

**Gericht**

Verwaltungsgerichtshof

**Entscheidungsdatum**

23.06.2010

**Geschäftszahl**

2008/06/0200

**Betreff**

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Kail und die Hofräte Dr. Bernegger, Dr. Waldstätten, Dr. Bayjones und Dr. Moritz als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Schmidt, über die Beschwerde des US in E, vertreten durch Stix Rechtsanwälte Partnerschaft in 6020 Innsbruck, Franz-Fischer-Straße 17, gegen den Bescheid der Tiroler Landesregierung vom 19. Juni 2008, Zl. Ve1-8-1/443-3, betreffend Versagung eines Bauansuchens (mitbeteiligte Partei: Gemeinde E), zu Recht erkannt:

**Spruch**

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Das Land Tirol hat dem Beschwerdeführer Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.326,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

**Begründung**

Der Beschwerdeführer, ein deutscher Staatsbürger, beantragte mit Ansuchen vom 10. August 2007 bei der mitbeteiligten Gemeinde die Erteilung der baurechtlichen Bewilligung für den Neubau "Ferienhäuser-Doppelhaus" auf einem Grundstück in der mitbeteiligten Gemeinde. Geplant sind nach den eingereichten Plänen zwei aneinander gebaute dreigeschoßige Ferienhäuser (jeweils mit Keller-, Erd-, und Obergeschoß) mit jeweils zehn Betten (das Kellergeschoß umfasst jeweils einen Fitnessraum, ein Zimmer, einen Technikraum, ein WC und eine Dusche, das Erdgeschoß einen Wohnraum mit eingebauter Küche, ein Zimmer, einen Vorraum, Dusche und WC, das Obergeschoß drei Zimmer, ein Badezimmer und einen Duschkraum jeweils mit WC). Diesem Ansuchen lag eine Vollmacht bei, in der vom "geplanten Bauvorhaben von zwei Appartementhäusern für gewerbliche Zwecke (keine wie immer geartete Form von Ferienwohnsitzen)" gesprochen wird.

Der Bürgermeister der mitbeteiligten Gemeinde wies das Bauansuchen mit Bescheid vom 9. Oktober 2007 gemäß § 26 Abs. 3 lit. b Tiroler Bauordnung 2001 (TBO 2001) ab, da durch das Bauvorhaben entgegen § 12 Abs. 4 Tiroler Raumordnungsgesetz 2006 (TROG 2006) Freizeitwohnsitze neu geschaffen werden sollten. Die erstinstanzliche Behörde begründete dies insbesondere damit, dass auf Grund der Betriebsstruktur davon ausgegangen werden könne, es handle sich weder um einen Gastgewerbebetrieb im Sinne des § 12 Abs. 1 lit. a noch um eine Privatzimmervermietung im Sinne des § 12 Abs. 1 lit. c TROG 2006. Da keine gastgewerblichen Dienstleistungen erbracht würden und es sich um eine reine Raumvermietung handle, käme die Gewerbeordnung 1994 nicht zur Anwendung. Die Privatzimmervermietung gehöre zur Gruppe der häuslichen Nebenbeschäftigungen, die als Erwerbszweige definiert seien, die nach ihrer Eigenart und Betriebsweise als solche anzusehen seien und durch die Mitglieder des eigenen Hausstandes durchgeführt würden.

Der Gemeindevorstand der mitbeteiligten Gemeinde wies die dagegen erhobene Berufung des Beschwerdeführers mit Bescheid vom 22. November 2007 als unbegründet ab. Die Berufungsbehörde führte dazu im Wesentlichen aus, dass im Hinblick auf die Beschreibung des Vorhabens in der dem Bauansuchen beiliegenden Vollmacht das vorliegende Appartement-Doppelhaus als Gastgewerbebetrieb zur Beherbergung von Gästen betrieben werden solle. Gemäß § 12 Abs. 1 lit. a TROG 2006 gälten Gastgewerbebetriebe zur Beherbergung von Gästen nicht als Freizeitwohnsitze. Auch wenn der Beschwerdeführer nach dem Gewereregisterausdruck ein Gastgewerbe gemäß § 111 Abs. 1 Z. 1 GewO 1994 in der Betriebsart "Appartementhaus" bei der Bezirkshauptmannschaft R angemeldet habe, könne nur dann von einem Gastgewerbebetrieb zur Beherbergung von Gästen ausgegangen werden, wenn auch ein gemeinsamer, der Verköstigung der Gäste dienender Aufenthaltsraum vorhanden sei. Dies ergebe sich daraus, dass gemäß dem Tiroler Betriebsartenkatalog 2004 die Betriebsart "Appartementhaus" die Berechtigung "Frühstück und kalte

