

Geschäftszeichen:

**LVwG-2016/31/2164-1**

Ort, Datum:

Innsbruck, 16.11.2016

**A A, Ort V;**

**Abweisung eines Bauansuchens auf Gst \*\*\* KG \*\*\* - Beschwerde**

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Tirol hat durch seinen Richter Mag. Christian Hengl über die Beschwerde des A A, Adresse, vertreten durch Rechtsanwalt, Adresse, gegen den Bescheid des Bürgermeisters der Gemeinde W vom 30.9.2016, \*\*\*\*,

### zu Recht erkannt:

1. Gemäß § 28 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG) wird die Beschwerde als **unbegründet abgewiesen**.
2. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a Verwaltungsgerichtshofgesetz (VwGG) eine **ordentliche Revision** an den Verwaltungsgerichtshof nach Art 133 Abs 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) **unzulässig**.

### Rechtsmittelbelehrung

Gegen diese Entscheidung kann binnen sechs Wochen ab der Zustellung Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof, Freyung 8, 1010 Wien, oder außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof erhoben werden. Die Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist direkt bei diesem, die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist beim Landesverwaltungsgericht Tirol einzubringen.

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

### **Entscheidungsgründe**

#### I. Verfahrensgang:

Mit Bauansuchen vom 22.2.2016, eingelangt bei der Gemeinde W am 24.2.2016, beehrte A A die baubehördliche Bewilligung für den Neubau des Apartmenthauses A auf Gst Nr \*\*\* KG \*\*\*.

Nach Vorliegen des brandschutztechnischen Gutachtens vom 2.3.2016 und Durchführung einer mündlichen Bauverhandlung am 9.3.2016, erging am 4.4.2016 ein Schreiben der Baubehörde an den Beschwerdeführer, in dem diesem gemäß § 13 Abs 3 AVG ua die Verbesserung des Bauansuchens dergestalt aufgetragen wurde, dass er gemäß § 22 Abs 4 TBO 2011 durch nähere Angaben über die vorgesehene Nutzung bis längstens 22.4.2016 glaubhaft macht, dass eine Verwendung als Freizeitwohnsitz nicht beabsichtigt sei.

Dieser Verbesserungsauftrag enthielt den Hinweis, dass für den Fall, dass dem Verbesserungsauftrag nicht entsprochen werde, das Bauansuchen gemäß § 27 Abs 2 TBO 2011 zurückgewiesen werde.

Daraufhin wurden vom nunmehr rechtsanwaltlich vertretenen Beschwerdeführer diverse Unterlagen hinsichtlich der Finanzierung vorgelegt und festgehalten, dass eine Verwendung als Freizeitwohnsitz nicht beabsichtigt sei „*sondern eine touristische Nutzung in Form der Vermietung.*“

Am 26.4.2016 erfolgte ein weiterer Verbesserungsauftrag seitens der belangten Behörde, in dem dem Rechtsvertreter des Bauwerbers ergänzende Angaben zur Anzahl der vermieteten Betten, den geplanten Vollbelegungstagen, dem Personalaufwand und eine schriftliche Finanzierungszusage bis 13.5.2016 aufgetragen wurden.

Mit Mail vom 20.5.2016 teilte die Rechtsvertretung mit, dass die Vermietung von 40 Betten geplant sei, ein Zweisaisonenbetrieb mit ca 125 Vollbelegungstagen und drei ganzjährigen Mitarbeitern geplant und die Finanzierung gesichert und auch abhängig von der Erteilung des Baubescheides sei.

Schließlich erging mit Schreiben der belangten Behörde vom 4.7.2016 ein dritter Verbesserungsauftrag, in dem um eine Begründung für das Fehlen von Gemeinschaftsräumen und Dienstleistungsräumen (allg. Aufenthaltsraum, Speisesaal, Wäscheraam,...) bis längstens 19.7.2016 ersucht wurde, sowie um Ergänzung dahingehend, welche gewerbetypischen Dienstleistungen angeboten werden sollen (mit näheren Angaben, wie und wo diese ausgeführt werden).

Mit Mail vom 13.7.2016 teilte der Rechtsvertreter des Bauwerbers zusammengefasst mit, dass keine Freizeitwohnsitze begründet werden und die Mandantschaft Apartments errichten möchte, die wöchentlich an Gäste vermietet werden sollen. Jede einzelne Wohnung ist mit einer Küche sowie Esszimmer ausgestattet, sodass kein Speisesaal benötigt werde. Zudem ist auch nicht vorgesehen, ein Restaurant zu betreiben. Die Reinigung der Apartments erfolgt – wie üblich – einmal wöchentlich und ist geplant, diese Dienstleistung mit einer externen Firma durchzuführen bzw. mit stundenweise gemeldetem Personal. Daher ist die Errichtung von Dienstleistungsräumen/Personalzimmer nicht vorgesehen. Eine Waschküche ist in den Plänen nicht vorgesehen, die Unterbringung einer solchen ist bei Bedarf jedoch in den Lagerräumen im 1. OG möglich.

