung:

In der Präambel wird auf Punkt IX. des Kaufvertrages (siehe oben) verwiesen. Die Gesellschaft (Beschwerdeführerin) wird „zunächst“ als Hotelbetreiberin fungieren. Unter Punkt 2. wird wiederholt, dass die Käuferin berechtigt ist, die ihr eigentümliche Hotelsuite für sich selbst zu jenen Zeiten zu nützen, zu denen sie bzw. ihre Angehörigen in der Hotelanlage aufhältig sind. Bezüglich der übrigen Zeit, zu denen die Hotelanlage geöffnet ist, kann die Gesellschaft die gegenständliche Wohneinheit von der Käuferin mieten. Für den Fall, dass mangels eines Eigenbedarfs eine Vermietung der vertragsgegenständlichen Hotelsuite durch die Käuferin an die Gesellschaft angestrebt wird und die Gesellschaft entsprechend der vorhandenen Nachfrage die Voraussetzungen für eine gewerbliche Vermietung bejaht, ist die Käuferin verpflichtet zu den

Bedingungen dieses Vertrages die Hotelsuite der Gesellschaft zur Verfügung zu stellen, wobei die Vermietung durch die Gesellschaft an Hotelgäste ausschließlich in deren Namen und auf deren Rechnung zu erfolgen hat.

Die Gesellschaft verpflichtet sich (Punkt 3.):

- Aufrechterhaltung einer während der Öffnungszeiten der Anlage (01.05. bis 30.09.) anlagenkonformen Betreuungsfunktion mit den notwendigen Serviceeinrichtungen (Rezeption sowohl für Gäste als auch für die Eigentümer und deren Angehörige);
- Meldung sämtlicher Aufenthalte an die Gemeinde;
- Inkasso und Abrechnung der Mieteinnahmen samt Nebenkosten;
- Durchführung der für die Vermietung notwendigen Vermarktungsaktivitäten;
- Zimmerservice;
- Wechsel und Reinigung von Bettwäsche und Handtüchern und Badetüchern;
- Zubereitung eines Frühstücks.

Punkt 4. lautet: Vermietungszeitraum: jener Zeitraum, zu welchem die Anmietung der Hotelsuite durch die Gesellschaft zu Zwecken der gewerblichen Vermietung an Gäste im Rahmen des Hotelbetriebes erfolgt, ist im Einvernehmen zwischen der Käuferin und der Gesellschaft zu bestimmen. Um entsprechende Vermarktungsaktivitäten bezüglich der gegenständlichen Hotelsuite durchführen zu können, gilt als vereinbart, dass die Käuferin jeweils bis zum 31.01. für das erste Halbjahr und bis zum 30.06. für das zweite Halbjahr eines jeden Jahres bekannt geben, zu welchen Zeiten eine Vermietung angestrebt wird. Für den Fall, dass eine Bekanntgabe zu den vorgenannten Zeiten entfällt, ist davon auszugehen, dass in Folge Eigennutzung kein Bedarf an einer gewerblichen Vermietung im Rahmen des Hotelbetriebes besteht, soweit die Vertragsparteien nichts anderes vereinbaren.

Zur Vermietungsentgelt (Punkt 5) hält der Vertrag fest:

... Die Gesellschaft betreibt die gewerbliche Vermietung an Hotelgäste auf eigene Rechnung und auf eigenes wirtschaftliches Risiko, sie garantiert der Käuferin für jene Perioden, zu denen eine Vermietung an Hotelgäste im Sinne dieser Vereinbarung stattfindet, einen Anteil an der Nettomieteinnahme von

75 %. ... Durch den gegenständlichen Vertrag bleibt das Recht der Käuferin auf eigenständige Vermietung unberührt. Für den Fall der Eigenvermietung gilt als vereinbart, dass die Gesellschaft einen Anteil von 5 % der Nettomieteinnahme erhält. Die Käuferin verpflichtet sich die Eigenvermietung der Gesellschaft gegenüber anzuzeigen, sodass die Gesellschaft in der Lage ist, ihren Anteil bis spätestens zum 25. des auf das Ende der Eigenvermietung nachfolgenden Monats zur Fakturierung.

Unter Punkt 6. werden Bestimmungen des Kaufvertrages wiederholt (Pauschalbetrag von EUR 1.600,-); die Käuferin hat die Betriebskosten zu bezahlen; tatsächlich in Anspruch genommene Serviceleistungen werden gemäß Preisliste verrechnet.

Das Inventar ist von der Käuferin auf eigene Kosten zu errichten (Punkt 7).

Der Vertrag wird auf unbestimmte Zeit abgeschlossen und kann von jeden der Vertragsparteien unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von 6 Monaten zu jeden Jahresletzten aufgekündigt werden (Punkt 8, Laufzeit).

Sämtliche Rechte und Pflichten aus dieser Vereinbarung gehen beiderseits auf die jeweiligen Rechtsnachfolger über (Punkt 9).