Imbisse sowie Ausschank von Getränken in verschlossenen Gefäßen eingeschränkt auf Hausgäste" umfasse. Den vorliegenden Planunterlagen sei jedoch zu entnehmen, dass ein gemeinsamer, der Verköstigung dienender Aufenthaltsraum im geplanten Objekt nicht vorhanden sei. Auf Grund von fehlenden Räumlichkeiten, die auch die Verabreichung von kleinen Imbissen oder eines Frühstückes und den Ausschank von Getränken ermöglichen, könne eben nicht von einem Gastgewerbebetrieb ausgegangen werden. Dies könne ohne weiteres Ermittlungsverfahren auf Grund der Planunterlagen festgestellt werden. Die reine Raumverwendung sei vom Anwendungsbereich der Gewerbeordnung 1994 ausgenommen, sofern keine gastgewerblichen Dienstleistungen erbracht würden.

Die belangte Behörde gab der dagegen erhobenen Vorstellung des Beschwerdeführers mit Bescheid vom 3. Jänner 2008 Folge, behob den angeführten Berufungsbescheid und verwies die Angelegenheit zur neuerlichen Entscheidung an den Gemeindevorstand der mitbeteiligten Gemeinde. Sie führte im Wesentlichen aus, dass maßgebliche Frage des vorliegenden Bauverfahrens sei, ob die Berufungsbehörde zu Recht vom Nichtvorliegen eines gewerblichen Beherbergungsbetriebes und daher von einem unzulässigen Freizeitwohnsitz ausgegangen sei. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes liege eine den Begriff der Beherbergung von Fremden zuzuordnende Tätigkeit nach der Gewerbeordnung dann vor, wenn gleichzeitig mit der Zurverfügungstellung der Räume damit üblicherweise im Zusammenhang stehende Dienstleistungen erbracht würden. Für das Vorliegen einer gastgewerblichen Fremdenbeherbergung sei es erforderlich, dass das aus dem Zusammenwirken aller Umstände sich ergebende Erscheinungsbild ein Verhalten des Vermieters der Räume erkennen lasse, das, wenn auch in beschränkter Form, eine laufende Obsorge hinsichtlich der vermieteten Räume im Sinne einer daraus resultierenden Betreuung der Gäste verrate. Typisch gastgewerbliche Dienstleistungen müssten nicht in der Verabreichung von Speisen und dem Ausschank von Getränken bestehen, diese könnten nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes auch aus verschiedenen anderen Dienstleistungen ersichtlich sein, z.B. tägliche Reinigung des Objektes und des Zimmers, täglicher Bettwäsche- und Handtücherwechsel, Beschäftigung eines Zimmermädchens, Rezeptionsdienste, gemeinsame Aufenthaltsräume für Unterhaltung, gemeinsame Fitness- und Wellnessanlagen, Fernsehraum etc.

