

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Tirol erkennt durch seinen Richter Mag. Schaber über die Beschwerde 1. von AA und 2. von BB, beide vertreten durch die CC Rechtsanwaltschaftsgemeinschaft, Adresse 1, **** Z, gegen den Bescheid des Bürgermeisters der Gemeinde Y vom 24.04.2020, Zahl ***, betreffend Angelegenheiten nach der Tiroler Bauordnung 2022 nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

1. Den Beschwerden wird **insofern stattgegeben**, als die wortgleiche Textpassage in Spruchpunkt I. und Spruchpunkt. II. des bekämpften Bescheides „*sowie zur Nutzung als Freizeitwohnsitz sowohl für den Eigenbedarf als auch im Rahmen der vorübergehenden Unterbringung von Feriengästen iSd § 13 Abs 1 lit c TROG 2016*“ ersatzlos entfällt und die Benützungsuntersagung ausschließlich auf § 46 Abs 6 lit c TBO 2018 gestützt wird.

Darüber hinaus wird die Beschwerde als **unbegründet abgewiesen**.

2. Die **ordentliche Revision** ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG **nicht zulässig**.

Entscheidungsgründe

I. Verfahrensgang:

Seitens der Baubehörde (belangte Behörde) wurden Erhebungen im Hinblick auf die Nutzung der Wohnung Top * im Anwesen Adresse 2 in **** Y durchgeführt.

Mit dem nunmehr angefochtenen Bescheid vom 24.04.2020 wurde den beiden Eigentümern der Wohnung Top * (es ist Wohnungseigentum begründet) gemäß § 46 Abs 6 lit c und g TBO 2018 einerseits die weitere Benützung der Wohnung zur Beherbergung von Gästen im Rahmen

eines Gastgewerbebetriebes und andererseits zur Nutzung als Freizeitwohnsitz sowohl für den Eigenbedarf als auch im Rahmen der vorübergehenden Unterbringung von Feriengästen iSd § 13 Abs 1 lit c TROG 2016 untersagt.

Gegen diese Untersagung haben die beiden Eigentümern zulässig und rechtzeitig Beschwerde an das Landesverwaltungsgericht Tirol erhoben und darin zusammengefasst im Wesentlichen vorgebracht, dass ihnen die streitgegenständliche Wohnung je zur Hälfte gehöre. Nachdem die Wohnung aber dauerhaft an die DD AG mit Sitz in der Schweiz vermietet sei, sei der Bescheid zu Unrecht an die Beschwerdeführer als Eigentümer ergangen. Darüberhinaus würden die Beschwerdeführer die Wohnung selber auch nicht als Freizeitwohnsitz nutzen.

Beantragt sind die Behebung des Bescheides und die Einstellung des Verfahrens.

Es wurde eine mündliche Verhandlung vor dem Landesverwaltungsgericht Tirol durchgeführt, im Zuge derer die beiden Beschwerdeführer einvernommen wurden. An der Verhandlung teilgenommen hat auch ein Vertreter der belangten Behörde.

II. Sachverhalt:

Die beiden Beschwerdeführer sind grundbücherliche Miteigentümer des Grundstückes **1 KG Y. Mit den Miteigentumsanteilen der Beschwerdeführer verbunden ist jeweils das Wohnungseigentum(Hälfteeigentum) der Wohnung Top *.

Mit dem Bauansuchen vom 17.01.2012, eingegangen bei der Baubehörde am 23.01.2012, hat der damalige Grundstückseigentümer den Umbau der bestehenden Gästepension zu Wohnungen beantragt (Beschreibung des Bauvorhabens). Als Art des Bauvorhabens sind - wobei Mehrfachangaben möglich waren - „Umbau“ und „Abbruch“ angegeben. Als Verwendungszweck des Vorhabens ist - wobei wiederum Mehrfachangaben möglich waren - „Wohnung/Wohnhaus“ angegeben. Nicht angegeben sind, obwohl ausdrücklich im Formular für das Bauansuchen als Auswahlmöglichkeiten angegeben, „Gewerbe/Industrie“ und „Freizeitwohnsitz“.

In der weiteren Baubeschreibung mit Eingang am 26.03.2012 ist ergänzend „Zubau“ bei der Art des Bauvorhabens angegeben.

In der Verhandlungsschrift vom 16.10.2012 ist als Gegenstand der Verhandlung angegeben, dass auf dem Grundstück **1 KG Y (Adresse 2) der Um- und Aufbau der bestehenden Gästepension zu einer Wohnanlage mit 10 Wohneinheiten beantragt ist.