Mit Bescheid vom 3.8.2016, \*\*\*\*, wurde das Bauansuchen vom Bürgermeister der Gemeinde W gemäß § 27 Abs 2 TBO 2011 zurückgewiesen, da der Bauwerber den Mängelbehebungsaufträgen nach § 13 Abs 3 AVG vom 4.4.2016, 26.4.2016 und vom 4.7.2016 nicht entsprochen hat.

Gegen diesen Bescheid brachte der Beschwerdeführer fristgerecht eine Beschwerde an das Landesverwaltungsgericht ein.

Das Landesverwaltungsgericht Tirol gab der Beschwerde mit Erkenntnis vom 20.9.2016, LVwG-2016/38/1814-2, statt und behob den Bescheid des Bürgermeisters der Gemeinde W vom 3.8.2016, \*\*\*\*, gemäß § 28 VwGVG ersatzlos.

Begründet wurde die Aufhebung damit, dass die Zurückweisung des Bauansuchens des Bürgermeisters der Gemeinde W gemäß § 27 Abs 2 TBO 2011 iVm § 13 Abs 3 AVG unzulässig war. Der Bürgermeister der Gemeinde W hätte das Bauansuchen nach § 27 Abs 4 TBO 2011 abweisen müssen.

In weiterer Folge hat der Bürgermeister der Gemeinde W das Bauansuchen mit dem nunmehr bekämpften Bescheid vom 30.9.2016, \*\*\*\*, gemäß § 27 Abs 4 TBO 2011 abgewiesen.

Begründet wurde die Abweisung im Wesentlichen damit, dass in den Einreichplänen keine Gemeinschaftsräume vorhanden sind und es sich auch nicht erkennen lässt, ob, wie und wo gewerbetypische Dienstleistungen erbracht werden.

Auf den Verbesserungsauftrag vom 4.4.2016 hin tätigte der rechtsfreundliche Vertreter keine näheren Angaben über die vorgesehene Nutzung. Er beschränkte sich im E-Mail vom 19.4.2016 auf die Angaben, dass keine Verwendung als Freizeitwohnsitz beabsichtigt ist, dass das Eigenkapital das Grundstück sei und nach Vorliegen eines rechtskräftigen Baubescheides eine schriftliche Finanzierungszusage eingeholt werden könne. Diese Angaben seien seitens der belangten Behörde nicht ausreichend iSd § 22 Abs 4 TBO 2011, um glaubhaft zu machen, dass die Nutzung als Freizeitwohnsitz nicht beabsichtigt ist.

Auf den zweiten Verbesserungsauftrag vom 26.4.2016 teilte der rechtsfreundliche Vertreter mit E-Mail vom 20.5.2016 mit, dass die Vermietung von 40 Betten in einem 2 Saisonen-

Betrieb mit ca. 125 Vollbelegungstagen geplant sei. Weiters wurde angeführt, dass drei Mitarbeiter ganzjährig beschäftigt sein sollten, die Finanzierung gesichert und abhängig vom Baubescheid sei. Auch damit habe der Bauwerber nicht glaubhaft machen können, dass keine Freizeitwohnsitznutzung beabsichtigt ist.

Auf den dritten Verbesserungsauftrag vom 4.7.2016 teilte der rechtsfreundliche Vertreter mit E-Mail vom 13.7.2016 mit, dass keine Freizeitwohnsitze errichtet werden sollen und dies aufgrund der Widmung auch nicht möglich sei, dass Apartements errichtet werden, welche wöchentlich an Gäste vermietet werden und jede einzelne Wohnung mit einer Küche und einem Esszimmer ausgestattet und daher kein Speisesaal notwendig sei. Es werde kein Restaurant betrieben. Die Reinigung der Apartements erfolge einmal wöchentlich. Diese Dienstleistung werde von externen Firmen durchgeführt. Die Errichtung von Dienstleistungsräumen/Personalzimmern sei nicht vorgesehen. Auch damit habe der Bauwerber nicht glaubhaft machen können, dass keine Freizeitwohnsitznutzung beabsichtigt ist. Er gab keine Begründung für das Fehlen von Gemeinschaftsräumen an. Es sei offensichtlich, dass die Nutzung der Apartements als Freizeitwohnsitz beabsichtigt ist.