Entgegen dieser sehr detaillierten Beschreibung der geplanten Tätigkeit für die gegenständliche Abgrenzung (zwischen gewerblichem Beherbergungsbetrieb und bloßer Raumvermietung) habe sich die Begründung der Berufungsbehörde in der lapidaren (und unzutreffenden) Aussage erschöpft, wonach ein Gastgewerbebetrieb schon deswegen nicht vorliege, da ein gemeinsamer, der Verköstigung dienender Aufenthaltsraum im geplanten Objekt nicht vorhanden sei. Aus der der mitbeteiligten Gemeinde von der Bauberatung des Tiroler Gemeindeverbandes erteilten Auskunft vom 2. Oktober 2007 ergebe sich vielmehr, dass den Baubehörden die Ermittlungsaufgabe zugekommen wäre, sämtliche vom Beschwerdeführer in Auftrag gegebenen Dienstleistungen (also etwa tägliche Reinigung des Objektes und des Zimmers, täglicher Bettwäsche- und Handtücherwechsel, Beschäftigung eines Zimmermädchens, Rezeptionsdienste, gemeinsame Aufenthaltsräume für Unterhaltung, gemeinsame Fitness- und Wellnessanlagen, Fernsehraum, ...) zu erheben und an Hand dieser (unter voller Einbindung des Beschwerdeführers erfolgenden) ergänzenden Erhebungen festzustellen, ob eine gastgewerbliche Tätigkeit vorliege oder nicht. Da dies nicht erfolgt sei, liege ein wesentlicher Verfahrensfehler vor. Die Berufungsbehörde werde im fortgesetzten Verfahren sämtliche im gegenständlichen Objekt vorgesehenen Dienstleistungen im angeführten Sinne zu erheben und zu bewerten haben.

Der Gemeindevorstand der mitbeteiligten Gemeinde forderte den Beschwerdeführer mit Schreiben vom 11. Februar 2008 auf, mittels entsprechender Belege nachzuweisen, dass in dem vorliegenden Objekt ein Gastgewerbe betrieben werden solle.

Der Beschwerdeführer führte in seinem Schreiben vom 6. März 2008 aus, dass ihm die gewerberechtliche Befugnis zum Betrieb des Gastgewerbes gemäß § 111 Abs.1 Z.1 GewO 1994 in der Betriebsart Appartementhaus von der Gewerbebehörde mit Bescheid vom 23. August 2007 für den vorliegenden Standort erteilt worden sei.

"Im Rahmen der Ausübung des Gastgewerbebetriebes" im verfahrensgegenständlichen Standort werden vom Beschwerdeführer für die Gästeversorgung insbesondere folgende Dienstleistungen angeführt:

- Brötchendienst/Frühstückskorb auf Bestellung (Brot, Milch, Butter, Wurst, Käse, Marmelade, Tee, Kaffee)
- Getränke in Flaschen werden zum Verkauf angeboten
- Wäscheservice gegen Aufpreis
- Gästegeschenke bei Hochzeiten, Flitterwochen oder Jubiläen
- einmal wöchentlich Kuchenbestellservice
- Babysitting bei Bestellung etc.

"Im Rahmen der Ferienhausbetreuung" wurden vom Beschwerdeführer insbesondere folgende Dienstleistungen genannt:

- zweimal wöchentlicher Austausch von Hand- und Küchentüchern
- einmal wöchentliche Beistellung frischer Bettwäsche
- Beistellung von Tischwäsche

- regelmäßige Wohnungsreinigung nach Bestellung
- Schneeräumdienst
- Gartenpflege
- Blumenpflege in und um das Haus
- regelmäßige Fensterreinigung
- regelmäßige Reinigung des Saunabereiches
- Beistellung eines Schiabeltraumes etc.

Darüber hinaus würden zusätzliche Dienstleistungen, wie Restaurantberatung und Durchführung von Reservierungen, Ausflugsberatung und Durchführung von Reservierungen, kostenloser Schwimmbadbesuch im Erlebnisbad E, kostenlose Benützung der Tennishalle und der Eiskunsthalle, geführte Wanderungen und Kinderanimation kostenlos durch Partnerbetriebe, Telefon- und Telefax-Benützung, Verleih verschiedener Sportgeräte, von Computern und DVD-Playern, angeboten.

Der Gemeindevorstand der mitbeteiligten Gemeinde wies das Bauansuchen mit Bescheid vom 31. März 2008 gestützt auf § 26 Abs. 3 lit. b TBO 2001 neuerlich als unbegründet ab. Die Berufungsbehörde führte dazu im Wesentlichen aus, dass in den Planunterlagen Räumlichkeiten, die zur Umsetzung der vorgesehenen Dienstleistungen notwendig wären, nicht vorhanden seien, wie Waschküche, Frühstücksküche, Sozialräume für Bedienstete, WC-Anlagen und Umkleidegarderobe für Bedienstete, Lagerräume (für Getränke, Kinderbetten, Reinigungsgeräte, Schneeräumgeräte, Rucksäcke, Rodeln und Wanderstöcke, Computer- und DVD-Player, Weihnachtsschmuck, Ständer für Weihnachtsbäume), Waschräume, Rezeption für die Beratung von Reservierungs- und Bestellservicetätigkeiten. Das Fehlen dieser Einrichtungen lasse den Schluss zu, dass die vorgesehenen Dienstleistungen nicht angeboten werden könnten. Die Ausstattung zum Betrieb eines Gastgewerbes im Sinn des § 111 Abs. 1 Z. 1 GewO 1994 sei somit nicht gegeben.