Mit dem Baubescheid vom 16.10.2012, Zahl ***, wurde der Um- und Aufbau der bestehenden Gästepension zu einer Wohnanlage mit 10 Wohneinheiten unter Vorschreibung von Nebenbestimmungen bewilligt. Im Bescheid ist ausdrücklich erwähnt, dass die mit dem Bescheid des Bürgermeisters der Gemeinde Y vom 25.03.2010, Zahl ***, baubehördlich bewilligte Dachgaube im 3. Obergeschoss mit dem Tekturplan vom 12.09.2012, eingelangt bei der belangten Behörde am 11.09.2012 neuerlich beantragt wurde und deshalb von der Baubewilligung vom 16.10.2012 mitumfasst ist.

Laut der im behördlichen Akt einliegenden Bauvorhabensmeldung vom 08.05.2014 erfolgte die Vollendung des Bauvorhabens mit 14.04.2014.

Nachfolgende Baubewilligungen und Bauanzeigen betreffen Kfz-Abstellplätze, insbesondere deren Überdachung(en), die Errichtung eines Balkons bei Top * und den Umbau der Wohnung Top * und Top *.

Mit dem Bescheid vom 06.07.2016 wurde die Benützungsbewilligung der mit dem Bescheid vom 16.10.2012, Zahl ***, bewilligte Bauvorhaben Um- und Aufbau der bestehenden Gästepension zu einer Wohnanlage (Adresse 2) und mit Bescheid vom 23.05.2015, Zahl ***, bewilligten Umbau der bestehenden Wohnung Top * in 2 eigenständige Wohnungen (Top * und *) erteilt.

Aus oben angeführten vorliegenden Baubewilligungen und Bauanzeigen sowie dem Nutzwertgutachten vom 05.09.2012 ergeben sich als Allgemeinflächen im 1. Untergeschoss der Treppeneingang, Flur, E-Technikraum, Wasch- und Trockenraum, Holz- und Gas-Heiztechnikraum, Holztank, Zugang zu den Parteienkellern, im 1. Obergeschoss Foyer und Treppenhaus, Fahrradraum, Müllfläche, Kinderspielplatzfläche sowie diverse Zugangs- und Rangierflächen für die einzelnen Carports, im 2. Obergeschoss Flurfläche und Treppenhaus sowie im 3. Obergeschoss Flur- und Treppenhausfläche.

Die Wohnung Top * wird an ständig wechselnde Personen vermietet. Die Beschwerdeführer selber nutzen die Wohnung nicht zu Erholungszwecken.

Die Wohnung kann über das Buchungsportal der DD AG mit Sitz in der Schweiz über einen Buchungskalender gebucht werden. Dieser ist über das Internet erreichbar.

Als Vermieter der Wohnung treten die Beschwerdeführer auf.

Die Wohnung ist nicht im Verzeichnis der Freizeitwohnsitze der Gemeinde Y eingetragen.

III. Beweiswürdigung:

Die vorgenannten Sachverhaltsfeststellungen lassen sich aufgrund der bezüglichen, dem behördlichen und verwaltungsgerichtlichen Akt einliegenden Schriftstücke treffen.

Die Tatsache, dass die Beschwerdeführer die Vermieter der Wohnung Top * sind und die DD AG mit Sitz in der Schweiz lediglich die Vermittlung der Wohnung gegen eine Vermittlungsgebühr übernommen hat, ergibt sich schon daraus, dass die Bezahlung der Miete durch den Gast zwar über die DD AG abgewickelt, aber das Mietentgelt von dieser wöchentlich - abzüglich der Vermittlungsprovision - an die Beschwerdeführerin überwiesen wird. Dies ergab die Einvernahme der Beschwerdeführerin in der Rechtsmittelverhandlung am 04.07.2022.

Im Ergebnis steht somit fest, dass die Vermietung nicht durch die DD AG, sondern durch die Beschwerdeführer erfolgt. Sie bedienen sich dabei der DD AG, die ihrerseits die Abrechnung übernimmt sowie die Buchungsplattform zur Verfügung stellt. Dafür behält die DD AG eine Provision ein.

Dass die Beschwerdeführer selber die Wohnung zu Erholungszwecken nutzen, war im Verfahren nicht erweislich. Ganz im Gegenteil gaben beide Beschwerdeführer in der Rechtsmittelverhandlung am 04.07.2022 für das Gericht glaubwürdig an, dass sie die Wohnung Top * selber nicht zu Erholungszwecken nutzen. Auch der Gemeindeamtsleiter der Gemeinde Y, X, gab in der Verhandlung am 04.07.2022 zu Protokoll, dass es diesbezüglich keinerlei Erhebungsergebnisse gebe. Man habe zwar Kontrollen gemacht, aber die Beschwerdeführer persönlich nie in ihrer Wohnung angetroffen.