In der fristgerecht dagegen erhobenen Beschwerde brachte der Beschwerdeführer durch seinen ausgewiesenen Rechtsvertreter Folgendes vor:

*„Der Bescheid des Bürgermeisters der Gemeinde W vom 30.9.2016, ZI \*\*\*\* wird vollumfänglich angefochten und dessen Aufhebung unter gleichzeitiger Stattgebung des Bauansuchens vom 24.2.2016 beantragt.*

*1. Der Beschwerdeführer soll erneut nach Ansicht der belangten Behörde trotz entsprechender Aufforderung vom 4.4.2016 mit E-Mail seines Vertreters vom 19.4.2016 keine näheren Angaben über die vorgesehene Nutzung gemacht haben. Auch in den jeweiligen Stellungnahmen zu den weiteren Aufforderungen der belangten Behörde vom 26.4.2016 und 4.7.2016, also den Mietteilungen des Antragstellers vom 20.5.2016 sowie 13.7.2016, seien nach Ansicht der belangten Behörde die geforderten näheren Angaben nicht gemacht oder entsprechende Unterlagen vorgelegt worden.*

*Die belangte Behörde hat dabei jedoch die Verpflichtung des Bauwerbers zur Mitarbeit und zur Glaubhaftmachung, keine Freizeitwohnsitze zu schaffen, bei weitem überstrapaziert. Die Baubehörde darf keinesfalls die Aufgabe der Grundverkehrsbehörde vorwegnehmen, nur diese ist vom Gesetz her dazu berufen, im Zweifelsfalls – und zwar bei konkretem Verdacht – die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen betreffend Freizeitwohnsitze zu prüfen und gegebenenfalls deren Nichteinhaltung zu sanktionieren. Im gegenständlichen Fall hat die Baubehörde ihr Nachforschungsrecht im Rahmen des Bauverfahrens bei weitem überspannt. Obwohl alle nachträglichen Fragen der Baubehörde vom Vertreter des Bauwerbers beantwortet wurden, und zwar nachvollziehbar und auch für einen Laien verständlich, wurden immer neue Beweise dafür verlangt, dass keine Freizeitwohnsitze geschaffen werden. Und mit keiner Antwort sollte sich die Baubehörde zufrieden zeigen.*

*Tatsächlich ist der Beschwerdeführer dieser Verpflichtung aber mehr als ausreichend nachgekommen, und zwar mit seinen anwaltlichen Stellungnahmen vom 19.4.2016, 20.5.2016 und 13.7.2016.*

*Wenn der Beschwerdeführer von Wohnungen spricht, handelt es sich dabei lediglich um die Übersetzung des englischen Begriffes Appartements, was auch für den Erlasser des angefochtenen Bescheids in jedem Wörterbuch problemlos nachgelesen werden kann. So bezeichnet man ja auch Ferienappartements hierzulande gerne als Ferienwohnungen, gemeint ist jedoch definitiv dasselbe.*

*Das Fehlen vom Gemeinschaftsräumen ist keinesfalls ein Indiz für eine beabsichtigte Freizeitwohnsitznutzung sondern vielmehr der Beweis dafür, dass sparsam und wirtschaftlich geplant wurde, werden aufgrund Größe und Einrichtung der Appartements derartige Räumlichkeiten schlichtweg nicht benötigt und stellen daher lediglich Platzverschwendung dar.*

*In diesem Zusammenhang muss darauf hingewiesen werden, dass zahlreiche Apart-Hotels der neuesten Generation auch über keine oder nur untergeordnete gemeinschaftlich nutzbare Flächen verfügen, dies ebenfalls aus Platzspargründen und daraus resultierend aus der Möglichkeit, den Gästen günstigere Preise anbieten zu können.*

*Der Bauwerber hat in diesem Zusammenhang bereits mehrfach bestätigt, keinerlei Freizeitwohnsitze zu errichten. Offensichtlich vermeint die Baubehörde, dass dies die Unwahrheit wäre. Für eine derartige Unterstellung braucht es aber Beweise und nicht nur „aus der Luft gegriffenen Vermutungen“.*

2. *Ähnliches gilt auch für die geforderte Finanzierungszusage. Eine Finanzierung des Projektes ist sowohl bei widmungsgerechter wie auch widmungsfremder Nutzung (als Freizeitwohnsitz) notwendig, zumal amtsbekannt sein müsste, dass ansonsten das gesamte Projekt vorher verkauft sein müsste, was wiederum bestehende Kaufverträge vorausgesetzt, denen die grundverkehrsbehördliche Genehmigung erteilt worden ist. Davor ist an eine Verwendung dieser hypothetischen Kaufpreise für die Gestehungskosten nicht einmal ansatzweise zu denken. Eine Finanzierung ist daher in jedem Fall notwendig und deren derzeitiges Fehlen daher keinesfalls ein geeignetes Indiz für die Planung von Freizeitwohnsitzen. In diesem Zusammenhang sei auch darauf verwiesen, dass zufolge des Eigenkapitals (das Grundstück!) die Ausfinanzierung regelmäßig erst nach Vorliegen einer Baugenehmigung erfolgt, alles andere ist völlig lebensfremd.*