12. Die wesentlichen Unterschiede der Betriebskonzepte vom 29.08.2013 und dem nunmehr vorgelegten Betriebskonzept vom 09.09.2020 sind:

- Nunmehr sind parifizierte Wohneinheiten vorgesehen;
- im Gebäude selbst sind die ohnehin vorher schon branchenunüblich klein gehaltenen Gemeinschaftsanlagen Rezeption, Bar, Frühstücksraum, Frühstücksterrasse, Frühstücksvorbereitungsraum, Kunden-WC-Anlage, Wirtschafts- und Waschmaschinenraum (sowie zusätzliche Hoteleingänge) nicht mehr vorgesehen;
- es besteht keine bauliche Verbindung zwischen der „Rezeption/Bar“ in der xxx auf der gegenüberliegenden Straßenseite und dem Hotelsuiten-Komplex, der Versorgungsbereich ist disloziert; Wäscheaufbereitung soll nunmehr extern erfolgen;
- Anstatt wie bisher als Alleineigentümerin, hat die Beschwerdeführerin als Betreibergesellschaft kaum mehr Verfügungsmöglichkeiten über die

Hotelsuiten, weil laut GBV keine Vermietungspflicht durch die Wohnungseigentümer besteht, sondern, im Gegenteil, bei einer Nichtmeldung bis zum 30.06. (31.01.) eines jeden Jahres von Eigennutzung ausgegangen wird. Im Gegensatz dazu ist bei Investorenmodellen typischerweise die Eigennutzung in der Hochsaison beschränkt und muss dem Betreiber auf lange Zeit vorab (idealerweise 6 Monate vorher) bekannt gegeben werden (Gutachten xxx S. 27).

- Dadurch sind auch die Leistungen der Betreibergesellschaft fakultativ, weil sie nur im Fall der Bekanntgabe der Vermietung Zimmerservice, Wechsel und Reinigung bzw. Zurverfügungstellung von Bettwäsche und Handtüchern gewährleisten muss, wenn auch eine geringe Pauschale dafür zu bezahlen ist.

13. Das Land Kärnten hat keinen tourismusfachlichen Amtssachverständigen (vgl. Schreiben der xxx – Anlage zu xxx). Somit stand dem Landesverwaltungsgericht Kärnten kein Amtssachverständiger zur Verfügung.

14. Zu den tatsächlichen Verhältnissen, soweit relevant: Eine Homepage „xxx.at“ existiert und sind hier (bereits) neun „Luxusapartements“ im Angebot, auch das gegenständliche TOP 1 „xxx“, die Verfügbarkeit wird „auf Anfrage“ bekannt gegeben. Im Portal „TripAdvisor“ gibt es zum Zeitpunkt der Abfassung dieses Erkenntnisses nach wie vor nur Bewertungen für das „xxx“, nicht aber Gästebewertungen für die xxx, obwohl sie schon seit 4 Jahren betrieben wird. Auf Google Maps erhielt die Anlage von einem User 5 Sterne, ohne Rezension. Die Apartments wurden von den Eigentümern individuell möbliert (dies entspricht auch dem GBV, Punkt 7.), und befinden sich persönliche Gegenstände in den Wohnungen (Ortsaugenschein des Bauamtes xxx im Verwaltungsakt). Für eine effiziente Vermarktung der Wohneinheiten durch eine professionelle Betreiberin ist allerdings eine einheitliche Ausstattung und Einrichtung der Wohneinheiten zweckdienlich und eine persönliche Ausstattung und Einrichtung nicht zulässig (Gutachten xxx S 27).

15. Die Marktgemeinde xxx hat eine sehr kurze Hauptsaison, die sich auf die Monate Juli und August konzentriert (Gutachten xxx Seite 29).

16. Im Gegensatz zur großzügigen Eigenvermietungsmöglichkeit laut GBV ist eine Vermietung an wechselnde Gäste durch den Investor in typischen Betriebsführungsverträgen ausgeschlossen (Gutachten xxx S.28).

17. Das Betriebskonzept zeigt nicht auf (Gutachten xxx S.36),

- ob ein dauerhaft wirtschaftlicher Betrieb für die Betreiberin darstellbar ist,
- wie insbesondere die Nutzungs- und Verfügungsrechte im Kaufvertrag sowie im GBV ausgestaltet sind mit dem Ziel, dass die Hotelsuiten-Anlage als Gast- und Beherbergungsbetrieb bzw. als Gebäude, das dem Fremdenverkehr dient betrieben werden kann,
- welche Maßnahmen für den Fall greifen, dass Eigentümer die Vermietungspflicht verletzen,
- wer die Hotelsuiten vertragskonform betreiben wird, für den Fall, dass einzelne oder alle Eigentümer den Gast- und Beherbergungsbetrieb mit der xxx kündigen und
- wie und wo und von wem die Erbringung der beschriebenen Dienstleistungen (Rezeption und Frühstück sowie Reinigung) erfolgen wird, für den Fall, dass der Mietvertrag für das xxx gekündigt wird.

Das gegenständliche Betriebskonzept ist daher nicht ausreichend geeignet, um eine nichttouristische Nutzung beispielsweise als Zweit- oder Hauptwohnsitz auszuschließen (Gutachten xxx Seite 37, auch das ergänzende Gutachten; Stellungnahme in der fortgesetzten Verhandlung am 17.5.2022, wonach betriebstechnisch die touristische Nutzung erst im Nachhinein festgestellt werden kann).