IV. Rechtsgrundlagen:

Tiroler Bauordnung 2022, LGBl Nr 44/2022:

„§ 28

(1) Einer Baubewilligung bedürfen, soweit sich aus den Abs. 2 und 3 nichts anderes ergibt:

...

c) die Änderung des Verwendungszweckes von Gebäuden oder Gebäudeteilen, wenn sie auf die Zulässigkeit des Gebäudes oder Gebäudeteiles nach den bau- oder raumordnungsrechtlichen Vorschriften von Einfluss sein kann; hierbei ist vom bewilligten Verwendungszweck bzw. bei Gebäuden oder Gebäudeteilen, für die aufgrund früherer baurechtlicher Vorschriften ein Verwendungszweck nicht bestimmt wurde, von dem aus der baulichen Zweckbestimmung hervorgehenden Verwendungszweck auszugehen; keiner Baubewilligung bedarf in Gebäuden mit mehreren Wohnungen die Verwendung von höchstens drei Wohnungen mit insgesamt höchstens zwölf Betten zur gewerblichen Beherbergung von Gästen, wenn der Gewerbetreibende im betreffenden Gebäude seinen Hauptwohnsitz hat und in diesem neben allfälligen Wohnungen für seine Angehörigen keine weiteren Wohnungen bestehen, die der Befriedigung eines ganzjährigen, mit dem Mittelpunkt der Lebensbeziehungen verbundenen Wohnbedürfnisses dienen;

...

§ 46

...

(6) Die Behörde hat dem Eigentümer einer baulichen Anlage oder, wenn diese durch einen Dritten benützt wird, diesem deren weitere Benützung ganz oder teilweise zu untersagen,

- a) wenn er sie benützt, obwohl es sich um ein bewilligungspflichtiges Bauvorhaben handelt, für das eine Baubewilligung nicht vorliegt,*
- b) wenn er sie benützt, obwohl es sich um ein anzeigepflichtiges Bauvorhaben handelt, das ohne eine entsprechende Bauanzeige, erheblich abweichend von der Bauanzeige oder ungeachtet einer Untersagung nach § 30 Abs. 3 fünfter Satz ausgeführt wurde,*
- c) wenn er sie zu einem anderen als dem bewilligten bzw. dem aus der baulichen Zweckbestimmung hervorgehenden Verwendungszweck benützt,*
- d) wenn er eine bauliche Anlage, die keiner Benützungsbewilligung nach § 45 Abs. 1 bedarf, ohne Vorliegen der Voraussetzungen nach § 44 Abs. 2 oder ungeachtet des Vorliegens der Voraussetzungen nach Abs. 1 dritter Satz benützt,*

- e) wenn er ein Gebäude im Sinn des § 45 Abs. 1 ohne Vorliegen einer Benützungsbewilligung benützt,
- f) wenn einem Auftrag nach § 34 Abs. 11 dritter oder vierter Satz nicht oder nicht ausreichend entsprochen wird,
- g) wenn er einen Wohnsitz entgegen dem § 13 Abs. 3 oder 7 des Tiroler Raumordnungsgesetzes 2016 als Freizeitwohnsitz oder ungeachtet des Erlöschens seiner Eigenschaft als Freizeitwohnsitz (§ 16 des Tiroler Raumordnungsgesetzes 2016) weiter als Freizeitwohnsitz verwendet oder
- h) wenn er im Rahmen einer Hofstelle entgegen dem § 44 Abs. 9 erster Satz oder 10 des Tiroler Raumordnungsgesetzes 2016 eine gewerbliche Tätigkeit ausübt, und zwar hinsichtlich der weiteren Ausübung dieser Tätigkeit.

Im Fall der Untersagung der weiteren Benützung hat die Behörde dem Eigentümer der baulichen Anlage erforderlichenfalls geeignete Maßnahmen zur Durchsetzung dieses Verbotes, wie eine entsprechende Beschilderung, die Anbringung von Absperrungen und dergleichen, aufzutragen. Bei Gefahr im Verzug kann die Behörde die bauliche Anlage durch Ausübung unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt räumen.

..."

Tiroler Raumordnungsgesetz 2022 – TROG 2022, LGBl Nr 43/2022, zuletzt geändert durch LGBl Nr 62/2022):

„§ 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 m² 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.

(2) Im Rahmen der Vorschriften über Freizeitwohnsitze sind Gastgewerbebetrieben zur Beherbergung von Gästen jene Räumlichkeiten nicht zuzurechnen, an denen

a) Wohnungseigentum besteht, sofern diese vom Eigentümer oder von seiner Familie selbst genutzt werden, oder

b) Verfügungsrechte bestehen, die über den üblichen Inhalt gastgewerblicher Beherbergungsverträge hinausgehen.

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

a) die in der Zeit vom 1. Jänner 1994 bis einschließlich 31. Dezember 1998 nach den jeweils in Geltung gestandenen raumordnungsrechtlichen Vorschriften oder nachträglich nach § 17 als Freizeitwohnsitze angemeldet worden sind und für die eine Feststellung über die Zulässigkeit der Verwendung des betreffenden Wohnsitzes als Freizeitwohnsitz vorliegt oder

b) für die eine Baubewilligung im Sinn des § 4 Abs. 1 des Gesetzes über die ausnahmsweise Zulässigkeit von Gebäuden im Freiland, LGBI. Nr. 11/1994, vorliegt.