*Informationen zu geplanten Einnahmen bzw Ausgaben sind dazu regelmäßig rein hypothetischer Natur und meistens nicht einmal das Papier wert, auf dem sie gedruckt werden. Aus solchen „Papieren“ das Bestehen oder Nichtbestehen einer Freizeitwohnsitznutzung ableiten zu wollen, ist schlichtweg irrelevant und unnützlich.*

3. *Angesichts der im Gesetz vorgesehenen Möglichkeiten bei einem späteren Verstoß gegen das Grundverkehrsgesetz, insbesondere die doch drastischen Strafen ist es daher jedenfalls untunlich, diesbezüglich dem Bauwerber nicht zu glauben (anders können die diesbezüglichen Ausführungen der belangten Behörde im angefochtenen Bescheid gar nicht verstanden werden), und ständig weitere beweise einzufordern. Ob es ein Bauwerber mit seinen Erklärungen ehrlich gemeint hat oder nicht, ergibt sich nunmehr erst im Nachhinein bei tatsächlicher Nutzung des Bauprojektes, vorher ist ein hieb- und stichfester Beweis schlichtweg nicht möglich.*

4. *Es ist daher so, dass die belangte Behörde im gegenständlichen Fall den Bogen bei der Plausibilitätsprüfung definitiv überspannt hat. Setzt man die Maßstäbe der Baubehörde erster Instanz an, wäre fast kein touristisches Projekt mehr genehmigungsfähig. Dem Bauwerber ist es hingegen gelungen, glaubhaft zu machen, dass er keine Freizeitwohnsitze plant. Daher wäre dem Bauansuchen entgegen der Ansicht der belangten Behörde sehr wohl stattzugeben gewesen."*

Beweis wurde aufgenommen durch Einsichtnahme in den Bauakt der Gemeinde W.

In Ansehung der Vorgaben des § 24 Abs 4 VwGVG konnte von der Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung, die im Übrigen gar nicht beantragt wurde, abgesehen werden:

Der maßgebliche Sachverhalt steht unbestritten fest. Es waren keinerlei Fragen der Beweiswürdigung sondern ausschließlich Rechtsfragen zu klären. Die Akten lassen nicht erkennen, dass die mündliche Erörterung eine weitere Klärung der Rechtsache erwarten ließe. Dem Entfall der Verhandlung stand weder Art 6 Abs 1 EMRK noch Art 47 GRC entgegen.

## II. Rechtsgrundlagen:

Im gegenständlichen Fall sind folgende Bestimmungen der Tiroler Bauordnung 2011, LGBl Nr 57/2011 idF LGBl Nr 94/2016 (TBO 2011), von Relevanz:

### *„Bauansuchen*

*§ 22. (1) Um die Erteilung der Baubewilligung ist bei der Behörde schriftlich anzusuchen. Beim Neu-, Zu- oder Umbau von Gebäuden ist im Bauansuchen der vorgesehene Verwendungszweck anzugeben.*

...

*(4) Ist aufgrund der Lage, der Ausgestaltung oder der Einrichtung des Gebäudes, einer Wohnung oder eines sonstigen Gebäudeteiles die Verwendung als Freizeitwohnsitz entgegen dem § 13 Abs. 2 oder 5 des Tiroler Raumordnungsgesetzes 2011 nicht auszuschließen, so hat der Bauwerber insbesondere durch nähere Angaben über die vorgesehene Nutzung oder über die Art der Finanzierung nachzuweisen oder, soweit dies nicht möglich ist, anderweitig glaubhaft zu machen, dass eine Verwendung als Freizeitwohnsitz nicht beabsichtigt ist.*

...

### *Baubewilligung*

*§ 27. (1) Die Behörde hat über ein Bauansuchen mit schriftlichem Bescheid zu entscheiden. Wird keine Bauverhandlung durchgeführt, so hat die Entscheidung spätestens innerhalb von drei Monaten nach dem Einlangen des Bauansuchens zu erfolgen.*

...