VIII. Beweiswürdigung:

Dieser Sachverhalt ergibt sich aus den vorliegenden Unterlagen (die Ordnungsnummern der Aktenbestandteile und wenn erforderlich, Aktenseiten, wurden angeführt), insbesondere aus den schlüssigen und nachvollziehbaren Gutachten des nichtamtlichen Sachverständigen xxx. Das von der Beschwerdeführerin vorgelegte Privatgutachten war nicht geeignet, eine andere Beurteilung herbeizuführen. Dessen Schlüsse zum Punkt 5 (S. 24) beschränken sich auf rechtliche Möglichkeiten im Falle vertragsverletzenden Verhaltens der Wohnungseigentümer, also letztlich die Möglichkeit, im Nachhinein den Klagsweg zu beschreiten. Damit wird bestätigt, dass mit dem vorgelegten Betriebskonzept nicht das Auslangen zu finden ist. Darauf, dass Betriebskonzept und GBV, obwohl von der Bauwerberin als Einheit vorgelegt, widersprüchlich sind, wird vom Privatgutachter nicht eingegangen. Die Auseinandersetzung mit Betriebskonzept und Musterverträgen erfolgte hingegen vom nichtamtlichen Sachverständigen in detaillierter und umfassender Weise, vom Privatgutachter lediglich kursorisch, die Auseinandersetzung mit der eingeschränkten Dispositionsmöglichkeit über die Hotelsuiten seitens der Betreibergesellschaft laut GBV fehlt völlig (ergänzendes Gutachten xxx, S.10). Die abweichenden Feststellungen des Privatgutachters in Punkt 5. sind daher nicht ausreichend begründet. Der Verweis darauf, dass der Privatgutachter und die Klassifizierungskommission die Anlage besichtigt haben, der nichtamtliche Sachverständige jedoch nicht, geht fehl, da es im Projektgenehmigungsverfahren auf die tatsächliche Nutzung nicht ankommt.

Auf Seite 22 führt der Privatgutachter aus, dass bei Buy-to-Let-Modellen der Käufer Eigentümer der Wohnung wird und sich das Recht erwirbt, sein Appartement für einen vertraglich definierten Zeitraum selbst zu nutzen. Ein definierter Zeitraum fehlt in den vorliegenden vertraglichen Grundlagen. Die Gutachten sind in diesem wesentlichen Punkt auch nicht widersprüchlich zueinander.

IX. Rechtliche Würdigung:

1. Anzuwendende Rechtslage

Das Kärntner Raumordnungsgesetz (K-ROG, LGBl.Nr. 59/2021), enthält in Artikel V keine Inkrafttretens- und Übergangsbestimmungen für laufende Bauverfahren; nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (zB 18.3.2022, Ra 2022/06/0018) hat das Verwaltungsgericht daher die Rechtslage zum Zeitpunkt seiner Entscheidung anzuwenden.

2. Bewilligungspflichtige Änderung

Voraussetzung einer Baubewilligung ist gemäß § 17 Abs. 1 K-BO ua, dass der Verwendung eines Gebäudes öffentliche Interessen, insbesondere der Sicherheit, der Gesundheit, der Energieersparnis, des Verkehrs, des Fremdenverkehrs, nicht entgegenstehen. In diesem Sinn unterliegt auch eine spätere Änderung der Verwendung eines bestehenden Gebäudes, ausdrücklich auch die Änderung der Verwendung eines Gebäudeteiles, der Bewilligungspflicht, sofern andere öffentliche rechtliche Anforderungen gelten als für die bisherige Verwendung (Steinwender, Kärntner Baurecht Kommentar, Seite 105 ff.). Hauptsächlich ist eine Änderung der Verwendung aus Gründen des Raumordnungsrechts genehmigungspflichtig (VwGH 93/05/0268; 97/05/0330); aber auch zB Gründe des Fremdenverkehrs können andere öffentliche rechtliche Anforderungen stellen als an die bisherige Verwendung (Steinwender aaO.).

Das Bauvorhaben wird gemäß Abs. 3 leg. cit. nach der Verwendung, die sich auch aus den Baubeschreibungen ergeben kann, konkretisiert. Dabei ist das Baubewilligungsverfahren ein Projektgenehmigungsverfahren, das heißt, entscheidend ist der im Antrag zur Erteilung der Baubewilligung zum Ausdruck gebrachte Bauwille (ständige Rechtsprechung des VwGH, vermutete andere, dahinterstehende Motive sind unbeachtlich, VwGH 2009/05/0079). Nur durch die Angabe der Verwendung in der Beschreibung (vgl. § 6 Abs. 4 lit. a der Kärntner

Bauansuchenverordnung) wird eine Prüfung der Übereinstimmung mit dem Flächenwidmungsplan ermöglicht. Ob einem Vorhaben der Flächenwidmungsplan entgegensteht, ergibt sich in erster Linie aus den Bestimmungen des (nunmehr:) Raumordnungsgesetzes zu den einzelnen Widmungskategorien (ständige Rechtsprechung des VwGH).

Mit der Baubeschreibung wurde eine Neufassung des Betriebskonzeptes vorgelegt, die umfassende Änderungen - auch das Gesamtobjekt, nicht nur TOP 1 betreffend – enthielt (siehe die Zusammenfassung oben VII.12.). Schon alleine aus diesem Grund besteht für das gegenständliche Bauansuchen eine Genehmigungspflicht gemäß § 6 lit c K-BO.