Darüber hinaus dürfen neue Freizeitwohnsitze im Wohngebiet, in Mischgebieten, auf Sonderflächen für Gastgewerbebetriebe zur Beherbergung von Gästen sowie nach Maßgabe des § 44 Abs. 6 auf Sonderflächen für Hofstellen geschaffen werden, wenn dies für einen bestimmten Bereich durch eine entsprechende Festlegung im Flächenwidmungsplan für zulässig erklärt worden ist. Hierbei ist die dort höchstzulässige Anzahl an Freizeitwohnsitzen festzulegen.

(4) Die Schaffung neuer Freizeitwohnsitze darf nur insoweit für zulässig erklärt werden, als die geordnete räumliche Entwicklung der Gemeinde entsprechend den Aufgaben und Zielen der örtlichen Raumordnung dadurch nicht beeinträchtigt wird. Dabei sind insbesondere zu berücksichtigen:

a) die Siedlungsentwicklung,

b) das Ausmaß des zur Befriedigung des Wohnbedarfes der Bevölkerung erforderlichen sowie des hierfür verfügbaren Baulandes,

c) das Ausmaß der für Freizeitwohnsitze in Anspruch genommenen Grundflächen, insbesondere auch im Verhältnis zu dem zur Befriedigung des Wohnbedarfes der Bevölkerung bebauten Bauland,

d) die Gegebenheiten am Grundstücks- und Wohnungsmarkt sowie die Auswirkungen der Freizeitwohnsitzentwicklung auf diesen Markt,

e) die Art, die Lage und die Anzahl der bestehenden Freizeitwohnsitze,

f) die Auslastung der Verkehrsinfrastruktur sowie der Einrichtungen zur Wasserversorgung, Energieversorgung und Abwasserbeseitigung, die Auswirkungen der Freizeitwohnsitze auf diese Infrastruktur und deren Finanzierung sowie allfällige mit der Schaffung neuer Freizeitwohnsitze entstehende Erschließungserfordernisse.

Die Schaffung neuer Freizeitwohnsitze darf nicht mehr für zulässig erklärt werden, wenn der Anteil der aus dem Verzeichnis der Freizeitwohnsitze nach § 14 Abs. 1 sich ergebenden

Freizeitwohnsitze an der Gesamtzahl der Wohnungen entsprechend dem endgültigen Ergebnis der jeweils letzten Gebäude- und Wohnungszählung 8 v. H. übersteigt. Dabei bleiben Freizeitwohnsitze, für die eine Ausnahmegewilligung im Sinn des Abs. 7 erster Satz vorliegt, außer Betracht.

(5) Die Baubewilligung für Neubauten, die ganz oder teilweise als Freizeitwohnsitze verwendet werden sollen, sowie für Zu- und Umbauten und die Änderung des Verwendungszweckes von bisher anderweitig verwendeten Gebäuden, Wohnungen oder sonstigen Gebäudeteilen, durch die Freizeitwohnsitze neu geschaffen werden sollen, darf unbeschadet der sonstigen Bewilligungsvoraussetzungen nur erteilt werden, wenn für das betreffende Grundstück eine Festlegung nach Abs. 3 zweiter und dritter Satz vorliegt und die höchstzulässige Anzahl an Freizeitwohnsitzen nicht überschritten wird. Maßgebend ist die Anzahl der Freizeitwohnsitze aufgrund des Verzeichnisses der Freizeitwohnsitze nach § 14 Abs. 1.

(6) Unbeschadet der Abs. 3 und 4 dürfen auf Sonderflächen für Gastgewerbebetriebe zur Beherbergung von Gästen sowie auf Sonderflächen für Hofstellen Neubauten, die ganz oder teilweise als Freizeitwohnsitze verwendet werden sollen, nicht errichtet werden. Im Übrigen darf im Fall von Freizeitwohnsitzen auf Sonderflächen für Hofstellen weiters das nach § 44 Abs. 7 lit. c zulässige Höchstausmaß der Wohnnutzfläche nicht überschritten werden.

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

a) auf Antrag des Erben oder Vermächtnisnehmers, wenn die Voraussetzungen nach § 5 Abs. 1 lit. a des Tiroler Grundverkehrsgesetzes 1996, LGBl. Nr. 61, in der jeweils geltenden Fassung vorliegen und der betreffende Wohnsitz dem Antragsteller oder anderen Personen nicht anderweitig der Befriedigung eines Wohnbedürfnisses dient,

b) auf Antrag des Eigentümers des betreffenden Wohnsitzes oder des sonst hierüber Verfügungsberechtigten, wenn ihm aufgrund geänderter Lebensumstände, insbesondere aufgrund beruflicher oder familiärer Veränderungen, eine andere Verwendung des Wohnsitzes nicht möglich oder zumutbar ist, der Wohnsitz anderen Personen nicht anderweitig der Befriedigung eines Wohnbedürfnisses dient und der Antragsteller insbesondere im Hinblick auf seine persönlichen oder familiären Verhältnisse oder seine Rechtsbeziehung zum Wohnsitz ein Interesse am Bestehen des Wohnsitzes hat.