(3) Das Bauansuchen ist ohne weiteres Verfahren abzuweisen, wenn bereits aufgrund des Ansuchens offenkundig ist, dass

a) das Bauvorhaben,

1. außer im Fall von Gebäuden im Sinn des § 1 Abs. 3 lit. d dem Flächenwidmungsplan,
2. einem Bebauungsplan, Festlegungen des örtlichen Raumordnungskonzeptes nach § 31 Abs. 6 des Tiroler Raumordnungsgesetzes 2011 hinsichtlich der Bebauung oder
3. örtlichen Bauvorschriften

widerspricht oder

b) durch das Bauvorhaben entgegen dem § 13 Abs. 4 des Tiroler Raumordnungsgesetzes 2011 ein Freizeitwohnsitz neu geschaffen oder entgegen dem § 15 Abs. 1 oder 2 des Tiroler Raumordnungsgesetzes 2011 ein Freizeitwohnsitz wieder aufgebaut oder erweitert werden soll oder

c) das Bauvorhaben nach § 44 Abs. 8, § 55 Abs. 1, § 72 Abs. 3 zweiter Satz, § 77 Abs. 7, § 114 Abs. 3 dritter Satz, Abs. 5 dritter Satz, Abs. 6 erster Satz oder Abs. 8 zweiter Satz oder § 116 Abs. 3 des Tiroler Raumordnungsgesetzes 2011 unzulässig ist oder

d) bei Vorliegen der Voraussetzungen nach § 22 Abs. 2 lit. d der Bewilligungsbescheid der Agrarbehörde oder der Umlegungsbehörde oder eine entsprechende Entscheidung des Landesverwaltungsgerichts für das Bauvorhaben nicht vorliegt oder

e) entgegen dem § 24 Abs. 3 erster Satz der Energieausweis nicht vorliegt.

(4) Das Bauansuchen ist weiters abzuweisen, wenn

a) im Zug des Verfahrens ein Abweisungsgrund nach Abs. 3 hervorkommt oder wenn der Bauwerber ungeachtet eines Auftrages der Behörde die Angaben nach § 22 Abs. 4 oder 5 nicht macht.

..."

Darüber hinaus ist folgende Bestimmung des Tiroler Raumordnungsgesetz 2016 (WV), LGBl Nr 101/2016 (TROG 2016), von Relevanz:

*„Freizeitwohnsitze  
Beschränkungen für Freizeitwohnsitze*

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

a) Gastgewerbebetriebe zur Beherbergung von Gästen; dies jedoch nur dann, wenn

1. Gemeinschaftsräume mit einer Gesamtfläche, bei der auf jedes der Beherbergung von Gästen dienende Bett zumindest eine Fläche von 0,5 m<sup>2</sup> entfällt, vorhanden sind,

2. gewerbetypische Dienstleistungen, zu denen insbesondere die Raumreinigung in regelmäßig wiederkehrenden Zeitabständen und das regelmäßige Wechseln der Wäsche zählen, erbracht werden und weiters
3. die ständige Erreichbarkeit einer Ansprechperson seitens des Betriebes gewährleistet ist;

nicht als Gemeinschaftsräume im Sinn der Z 1 gelten Wellness-Bereiche, Schiräume und sonstige Abstellräume, Sanitärräume und dergleichen,

- b) Kur- und Erholungsheime, die von öffentlichen oder gemeinnützigen Einrichtungen oder Einrichtungen der Kinder- und Jugendhilfe erhalten werden,
- c) Gebäude mit höchstens drei Wohnungen mit insgesamt höchstens zwölf Betten, die während des Jahres jeweils kurzzeitig an wechselnde Personen vermietet werden (Ferienwohnungen); entsprechende Neubauten, für die die Baubewilligung erst nach dem 1. Februar 1996 rechtskräftig erteilt worden ist, gelten jedoch nur dann nicht als Freizeitwohnsitze, wenn der Vermieter der Ferienwohnungen im betreffenden Gebäude seinen Hauptwohnsitz hat; Ferienwohnungen in Gebäuden, die in einem räumlichen Naheverhältnis stehen und eine einheitliche Gesamtplanung aufweisen, sind zusammenzuzählen,
- d) Wohnräume, die der Privatzimmervermietung dienen.

Sind in einem Gebäude oder in Gebäuden, die in einem räumlichen Naheverhältnis stehen und eine einheitliche Gesamtplanung aufweisen, Ferienwohnungen und Wohnräume, die der Privatzimmervermietung dienen, untergebracht, so darf die Zahl der Betten insgesamt zwölf nicht überschreiten.

..."

### III. Rechtliche Erwägungen:

Vom Bauwerber wird zunächst vermeint, dass die belangte Behörde die Verpflichtung des Bauwerbers zur Mitarbeit und zur Glaubhaftmachung, keine Freizeitwohnsitze zu schaffen, bei weitem überstrapaziert habe. Die Baubehörde dürfe keinesfalls die Aufgabe der Grundverkehrsbehörde vorwegnehmen, nur diese ist vom Gesetz her dazu berufen, im Zweifelsfall – und zwar bei konkretem Verdacht – die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen betreffend Freizeitwohnsitze zu prüfen und gegebenenfalls deren Nichteinhaltung zu sanktionieren.