Die Änderung des Verwendungszweckes von Bauwerken bzw. Teilen hiervon erfordert immer die Prüfung der Zulässigkeit solcher Vorhaben in Bezug auf die Übereinstimmung mit dem Flächenwidmungsplan. Darauf, dass der geänderte Verwendungszweck nicht zu mehr Immissionen führen wird, kommt es nicht an (VwGH 2004/05/0242).

Nach den Bestimmungen des Teilbebauungsplanes xxx ist bei Beherbergungsbetrieben je 2 Betten ein Stellplatz erforderlich; daher gilt für die Verwendungsänderung des TOP 1 von Frühstücksraum etc. auf Hotelsuite mit 4 Betten eine andere öffentlich-rechtliche Anforderung und besteht auch deswegen Genehmigungspflicht.

3. Begriffsbestimmungen nach dem K-ROG

Mit LGBl. Nr. 59/2021 wurde das Gesetz über die überörtliche und örtliche Raumordnung (Kärntner Raumordnungsgesetz 2021 – K-ROG 2021) erlassen. In § 2 Abs. 1 leg. cit. wurde als Raumordnungsziel festgelegt, die räumlichen Voraussetzungen für einen leistungsfähigen Tourismus unter Bedachtnahme auf die soziale Tragfähigkeit und die ökologische Belastbarkeit des Raumes sowie die Erfordernisse des Landschafts- und Naturschutzes zu erhalten und weiter zu entwickeln. Nach § 1 Abs. 2 K-ROG sind bei der Verfolgung der Raumordnungsziele

die Grundsätze zu beachten, absehbare Konflikte zwischen unterschiedlichen Nutzungen des Raumes nach Möglichkeit zu vermeiden oder zumindest auf ein vertretbares Ausmaß zu verringern (Z 5). Gemäß § 16 Abs. 1 K-ROG ist das Bauland in möglichst geschlossene und abgerundete Baugebiete zu gliedern; unter anderem auch in Kurgebiete.

In Kurgebieten, die als „reine Kurgebiete“ festgelegt werden, dürfen neben Gebäuden für Gast- und Beherbergungsbetriebe samt zugehörigen sonstigen baulichen Anlagen, vor allem keine baulichen Anlagen zur Wohnsitznutzung errichtet werden (§ 19 Abs. 2 K-ROG). Zweitwohnsitze benötigen eine Sonderwidmung (§ 24 K-ROG; sie sind keiner der vorher im Gesetz genannten Widmungskategorien zuzuordnen). In § 30 K-ROG werden nähere Bestimmungen für die Sonderwidmungen „Appartementshäuser, sonstige Freizeitwohnsitze und Hoteldörfer“ getroffen. Ein Appartementshaus ist demnach ein Gebäude mit mehr als drei Wohneinheiten, von dem aufgrund seiner Lage, seiner Ausgestaltung und Einrichtung oder aufgrund der vorgesehenen Eigentums- oder Bestandsverhältnisse anzunehmen ist, dass es nicht der Deckung eines dauernden, mit dem Mittelpunkt der Lebensbeziehungen verbundenen, Wohnbedarfes dient, sondern überwiegend während des Wochenendes, der Ferien oder nur zeitweilig als Zweitwohnung benützt werden soll, sowie nicht Teil eines fremden Beherbergungsbetriebes ist. Eine Benützung als Zweitwohnung ist dann anzunehmen, wenn Wohnungen oder Wohnräume dem Aufenthalt während des Urlaubes oder des Wochenendes oder sonstigen Freizeit Zwecken dienen und diese Nutzung nicht im Rahmen des Tourismus (gewerbliche Beherbergung im Sinne der Gewerbeordnung oder Privatzimmervermietung) erfolgt. Verfügungsrechte über Wohnungen und Wohnräume, die über den typischen Beherbergungsvertrag hinausgehen, schließen demnach die Annahme einer Nutzung im Zusammenhang mit dem Tourismus aus (§ 30 Abs. 2 leg. cit). Sonderwidmungen für Appartementshäuser und sonstige Freizeitwohnsitze dürfen in reinen Kurgebieten nicht festgelegt werden.

Nach § 53 K-ROG ist die Gemeinde berechtigt, privatwirtschaftliche Maßnahmen zur Erreichung der im ÖEK festgelegten Ziele der örtlichen Raumplanung zu setzen. Dabei

sind näher bezeichnete Vereinbarungen mit den Grundeigentümern möglich; die sich allerdings sinngemäß auf unbebaute Grundstücke beziehen.

Nach der zivilrechtlichen Rechtsprechung der Höchstgerichte können Raumordnungsziele nicht grundbücherlich gesichert werden (OGH 17.12.2012, 5 Ob 198/12 x); eine Reallast ist die dinglich wirkende Belastung eines Grundstückes mit der Haftung des jeweiligen Grundeigentümers für positive, in der Regel wiederkehrende Leistungen oder Versorgungsleistungen. Vertraglich begründete Verpflichtungen zur Absicherung von Zielen der örtlichen Raumplanung, wie der Unterlassung der Zweitwohnsitznutzung, können nicht grundbücherlich sichergestellt werden. Ebenso werden Parifizierungsverbote (im Wege einer Vereinbarung nach nunmehr § 53 K-ROG) zumindest von der Literatur skeptisch gesehen (Dvorak, BBI 2017, 43). Aus diesem Grunde sind die Baubehörden aufgefordert, bei der Beurteilung der Einreichunterlagen diese Raumordnungsziele zu beachten und bei un schlüssigen Unterlagen die Bewilligung zu verweigern (bzw. entsprechende Nachbesserungen zu verlangen).