(8) Der Inhaber einer Ausnahmegewilligung im Sinn des Abs. 7 erster Satz darf den Freizeitwohnsitz nur für sich, seine Familie und seine Gäste verwenden. Die entgeltliche Überlassung des Freizeitwohnsitzes ist nicht zulässig.

(9) Um die Erteilung der Ausnahmegewilligung im Sinn des Abs. 7 erster Satz ist schriftlich anzusuchen. Der Antrag hat den betreffenden Wohnsitz zu bezeichnen und die zur Beurteilung des Vorliegens der Bewilligungsvoraussetzungen erforderlichen Angaben zu enthalten. Die Richtigkeit dieser Angaben ist vom Antragsteller durch geeignete Unterlagen nachzuweisen oder, soweit ihm dies nicht möglich ist, anderweitig glaubhaft zu machen. Der Bürgermeister hat über den Antrag mit schriftlichem Bescheid zu entscheiden. Die Ausnahmegewilligung ist aufzuheben, wenn die Voraussetzungen für ihre Erteilung nicht mehr vorliegen.

(10) Zum Zweck der Überwachung der Einhaltung der sich aus den vorstehenden Bestimmungen ergebenden Beschränkungen für Freizeitwohnsitze sind den damit betrauten

Organen der Gemeinde die Zufahrt und zu angemessener Tageszeit der Zutritt zu dem jeweiligen Objekt zu gewähren und die erforderlichen Auskünfte über dessen Verwendung zu erteilen. Ist auf Grund bestimmter Tatsachen eine Nutzung anzunehmen, die den Beschränkungen widerspricht, haben die Versorgungs- oder Entsorgungsunternehmen, die Erbringer von Postdiensten oder von elektronischen Zustelldiensten auf Anfrage der Behörde die zur Beurteilung der Nutzung erforderlichen Auskünfte zu erteilen oder die erforderlichen personenbezogenen Daten zu übermitteln.

§ 109

(1) Gastgewerbebetriebe zur Beherbergung von Gästen, die am 30. Juni 2011 nach den raumordnungsrechtlichen Vorschriften rechtmäßig bestanden haben, jedoch nicht die Voraussetzungen nach § 13 Abs. 1 lit. a dieses Gesetzes in der Fassung LGBl. Nr. 56/2011 erfüllen, gelten nicht als Freizeitwohnsitze. Die Zahl der Betten dieser Betriebe darf nicht mehr erhöht werden. Dies gilt auch für Betriebe, die am 30. September 2016 rechtmäßig bestanden haben, jedoch nicht die Voraussetzungen nach § 13 Abs. 1 lit. a erster Satz und 2 dieses Gesetzes in der Fassung LGBl. Nr. 101/2016 erfüllen.

(2) Im Fall des Abbruches oder der sonstigen Zerstörung eines Gebäudes oder Gebäudeteiles, das (der) als Gastgewerbebetrieb im Sinn des Abs. 1 verwendet wird, darf, soweit dies baurechtlich sonst zulässig ist, stattdessen ein Neubau mit demselben Verwendungszweck und höchstens derselben Zahl an Betten geschaffen werden."

Tiroler Raumordnungsgesetz 2006 – TROG 2006, LGBl Nr 27/2006 idF LGBl Nr 47/2011):

"§ 105

Bestehende Gastgewerbebetriebe zur Beherbergung von Gästen

(1) Gastgewerbebetriebe zur Beherbergung von Gästen, die am 30. Juni 2011 nach den raumordnungsrechtlichen Vorschriften rechtmäßig bestanden haben, jedoch nicht die Voraussetzungen nach § 13 Abs. 1 lit. a dieses Gesetzes in der Fassung des Gesetzes LGBl. Nr. 47/2011 erfüllen, gelten nicht als Freizeitwohnsitze. Die Zahl der Betten dieser Betriebe darf nicht mehr erhöht werden.

(2) Im Fall des Abbruches oder der sonstigen Zerstörung eines Gebäudes oder Gebäudeteiles, das (der) als Gastgewerbebetrieb im Sinn des Abs. 1 verwendet wird, darf, soweit dies baurechtlich sonst zulässig ist, stattdessen ein Neubau mit demselben Verwendungszweck und höchstens derselben Zahl an Betten geschaffen werden."

Gewerbeordnung 1994 – GewO 1994, BGBl Nr 1994 (§ 1 idF BGBl Nr 45/2018; § 111 idF BGBl Nr 94/2017):

„§ 1

..