Diesem Vorbringen lässt sich entgegen, dass die in § 27 Abs 4 lit a TBO 2011 umschriebene Glaubhaftmachung dem Bauwerber obliegt, zumal es sich typischerweise um Momente handelt, die in seiner Sphäre liegen (vgl VwGH 23.11.2004, 2004/06/0008).

Zudem lässt der klare Wortlaut des § 22 Abs 4 TBO 2011 erkennen, dass der Bauwerber nachzuweisen oder, soweit dies nicht möglich ist, anderweitig glaubhaft zu machen hat, dass eine Verwendung als Freizeitwohnsitz nicht beabsichtigt ist. Die belangte Behörde hat hier zugunsten des Beschwerdeführers insgesamt drei Verbesserungsaufträge mit klaren Handlungsvorgaben eingeräumt. Diesen Aufträgen wurde seitens des Bauwerbers widersprüchlich (etwa was die Bettenanzahl anbelangt, die in der Stellungnahme vom 20.5.2016 mit 40, in der Einreichung „Beilage zu Baugesuch – Stellplatznachweis“ allerdings



mit 30 beziffert wurde), unzureichend und in großteils nur einsilbiger Form nachgekommen. Völlig diffus und widersprüchlich bleibt etwa, ob vom Beschwerdeführer die Ausübung eines Gastgewerbes beabsichtigt ist oder nicht.

Für die Annahme der Ausübung eines Gastgewerbes spricht das Ankreuzen der Option „Gewerbe/Industrie“ in der Rubrik „Verwendungszweck des Bauvorhabens“ im Bauansuchen vom 22.2.2016 sowie die Formulierung in der Stellungnahme vom 13.7.2016, wonach „...die wöchentliche Vermietung der Apartments im Rahmen eines Gewerbebetriebs vorgesehen“ ist.

Dagegen sprechen allerdings die Ausführungen in der Replik des Bauwerbers vom 19.4.2016, wonach *„eine Verwendung als Freizeitwohnsitz nicht beabsichtigt ist, sondern eine touristische Nutzung in Form der Vermietung“* sowie der Umstand, dass vom Bauwerber eine gewerberechtliche Befugnis zum Betrieb des Gastgewerbes gemäß § 111 Abs 1 Z 1 GewO 1994 in der Betriebsart Apartmenthaus nicht einmal behauptet wurde.

Darüber hinaus wurde mit der Novelle zur Tiroler Bauordnung, kundgemacht in LGBl Nr 94/2016, eine verstärkte Mitwirkungspflicht des Bauwerbers im Bauverfahren hinsichtlich der Beweisführung, dass mit einem Bauvorhaben kein Freizeitwohnsitzen geschaffen werden soll, statuiert; den Erläuternden Bemerkungen zu dieser Bestimmung ist zu entnehmen wie folgt:

*„Nach der geltenden Rechtslage hat der Bauwerber im Bauverfahren insbesondere durch nähere Angaben über die vorgesehene Nutzung oder über die Art der Finanzierung glaubhaft zu machen, dass eine Verwendung als Freizeitwohnsitz nicht beabsichtigt ist bzw. insbesondere durch nähere Angaben über die vorgesehene Nutzung und, sofern darin mehrere Betriebe untergebracht sind, auch über die betriebsorganisatorischen Verhältnisse dieser Betriebe zueinander glaubhaft zu machen, dass eine Verwendung als Einkaufszentrum nicht beabsichtigt ist. Künftig soll die Mitwirkungspflicht des Bauwerbers insofern verstärkt werden, als er dies nicht nur glaubhaft zu machen hat, sondern grundsätzlich nachzuweisen hat. Nur wenn ein solcher Nachweis nicht möglich ist, hat der Bauwerber anderweitig glaubhaft zu machen, dass eine Verwendung als Freizeitwohnsitz bzw. eine Verwendung als Einkaufszentrum nicht beabsichtigt ist.“*

Dementsprechend wurde zur Hintanhaltung von Umgehungen hinsichtlich der Schaffung neuer Freizeitwohnsitze auch auf der Ebene des Tiroler Raumordnungsgesetz dessen § 13 Abs 1 lit a mit LGBl Nr 93/2016 neu gefasst; den Erläuternden Bemerkungen zu dieser Bestimmung kann entnommen werden wie folgt:

*„Die Ausnahmebestimmung des § 13 Abs. 1 lit. a, wonach Gastgewerbebetriebe zur Beherbergung von Gästen nur dann nicht dem Freizeitwohnsitzregime unterliegen, wenn diese eine bestimmte Mindestausstattung aufweisen und überdies bestimmte gewerbetypische persönliche Dienstleistungen erbracht werden, soll klarer gefasst werden. In diesem Sinn wird anders als bisher nicht nur auf das Vorliegen der in Rede stehenden Voraussetzungen abgestellt, sondern bereits einleitend verdeutlicht, dass ein Gastgewerbebetrieb zur Beherbergung von Gästen nur dann nicht als Freizeitwohnsitz gilt, wenn alle Ausschlusskriterien kumulativ vorliegen. Nachfolgend finden sich diese nunmehr in einer nach Ziffern gegliederten Auflistung, aus der unzweifelhaft hervorgeht, dass alle*

*Ausschlusskriterien in Summe vorliegen müssen, damit ein Gastgewerbebetrieb nicht unter das Freizeitwohnsitzregime fällt (arg.: „und weiters“ am Ende der Z 2).*

*Neu ist, dass die Aufenthaltsräume künftig abhängig von der Bettenanzahl eine bestimmte Mindestgröße aufweisen müssen, womit Umgehungen besser vorgebeugt werden soll; bisher konnte das Erfordernis des Vorhandenseins von Gemeinschaftsräumen auch dadurch erfüllt werden, dass diese lediglich pro forma in einer im Hinblick auf die ihnen eigentlich zugedachte Funktion viel zu geringen Größe vorgesehen wurden (lit. a Z 1).*

*Eine weitere Form der Umgehung bestand darin, dass verschiedentlich versucht wurde, Räume als Gemeinschaftsräume zu deklarieren, denen diese Funktion tatsächlich nicht zugekommen ist. In diesem Sinn wird klargestellt, dass Wellness-Bereiche, Schi- und Abstellräume, Sanitärräume und ähnliche Räume nicht als Gemeinschaftsräume gelten (Z 13).*

*Eine weitere Klarstellung erfolgt im neuen Abs. 1a dahingehend, dass Räume, die zwar aufgrund der gewerbebehördlichen Betriebsanlagengenehmigung Teil des gewerblichen Beherbergungsbetriebes sind, die jedoch aufgrund ihres tatsächlichen Verwendungszweckes nicht in gewebetypischer Weise verwendet werden, im Rahmen des Freizeitwohnsitzregimes des Tiroler Raumordnungsgesetzes 2011 außer Betracht zu bleiben haben. Dabei handelt es sich einerseits um Räumlichkeiten im Wohnungseigentum, die vom Eigentümer bzw. seiner Familie selbst genutzt werden (lit. a) und andererseits um Räume, an denen dingliche oder vertragliche Verfügungsrechte bestehen, die für eine gastgewerbliche Vermietung untypisch sind (lit. b). Dies bedeutet nicht, dass solche Räumlichkeiten per se als Freizeitwohnsitze gelten, weil dies von ihrer tatsächlichen Verwendung abhängt; sie sind aber nicht vorweg allein aufgrund dessen, dass sie Teil einer gewerblichen Betriebsanlage sind, vom Freizeitwohnsitzregime ausgenommen (Z 14).“*

Beide Gesetzesänderungen sind mit 1.10.2016 in Kraft getreten und daher auf den gegenständlichen Fall anzuwenden.

Aus den erfolgten Maileingaben des Beschwerdeführers vom 19.4.2016, 20.5.2016 und 13.7.2016 lassen sich in Bezug auf die Glaubhaftmachung, dass er mit seinem Projekt keine Freizeitwohnsitze schaffen würde, folgender Standpunkt zusammenfassen:

- es ist keine Verwendung als Freizeitwohnsitz beabsichtigt; dies sei aufgrund der Widmung auch nicht möglich
- das Grundstück stelle das Eigenkapital dar
- nach Vorliegen eines rechtskräftigen Baubescheides könne eine schriftliche Finanzierungszusage eingeholt werden
- geplant ist die wöchentliche Vermietung von 40 Betten in einem Zweisaisonbetrieb mit ca. 125 Vollbelegungstagen
- drei Mitarbeiter sollen ganzjährig beschäftigt sein
- die Finanzierung ist gesichert, aber abhängig vom Baubescheid
- jede einzelne Wohnung ist mit einer Küche und einem Esszimmer ausgestattet, daher ist kein Speisesaal notwendig
- es wird kein Restaurant betrieben

- die Reinigung der Apartements erfolgt ein Mal wöchentlich - diese Dienstleistung wird von externen Firmen durchgeführt
- die Errichtung von Dienstleistungsräumen/Personalzimmern ist nicht vorgesehen