Das Gesetz trat mit 01.01.2022 in Kraft. In den Erläuterungen (Zahl: 01-VD-LG-1865/5-2021) werden die Erläuterungen zum K-GPIG aus dem Jahr 1994 zitiert, wonach damals schon ein wesentlicher Problembereich der örtlichen Raumplanung auf Gemeindeebene die Tendenz zur Errichtung von Freizeitwohnsitzen gewesen sei (Seite 2); diese Problematik würde trotz rund 60-jähriger gesetzlicher Regulierung bis heute bestehen. Der neu gefasste § 19 entspreche der geltenden Fassung des § 3 Abs. 6 erster Satz Kärntner Gemeindeplanungsgesetz 1995 (Seite 22). Auch dessen Abs. 2 wurde nicht verändert. § 30 würde grundsätzlich § 8 Abs. 1 bis 4a K-GplG 1995 entsprechen, nunmehr aber neu gefasst werden (Seite 36 f). Den Erläuterungen ist zu entnehmen, dass man sich dabei am Salzburger Raumordnungsgesetz 2009 orientiert habe; um in der Praxis immer wieder feststellbare Umgehungsversuche der Notwendigkeit des Vorliegens einer Sonderwidmung zu verhindern. Es wird auf die Erläuterungen Nr. 86 der Beilagen zum stenographischen Protokoll des Salzburger Landtages (6. Session der 13. Gesetzgebungsperiode), 104, verwiesen: *„Die Definition der Zweitwohnnutzung wird in zwei Punkten verändert: In der Praxis wird eine solche Nutzung dadurch bestritten, dass die Wohnung, wenn auch nur geringfügig, auch*

touristisch oder für Aufenthalte zur Verwaltung der Wohnung genutzt wird. Die Ausschließlichkeit einer Nutzung für Urlaubs-, Wochenend- oder sonstige Freizeitaufenthalte wird daher als Begriffselement der Zweitwohnnutzung fallen gelassen.“.

Aufgrund dieser Rechtslage entspricht ein Bauvorhaben dann nicht der Widmungskategorie „reines Kurgebiet“, wenn es kein Gast- oder Beherbergungsbetrieb ist; umgekehrt gilt ein Gebäude mit mehr als drei Wohneinheiten als Appartementhaus, wenn es überwiegend während des Wochenendes, der Ferien oder nur zeitweilig als Zweitwohnung benützt werden soll und nicht Teil eines Fremdenbeherbergungsbetriebes ist, wenn auch eine geringfügige Vermietung tageweise nunmehr nicht mehr schadet.

In Zusammenschau mit den bereits in den Zielbestimmungen des Raumordnungsgesetzes angesprochenen Nutzungskonflikten ist – gemäß der Rechtsprechung zum Salzburger Raumordnungsgesetz, das Vorbild für die Kärntner Regelung diesbezüglich war – auch judiziert, dass Bauwerke grundsätzlich gesamtheitlich zu betrachten sind, weil verschiedene Nutzungen innerhalb eines Gebäudes grundsätzlich zu vermeiden sind (Erkenntnis vom 04.07.2019, Zahl: Ro 2017/06/0009 bis 0019).

4. Betriebskonzept

(Nicht nur) im Zusammenhang mit Bauten im Grünland ist ständige Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. Erkenntnis vom 24.02.2016, Zahl: Ro 2015/05/0012), dass die im Betriebskonzept dargestellte Führung eines Betriebes - als Bestandteil des der Baubewilligung zu Grunde liegenden Einreichprojektes - Teil der Baubewilligung ist und daher in einem untrennbaren rechtlichen Zusammenhang mit der Errichtung oder Abänderung der bewilligungsgegenständlichen Bauwerke steht. Wird der im Betriebskonzept dargestellte Betrieb nicht in der Form realisiert, ist ein rechtliches „Aliud“ verwirklicht worden, mit der Konsequenz, dass das Recht aus der Baubewilligung erloschen ist.

Ob ein Bauvorhaben für die widmungskonforme Nutzung spezifisch und erforderlich ist, ist anhand eines schlüssigen Betriebskonzeptes nachzuweisen.

Zur Beurteilung der Widmungskonformität hat ein solches Betriebskonzept – entgegen der Rechtsansicht der Beschwerdeführerin – den wirtschaftlichen Ertrag des Projektes nachvollziehbar auszuweisen (VwGH 5.11.2015, 2013/06/0119) und darzulegen, dass aus diesem Betrieb zumindest mittelfristig ein Gewinn erzielbar ist (VwGH 24.4.2014, 2012/06/0220).