(2) Eine Tätigkeit wird gewerbsmäßig ausgeübt, wenn sie selbständig, regelmäßig und in der Absicht betrieben wird, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, gleichgültig für welche Zwecke dieser bestimmt ist; hiebei macht es keinen Unterschied, ob der durch die Tätigkeit beabsichtigte Ertrag oder sonstige wirtschaftliche Vorteil im

Zusammenhang mit einer in den Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes fallenden Tätigkeit oder im Zusammenhang mit einer nicht diesem Bundesgesetz unterliegenden Tätigkeit erzielt werden soll.

..

§ 111

*(1) Einer Gewerbeberechtigung für das Gastgewerbe (§ 94 Z 26) bedarf es für
1. die Beherbergung von Gästen;*

...

(2) Keines Befähigungsnachweises für das Gastgewerbe bedarf es für

...

4. die Beherbergung von Gästen, wenn nicht mehr als zehn Fremdenbetten bereitgestellt werden, und die Verabreichung des Frühstücks und von kleinen Imbissen und der Ausschank von nichtalkoholischen Getränken und von Bier in handelsüblichen verschlossenen Gefäßen sowie von gebrannten geistigen Getränken als Beigabe zu diesen Getränken an die Gäste;

..."

2. Genehmigungsfreistellungsverordnung, BGBl II Nr 80/2015 igF BGBl II Nr 172/2018:

„§ 1

(1) Für folgende Arten von Betriebsanlagen ist jedenfalls keine Genehmigung erforderlich, sofern die in Abs. 2 bestimmten Betriebszeiten eingehalten werden und § 2 nicht anderes bestimmt:

...

8. Beherbergungsbetriebe, die folgende Voraussetzungen erfüllen:

a) Es werden höchstens 30 Gästebetten zur Verfügung gestellt und

b) für die Betriebsanlage werden ausschließlich Gebäude verwendet, die entweder nur der Beherbergung oder zusätzlich zur Beherbergung keinen anderen Zwecken als den privaten Wohnzwecken des Betriebsanlageneinhabers oder ausschließlich anderen gewerblichen Zwecken dienen, und

c) die Betriebsanlage umfasst keine Einrichtungen gemäß § 1 Abs. 4 Bäderhygienegesetz – BHygG, BGBl. Nr. 254/1976, und

d) es werden an Beherbergungsgäste höchstens Speisen in Form eines Frühstücks oder kleinen Imbisses verabreicht;

..."

Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz – VwGVG, BGBl I Nr 33/2013 (§ 28 idF BGBl I Nr 138/2017; § 31 idF BGBl I Nr 57/2018):

„§ 28

(1) Sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen.

(2) Über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG hat das Verwaltungsgericht dann in der Sache selbst zu entscheiden, wenn

- 1. der maßgebliche Sachverhalt feststeht oder*
- 2. die Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts durch das Verwaltungsgericht selbst im Interesse der Raschheit gelegen oder mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden ist.*

(3) Liegen die Voraussetzungen des Abs. 2 nicht vor, hat das Verwaltungsgericht im Verfahren über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG in der Sache selbst zu entscheiden, wenn die Behörde dem nicht bei der Vorlage der Beschwerde unter Bedachtnahme auf die wesentliche Vereinfachung oder Beschleunigung des Verfahrens widerspricht. Hat die Behörde notwendige Ermittlungen des Sachverhalts unterlassen, so kann das Verwaltungsgericht den angefochtenen Bescheid mit Beschluss aufheben und die Angelegenheit zur Erlassung eines neuen Bescheides an die Behörde zurückverweisen. Die Behörde ist hiebei an die rechtliche Beurteilung gebunden, von welcher das Verwaltungsgericht bei seinem Beschluss ausgegangen ist.

...

§ 31

(1) Soweit nicht ein Erkenntnis zu fällen ist, erfolgen die Entscheidungen und Anordnungen durch Beschluss.

..."

V. Erwägungen:

Mit dem gegenständlichen Bescheid wurde den beiden Beschwerdeführern die Benützung der gegenständlichen Wohnung gemäß § 46 Abs 6 lit c und g TBO 2018 untersagt.

Eine Benützungsuntersagung nach § 46 Abs 6 lit c TBO 2018 (nunmehr wortgleich § 46 Abs 6 lit c TBO 2022) setzt eine baukonsenswidrige Benützung einer baulichen Anlage voraus. Dies ist vorliegend aus Sicht des Gerichtes unzweifelhaft der Fall.

Insbesondere aus der Baubewilligung vom 16.10.2012 und der Benützungsbewilligung vom 06.07.2016 erschließt sich die Zulässigkeit einer gewerblichen Nutzung – wie vorliegend – nämlich nicht.