Bereits aus diesem Vorbringen erhellt, dass ein bloßes Überlassen von Wohnräumen zum Gebrauch, das nicht in den Anwendungsbereich der Gewerbeordnung fällt, gegenständlich jedenfalls nicht vorliegen kann:

Vielmehr werden 8 Wohneinheiten mit einer Wohnnutzfläche von 90 bis 153 Quadratmetern mit zumindest 30 Betten geschaffen, sämtliche ausgestattet mit einem Koch- und Essbereich. Bis auf die als Privatwohnung bezeichnete Einheit A05 verfügen sämtliche Wohnungen, die wöchentlich vermietet werden sollen, über eine eigene Sauna. Drei Mitarbeiter werden ganzjährig beschäftigt, die Reinigung der Apartments erfolgt einmal wöchentlich durch externe Firmen. Im Erdgeschoß sind eine Rezeption/Büro, Abstellräume sowie ein Schiraum, im 1. Obergeschoß zwei Lagerräume und im 2. Obergeschoß zwei Abstellräume ausgewiesen.

Für eine nichtgewerbliche Nutzung der Wohneinheiten gibt es daher keine gesetzliche Grundlage.

Für eine gewerbliche Nutzung wiederum fehlt es evidentermaßen an den Gemeinschaftsräumen gemäß § 13 Abs 1 lit a Z 1 TROG 2016, zumal sämtliche oben angeführte Räume auf den „Allgemeinflächen“ des Apartmenthauses A gemäß der Legaldefinition des § 13 Abs 1 lit a TROG 2016 nicht als Gemeinschaftsraum anzusehen sind. Eine vertiefende Auseinandersetzung hinsichtlich des Vorliegens der Z 2 und 3 leg cit konnte daher auf Grund des kumulativen Charakters dieser Voraussetzungen entfallen.

Auch wurde seitens des Bauwerbers nicht einmal behauptet, dass Dienstleistungen im Sinne des § 13 Abs 1 lit a Z 2 TROG 2016 in Ermangelung entsprechender Betriebsräumlichkeiten an anderer Stelle ausgeübt werden (vgl VwGH 23.6.2010, 2008/06/0200).

Schließlich gibt der Beschwerdeführer noch an, dass eine Finanzierung in jedem Fall notwendig und deren derzeitiges Fehlen keinesfalls ein geeignetes Indiz für die Planung von Freizeitwohnsitzen sei. Der Beschwerdeführer geht hier zutreffend davon aus, dass das Fehlen der Finanzierung – für sich alleine – kein geeignetes Indiz für die Planung von Freizeitwohnsitzen ist.

Es kann jedoch festgehalten werden, dass § 22 TBO 2011 eine demonstrative Aufzählung von Tatbestandselementen enthält, um glaubhaft zu machen, dass eine Verwendung als Freizeitwohnsitz nicht beabsichtigt ist. Unter anderem kann die Glaubhaftmachung durch die Art der Finanzierung erfolgen. Es wurden seitens des Beschwerdeführers jedoch keine ausreichenden Unterlagen über die Art der Finanzierung vorgelegt. Abschließend lässt sich hinsichtlich der Finanzierung festhalten, dass der Erhalt einer Finanzierungszusage nicht von der Erteilung eines Baubescheides abhängt. Die Finanzierungszusage könnte unabhängig davon eingeholt werden, da es hier rein um die finanzielle Leistungsfähigkeit eines Bauwerbers nach dem Hypothekar- und Immobilienkreditgesetz (HIKrG) geht.

Seitens des erkennenden Gerichtes konnte der Beschwerdeführer die nach § 22 Abs 4 TBO 2011 geforderte Glaubhaftmachung, dass eine Verwendung als Freizeitwohnsitz nicht beabsichtigt ist, nicht erbringen. Auch aus den E-Maileingaben des Beschwerdeführers vom 19.4.2016, 20.5.2016 und 13.7.2016 lässt sich die geforderte Glaubhaftmachung nicht hinreichend belegen. Durch seine Angaben konnte der Beschwerdeführer auch nicht glaubhaft machen, dass es sich beim geplanten Neubau um einen Gastgewerbebetrieb zur Beherbergung von Gästen handelt.

Der Beurteilung der belangten Behörde, wonach das vom Beschwerdeführer erstattete Vorbringen unzureichend war, die negative Voraussetzung des § 22 Abs 4 TBO 2011 glaubhaft zu machen, kann somit nicht entgegengetreten werden.

Das Bauansuchen wurde daher zutreffend abgewiesen.

#### IV. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage iSd Art 133 Abs 4 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 des Verwaltungsgerichtshofes.

Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Landesverwaltungsgericht Tirol

Mag. Christian Hengl  
(Richter)