Diese Grundsätze gelten selbstverständlich auch für andere Widmungskategorien, wird doch auch im reinen Kurgebiet eine Betriebsführung verlangt (vgl. VwGH 4.9.2001, 2000/05/0074, vgl. auch hinsichtlich der Erforderlichkeit zur Zweitwohnsitznutzung VwGH 7.8.2013).

Alle befassten Gutachter, sogar der Privatgutachter, kommen direkt oder indirekt zum Schluss, dass das Betriebskonzept eine Überprüfung der widmungskonformen Nutzung erst im Nachhinein erlaubt.

Das zur Beurteilung vorliegende Projekt ist als Investorenmodell konzipiert. Damit im Rahmen von Investorenmodellen die touristische Nutzung der Wohneinheit gewährleistet werden kann, kommt der Ausgestaltung der Vermietungspflicht des Investors und der Möglichkeit des Investors, seine Wohneinheit selbst zu nützen, eine besondere Bedeutung zu (Gutachten xxx, Seite 26). Tourismusdestinationen unterliegen saisonalen Nachfrageschwankungen. Typischerweise ist die unentgeltliche Nutzung der Wohneinheit durch den Investor während der Hauptsaison auf wenige Wochen, maximal drei Wochen, beschränkt; weil während der Hauptsaison, jener Saison mit hoher Gästenachfrage die Wohneinheit der professionellen Betreiberin möglichst viele Wochen zur entgeltlichen Vermietung an wechselnde Gäste zur Verfügung stehen soll. Dazu ist es erforderlich, zur Koordination der Leistungen der Betreibergesellschaft (vom erforderlichen Personal angefangen bis

zu allen möglichen Infrastrukturleistungen) möglichst langfristig, laut Gutachten typischerweise ein halbes Jahr, im Voraus zu planen.

Wenn also der Wohnungseigentümer („Investor“) für das erste Halbjahr bis zum 31.01. und für das zweite Halbjahr erst bis zum 30.06. eines jeden Jahres der Betreiberin bekannt geben muss, zu welchen Zeiten eine Vermietung angestrebt wird – und darüber hinaus bei Entfallen der Bekanntgabe zu diesen Zeitpunkten von Eigennutzung auszugehen ist -, ist eine sinnvolle Bewirtschaftung während der Hauptsaison durch die Betreibergesellschaft nahezu unmöglich.

Im ursprünglichen, wie auch im neuen Betriebskonzept ist die wirtschaftliche Machbarkeit bzw. die Finanzierung nicht dargelegt.

Dem Erwerber werden vertraglich Verfügungsrechte eingeräumt, welche über den üblichen gastgewerblichen Beherbergungsvertrag hinausgehen (Gutachten xxx Seite 31). Einem Beherbergungsbetrieb, einem Gebäude, das dem Fremdenverkehr dient, würde dieses Projekt nur dann entsprechen, wenn die Eigentümer der Hotelsuiten der Betreiberin insbesondere während der Hauptsaison ausreichend und frühzeitig Vermietungszeitraum verfügbar machen würden.

Der GBV kennt keine Beschränkung oder terminliche Fixierung der Eigennutzung, nicht einmal in der Hochsaison (wie es übrigens auch vom Privatgutachter als Wesensmerkmal eines Buy-to-use-and-let-Modelles für erforderlich erachtet wird).

Das vorliegende Modell ist also aus kaufmännischer Sicht nicht nachvollziehbar. Überdies lukriert die Betreibergesellschaft im Fall der (unbeschränkten) Eigennutzung durch die Wohnungseigentümer und ihre Angehörigen überhaupt keine Einkünfte und im Fall der (ebenfalls nicht beschränkten, untypischen) Selbstvermietung durch den Eigentümer lediglich einen geringen Prozentsatz der Mieteinkünfte.

Damit enthält das Betriebskonzept keine nachvollziehbaren Inhalte zur Möglichkeit für die Antragstellerin, zumindest mittelfristig aus dieser Konstellation einen Gewinn zu erwirtschaften. Bei einer Abfuhr von 5 % des ortsüblichen Mietertrages bei Eigenvermietung durch den Eigentümer und beim völligen Entfall jeglicher Mieteinnahmen bei – an sich unbeschränkt möglicher – Eigennutzung ist die Erzielung eines Gewinns durch die Betriebsführung nicht nachvollziehbar; der

Veräußerungserlös durch den Verkauf der Hotelsuiten hat hier außer Betracht zu bleiben.

Hinsichtlich der Frage, ob ein Restaurantangebot in einen Beherbergungsbetrieb räumlich integriert sein muss, wird vom nichtamtlichen Sachverständigen (Seite 23) auf den – auch von der Beschwerdeführerin ins Treffen geführten - Kriterienkatalog der Wirtschaftskammer zur Hotelklassifizierung verwiesen, wonach sich das Restaurant innerhalb des Gebäudes oder im Nachbargebäude befinden sollte, jedoch vorzugsweise über einen geschlossenen Verbindungsgang erreichbar sein sollte. Ein solcher existiert nicht.

Nach dem Sachverhalt steht weiters fest, dass das vorgelegte Betriebskonzept – in Zusammenschau mit den Musterverträgen, die die Eigennutzung nicht beschränken – die Nutzung der Anlage als Zweitwohnsitz nicht ausschließt. Somit handelt es sich um keinen Beherbergungsbetrieb in raumordnungsrechtlicher Hinsicht.