Wie bereits auf Sachverhaltsebene festgestellt, waren weder eine gewerbliche Nutzung noch die Nutzung als Freizeitwohnsitz antragsgegenständlich in den beiden Bauverfahren, die sich auf den Umbau der Gästepension bezogen haben (zuerst Umbau der Gästepension in eine Wohnanlage mit 10 Wohnungen und später die Teilung einer Wohnung), sodass der Verwendungszweck ausschließlich als Wohnnutzung festgelegt ist. Dies wird mit dem Spruch der Benützungsbewilligung ausdrücklich unterstrichen, wenn dort eine Wohnanlage mit 11 Wohnungen zur ständigen Deckung des ganzjährigen, mit dem Mittelpunkt der Lebensbeziehungen verbundenen Wohnbedarfs (Hauptwohnsitze!!) erwähnt wird.

Die Verwendungszweckänderung von einer reinen Wohnnutzung in eine gewerbliche Nutzung ist auch nach der Widmungszulässigkeit des Bauplatzes zu beurteilen und ist eine derartige Verwendungszweckänderung jedenfalls bewilligungspflichtig nach § 28 Abs 1 lit c TBO 2018 (vgl VwGH 27.06.1996, 96/06/0156). Auch ergibt sich regelmäßig das Erfordernis der Überprüfung, inwieweit im Hinblick auf die Änderung des Verwendungszweckes ausreichend Pflichtabstellplätze (vgl § 8 TBO 2018) vorhanden oder gegebenenfalls zu schaffen sind.

Hierzu ist anzumerken, dass die Bestimmung nach § 28 Abs 1 lit c TBO 2018 eine Änderung erfahren hat (LGBl Nr 46/2020).

Demnach bedarf die Änderung des Verwendungszweckes von Gebäuden oder Gebäudeteilen keiner Baubewilligung in Gebäuden mit mehreren Wohnungen die Verwendung von höchstens drei Wohnungen mit insgesamt höchstens zwölf Betten zur gewerblichen Beherbergung von Gästen, wenn der Gewerbetreibende im betreffenden Gebäude seinen Hauptwohnsitz hat und in diesem neben allfälligen Wohnungen für seine Angehörigen keine weiteren Wohnungen bestehen, die der Befriedigung eines ganzjährigen, mit dem Mittelpunkt der Lebensbeziehungen verbundenen Wohnbedürfnisses dienen.

Diese Ausnahmebestimmung kommt im gegenständlichen Fall schon deshalb nicht zum Tragen, da die Beschwerdeführer im gegenständlichen Gebäude nicht ihren Hauptwohnsitz haben.

Es ist sohin festzustellen, dass eine bewilligungspflichtige Änderung des Verwendungszweckes der gegenständlichen Wohnung Top * in **** Y, Adresse 2, durch die Beschwerdeführer erfolgt ist, wenn dort nunmehr anstelle der konsentierten Wohnung eine gewerbliche Beherbergung erfolgt.

Nach § 13 Abs 1 TROG 2016 sind Freizeitwohnsitze Gebäude, Wohnungen oder sonstige Teile von Gebäuden, die nicht der Befriedigung eines ganzjährigen, mit dem Mittelpunkt der Lebensbeziehungen verbundenen Wohnbedürfnisses dienen, sondern zum Aufenthalt während des Urlaubs, der Ferien, des Wochenendes oder sonst nur zeitweilig zu Erholungszwecken verwendet werden.

Die gegenständliche Wohnung wird vor dem Hintergrund des festgestellten Sachverhaltes unbestreitbar zu Erholungszwecken verwendet. Unter welchen Voraussetzungen eine derartige Benützung keine Verwendung als Freizeitwohnsitz darstellt, ist in § 13 TROG 2016 taxativ aufgezählt, wobei allenfalls die Übergangsbestimmung nach § 109 TROG 2016 zu beachten ist.

Nach § 13 Abs 1 lit a TROG 2016 sind unter anderem „Gastgewerbebetriebe zur Beherbergung von Gästen“ keine Freizeitwohnsitze im Sinne des § 13 Abs 1 erster Satz TROG 2016, wenn zudem die dort näher angeführten Voraussetzungen vorliegen. Diesem im TROG 2016 verwendeten Begriff ist kein anderer Inhalt beizumessen, wie er in der Rechtsprechung zum Begriff der „Beherbergung von Gästen“ bzw der „Beherbergung von Fremden“ im Zusammenhang mit der Beurteilung eines Gastgewerbes nach der Gewerbeordnung 1973 (nunmehr der Gewerbeordnung 1994) entwickelt wurde. Der Kompetenztatbestand „Gewerbe“ in Artikel 10 Abs 1 Z 8 B-VG ist unter Anwendung der Versteinerungstheorie, die darauf abstellt, was im Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Kompetenzverteilung des B-VG am 1. Oktober 1925 von den damals geltenden gewerberechtlichen Bestimmungen erfasst war,

dahin auszulegen, dass die bloße Überlassung von Wohnräumen zum Gebrauch nicht unter diesen Kompetenztatbestand fällt. Im Unterschied dazu unterlag eine über die bloße Überlassung von Wohnräumen zum Gebrauch hinausgehende Tätigkeit am 1. Oktober 1925 der Gewerbeordnung 1859 und wurde nach Lehre und Rechtsprechung stets als eine einen Zweig des Gast- und Schankgewerbes darstellende konzessionspflichtige Fremdenbeherbergung (§ 16 Abs 1 lit a GewO 1859) angesehen, sofern es sich nicht um eine gemäß Artikel V lit b des Kundmachungspatents zur Gewerbeordnung 1859 als Nebenbeschäftigung (Privatzimmervermietung) vom Anwendungsbereich der Gewerbeordnung ausgenommene Tätigkeit handelte.

Nach der Judikatur ist die Frage, ob gewerbsmäßige Fremdenbeherbergung anzunehmen ist, unter Bedachtnahme auf alle Umstände des Einzelfalles zu beantworten und zwar im Besonderen unter Bedachtnahme auf Gegenstand des Beherbergungsvertrages, Nebenverabredung über Beistellung von Bettwäsche und Bettzeug, über Dienstleistungen, wie Reinigung, Bettwäsche, Beheizung, Kostentragung für die Betriebskosten und Erhaltungsservice und dergleichen sowie auch die Art und Weise, in welcher sich der Betrieb nach Außen darstellt. Nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofes liegt eine dem Begriff der Fremdenbeherbergung zuzuordnende Tätigkeit dann vor, wenn gleichzeitig mit der Zurverfügungstellung von Wohnraum damit üblicherweise im Zusammenhang stehende Dienstleistungen erbracht werden. Dazu ist erforderlich, dass das aus dem Zusammenwirken aller Umstände sich ergebende Erscheinungsbild ein Verhalten des Vermieters der Räume erkennen lässt, das – wenn auch in beschränkter Form – eine laufende Obsorge hinsichtlich der vermieteten Räume im Sinne einer daraus resultierenden Betreuung des Gastes verrät. So wurde beispielsweise bei der Zurverfügungstellung einer Wohnung Beherbergung von Gästen im Sinne des § 189 Abs 1 Z 1 GewO 1973 im Hinblick darauf angenommen, dass diese Tätigkeit auch die Reinigung der betreffenden Objekte und die Beistellung der Bettwäsche umfasste. Aus dieser Judikatur zum Begriff der „gewerblichen Beherbergung von Gästen“ ergibt sich also auch, dass dafür bereits ein geringes Ausmaß an für die Beherbergung typischen Dienstleistungen ausreichend ist (vgl insgesamt das Erkenntnis des VwGH vom 23.06.2010, 2008/06/0200, und die dort zitierte Vorjudikatur; vgl aber auch VwGH 23.11.2010, 2009/06/0013).

Im gegenständlichen Fall ist unstrittig, dass die gegenständliche Wohnung an wechselnde Gäste (Touristen) vermietet wird. Die Beschwerdeführer selbst nutzen die Wohnung hingegen nicht zu Erholungszwecken. Die Wohnung wird als Ferienwohnung im Internet über die Homepage der DD AG beworben bzw vermietet.

Wie auf Sachverhaltsebene festgestellt, erfolgt die Vermietung durch die Beschwerdeführer.

In Anbetracht all dieser Umstände muss angesichts der zitierten Judikatur davon ausgegangen werden, dass die Tätigkeit der Beschwerdeführer als Beherbergung von Gästen wohl im Sinn des § 111 Abs 2 Z 4 GewO 1994 (und nicht Abs 1 leg cit) zu qualifizieren ist.

An dieser Stelle wird angemerkt, dass es nicht erheblich ist, dass, sofern die Qualifikation nach § 111 Abs 2 Z 4 GewO 1994 zutrifft, ein Befähigungsnachweis nicht erforderlich ist; trotzdem liegt eine gewerbliche Beherbergung von Gästen im Sinn der GewO 1994 vor. Gleiches gilt

auch, sofern aufgrund § 1 Abs 1 Z 8 2. Genehmigungsfreistellungsverordnung das Erfordernis einer Betriebsanlagengenehmigung nicht bestehen würde, wobei von einer Freistellung in Anbetracht der Anzahl der Wohnungen und der Nutzungsstruktur ohne weitere Erhebungen nicht ohne Weiteres ausgegangen werden kann.

Nachdem die Beschwerdeführer selber die Wohnung Top * zu Erholungszwecken zum Zeitpunkt der Entscheidung der belangten Behörde nicht genutzt haben, war die Benützungsuntersagung nach § 46 Abs 6 lit g TBO 2018 hingegen zu beheben.

VI. 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.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

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.

Es besteht die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden können.

Landesverwaltungsgericht Tirol

Mag. Schaber
(Richter)