Hingewiesen wird noch darauf, dass die Beschwerdeführerin ihr Projekt mit dieser Änderung letztendlich wieder dem ursprünglichen (von der Erinstanz abgelehnten) Betriebskonzept angeglichen hat. Bereits mit der baulichen Änderung im Jahr 2018 wurde der Betrieb des Frühstücksraumes für 26 Personen faktisch unmöglich gemacht.

5. Projektänderung im Beschwerdeverfahren; Auflage

Grundsätzlich wäre einem Bauwerber bei Mängeln des Projekts die Gelegenheit einzuräumen , – auch noch im Beschwerdeverfahren – entsprechende Projektänderungen nachzureichen, um die Angelegenheit bewilligungsfähig zu machen. Nachdem aber Verträge mit den Wohnungseigentümern Bestandteil des vorgelegten Projektes sind, kann er diese Projektänderung aus eigener Kraft nicht bewerkstelligen, weil dafür das Einverständnis der Wohnungseigentümer erforderlich wäre. Dies ist allerdings eine Angelegenheit jenseits des Einflussbereiches des Projektwerbers. Ist ein Projekt von vorneherein mangelhaft oder eine Projektänderung

nicht durchführbar, muss auch die Möglichkeit der Änderung nicht eingeräumt werden (VwGH 27.4.2016, 2013/05/0224).

Aus demselben Grund wäre auch die Beifügung einer entsprechenden Auflage (Verbot der nicht-touristischen Nutzung gem. § 18 Abs. 11 K-BO) nicht möglich. Unerfüllbare Auflagen, die für den Bauwerber unmöglich oder unerschwinglich sind – hier: Eingriff in bestehende Verträge – führen daher richtigerweise zur Abweisung des Antrages auf Erteilung einer Baubewilligung (VwGH 2.11.2016, 2013/06/0174).

6. Abgrenzung touristische Nutzung (Beherbergungsbetrieb) – Zweitwohnsitznutzung nach der Rechtsprechung des VwGH

Obwohl aufgrund der Unschlüssigkeit des Betriebskonzeptes entbehrlich, wird die maßgebliche Judikatur kurz dargestellt:

Der Beschwerdeführerin ist darin Recht zu geben, dass die Rechtslage in den Bundesländern Vorarlberg, Tirol und Salzburg Unterschiede zur Rechtslage in Kärnten aufweist. Nach den Erläuterungen zum K-ROG wollte sich der Kärntner Landesgesetzgeber aber zumindest im Problembereich Zweitwohnsitz/Appartement begrifflich und inhaltlich an Salzburg orientieren.

Nach dem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 12.12.2013, 2013/06/0078 in einem Strafverfahren zum Salzburger Raumordnungsgesetz ist zur Auslegung des Begriffes der „touristischen Nutzung“ in § 31 Abs. 5 Salzburger ROG 2009 Abs. 1 dieser Bestimmung und die Formulierung „im Rahmen des Tourismus“ heranzuziehen. Dort werden beispielsweise 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.

In einer abgaberechtlichen Angelegenheit (VwGH 18.05.2016, 2013/17/0609) hat der Gerichtshof ausgesprochen, dass unter einem Beherbergungsbetrieb die entgeltliche

Zurverfügungstellung von Wohnraum zum Zwecke des vorübergehenden Aufenthaltes verbunden mit den einem Betrieb der Fremdenbeherbergung üblichen Dienstleistungen zu verstehen ist. Für gewerbsmäßige Fremdenbeherbergung ist erforderlich, dass sich aus dem Zusammenwirken aller Umstände nach dem Erscheinungsbild ein Verhalten des Vermieters der Räume erkennen lässt, dass wenn auch in beschränkter Form eine laufende Obsorge hinsichtlich der vermieteten Räume im Sinne einer daraus resultierenden Betreuung des Gastes verrät. Die bloße Bereitstellung gereinigter Wäsche ist noch keine Gästebeherbergung, sondern eine Sachmiete. Die entgeltliche Endreinigung ist keine Dienstleistung, die dem Mieter des Appartements zu Gute kommt, sie stellt auch keine Betreuung eines Gastes dar und ist vielmehr im Interesse des Vermieters vorzunehmen, um das Appartement neuerlich vermieten zu können. Im Übrigen ist zwischen einem Beherbergungsbetrieb und gewerblicher Vermietung sehr wohl zu unterscheiden (VwGH ebenda).

Der Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes vom 01.09.1998, 97/05/0161, lag ein mit dem vorliegenden Fall vergleichbarer Sachverhalt zu Grunde. Die Formel der ständigen einschlägigen Rechtsprechung lautet, dass eine dem Begriff „Fremdenbeherbergung“ zuzuordnende gewerbliche Tätigkeit auch dann vorliegt, wenn gleichzeitig mit der Zurverfügungstellung von Wohnraum damit üblicherweise im Zusammenhang stehende Dienstleistungen erbracht werden; hiezu reicht es unter anderem aus, dass, wenn auch in beschränkter Form, eine laufende Obsorge hinsichtlich der vermieteten Räume im Sinne einer daraus resultierenden Betreuung des Gastes nach dem Verhalten des die Räume zur Verfügung Stellenden sichtbar wird (Verweis auf Erkenntnis vom 20.10.1992, Zahl: 91/04/0216), sodass für die Ausübung einer gewerblichen Tätigkeit im Rahmen der Fremdenbeherbergung neben den Appartements nicht unbedingt auch Gemeinschaftsräumlichkeiten erforderlich sind.

Im von der Beschwerdeführerin mehrfach zitierten Erkenntnis vom 28.04.2006, Zahl: 2005/05/0296, verwies der Verwaltungsgerichtshof darüber hinaus darauf, dass das Baubewilligungsverfahren ein Projektgenehmigungsverfahren ist, wonach der in den Einreichplänen und in der Baubeschreibung zum Ausdruck gebrachte Bauwille des Bauwerbers entscheidend sei. Für die Beurteilung des eingereichten Projektes komme

es daher nicht darauf an, in wessen Eigentum die Apartments in Zukunft stehen; entscheidend sei allein das vom Bauwerber eingereichte Projekt.

In anderen Bundesländern – nicht in Kärnten – ist die Übertretung des Raumordnungsgesetzes strafsanktioniert und werden zum Teil hohe Strafen verhängt (vgl. Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes vom 23.11.2010, Zahl: 2009/06/0013). In diesem Erkenntnis verweist der VwGH darauf, dass wohl für die Erfüllung des Begriffes der gewerblichen Beherbergung von Gästen bereits ein geringes Ausmaß an beherbergungstypischen Dienstleistungen ausreichend sei. Die Möglichkeit, darüber zu disponieren, wer die Wohnung tatsächlich nutze, sowie der Umstand, dass persönliche Sachen in einer Wohnung verbleiben dürften, sprechen aber dafür, dass hier ein Verfügungsrecht über die Wohnung eingeräumt worden ist, das über einen üblichen gastgewerblichen Beherbergungsvertrag weit hinausgehe. Nach der Rechtsprechung zur Vorarlberger Rechtslage ist das Vorliegen von gastgewerblicher Beherbergung schon dann ausgeschlossen, wenn unübliche Nutzungsrechte auch nur für einen Teil des Jahres eingeräumt werden und im Rest des Jahres die Vermietung im Rahmen der gastgewerblichen Beherbergung erfolgt.

Gemäß den vorgelegten vertraglichen Unterlagen sind die wenigen Dienstleistungen, die im Sinne der zitierten Rechtsprechung tatsächlich Gästebetreuung darstellen, fakultativ, nämlich nur dann, wenn der Wohnungseigentümer einen Bedarf anmeldet. Die vertraglichen Grundlagen gehen daher als Regelfall davon aus, dass der Wohnungseigentümer seine Wohnung selbst nutzt. Anders ist die Bestimmung, dass bei Nichtmeldung Eigennutzung (und nicht etwa umgekehrt ein freies Verfügungsrecht seitens der Betreiberin) angenommen wird, nicht erklärbar.

Diese im GBV dargestellten Betriebsabläufe lassen Zweifel daran offen, dass das bewilligte Bauvorhaben als Beherbergungsbetrieb zu qualifizieren ist. Nach den Feststellungen lässt die Vertragsgestaltung dem Wohnungseigentümer branchenunüblich große Freiräume zur Eigennutzung der Wohnung. Bei einer Meldung erst am 30.06. eines Jahres können keine personelle, keine infrastrukturelle Vorsorge und damit kein sinnvoller Hotelbetrieb in der Hochsaison gewährleistet werden könnte. Es ist nach der allgemeinen Lebenserfahrung (gerade im Jahr 2022) nicht möglich, derart kurzfristig Personal zu finden bzw. die Waren und

Dienstleistungen „auf Vorrat“ bereitzuhalten; daher sind diese Dienstleistungen einerseits fakultativ und andererseits faktisch nicht realisierbar. Der Großteil der Leistungen, wie entgeltliche Wäschebereitstellung, Endreinigung, Hausbetreuung etc. dient nach der Judikatur überdies hauptsächlich dem Vermieter und nicht dem Gast.

7. Sonstiges

Die von der Beschwerdeführerin erwähnte Vergleichbarkeit mit der Privatzimmervermietung scheidet schon deshalb aus, weil diese nach der Definition die durch gewöhnliche Mitglieder des eigenen Haushaltes als häusliche Nebenbeschäftigung ausgeübte Vermietung von nicht mehr als zehn Fremdenbetten ist (§ 2 Abs. 1 Z 9 GewO; BGBl 444/1974). Voraussetzung für die Privatzimmervermietung ist somit, dass der Privatzimmervermieter am Standort der Privatzimmervermietung seinen Wohnsitz (Haushalt) hat und die Privatzimmer in räumlicher Verbundenheit mit der Wohnung bzw. dem Haus stehen. Das ist wiederum dem vorgelegten Betriebskonzept nicht zu entnehmen.

Schließlich ist das Vorbringen, die Behörde hätte nicht über den Antrag entscheiden dürfen, sondern allenfalls gemäß § 36 K-BO vorzugehen gehabt, nicht nachvollziehbar.

X. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz – B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen.

Die hier maßgeblichen Rechtsfragen wurden in der Begründung einzeln dargestellt und unter Verwendung der jeweils zitierten Judikatur gelöst.