Die belangte Behörde wies die dagegen erhobene Vorstellung des Beschwerdeführers mit dem angefochtenen Bescheid als unbegründet ab. Sie führte dazu im Wesentlichen aus, dass das Fehlen bestimmter Räumlichkeiten noch nicht den Schluss zulasse, dass eine gewerbliche Tätigkeit nicht vorliege. Ein Fehlen jeglicher Räumlichkeiten, die üblicherweise für die Vorbereitung oder Vermittlung der vom Beschwerdeführer angeführten Dienstleistungen notwendig seien, vermittele aber ein Erscheinungsbild, das eine laufende Obsorge und Betreuung der Gäste nicht erkennen lasse. Beispielhaft sei angeführt, dass das Vorbereiten eines Frühstückskorbes einen Vorbereitungsraum erfordere, anderenfalls es sich wohl nur um Vermittlungstätigkeiten handeln könne. Ebenso ließen die angeführten Dienstleistungen Wäscheservice, Wohnungsreinigung mangels angeführter Lagerungsmöglichkeiten für Wäsche, Reinigungsgeräte etc. den Schluss zu, dass diese im Bedarfsfall nur vermittelt werden könnten. Auch die Tatsache, dass diese Dienstleistungen nicht täglich angeboten würden, sprächen gegen eine laufende Betreuung. Schließlich lasse das Fehlen eines Raumes für das Entgegennehmen von Wünschen bzw. Bestellungen und für das Durchführen von Reservierungen darauf schließen, dass Wünsche und Bestellungen nicht persönlich, sondern per Telefon/EDV entgegengenommen und vermittelt würden. Eine laufende, wenn auch beschränkte Obsorge und Betreuung der Gäste sei kaum vorstellbar, da auf Grund des Fehlens jeglicher dafür notwendiger Räumlichkeiten eine Form der persönlichen Betreuung nicht möglich sei und sich daher die Dienstleistungen letztlich im Vermitteln von Diensten im Bedarfsfall erschöpften.

Die Berufungsbehörde sei auf die einzelnen Dienstleistungen zwar nicht näher eingegangen. Da ohne Mindestmaß an Infrastruktur laufende Betreuungsleistungen nicht erbracht werden könnten, hätte eine ergänzende Prüfung jedoch zu keinem anderen Ergebnis geführt. Die aufgelisteten Angebote ließen nur geringfügige Dienstleistungen erkennen und stellten noch keine charakteristischen regelmäßigen Gewerbetätigkeiten dar.

Für eine Qualifikation als Gastgewerbebetrieb gemäß § 12 Abs. 1 lit. a TROG 2006 sei die Art der Tätigkeit maßgeblich, das Vorliegen einer gewerblichen Betriebsanlagengenehmigung sei nicht relevant. Da der Beschwerdeführer seinen Hauptwohnsitz in Deutschland habe, könne der Tatbestand der Privatzimmervermietung nicht erfüllt sein. Ebenso scheide aus diesem Grund die Qualifikation als "Ferienwohnungen" gemäß § 12 Abs. 1 lit. b TROG 2006 aus.

Der Verfassungsgerichtshof hat die Behandlung der dagegen zunächst bei ihm erhobenen Beschwerde mit Beschluss vom 22. September 2008, B 1415/08-3, gemäß Art. 144 Abs. 2 B-VG abgelehnt und die Beschwerde mit weiterem Beschluss vom 24. Oktober 2008, B-1415/08-5, dem Verwaltungsgerichtshof zur Entscheidung abgetreten.

In der nach Aufforderung ergänzten Beschwerde wird Rechtswidrigkeit des Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend gemacht.

Die belangte Behörde hat die Verwaltungsakten vorgelegt und eine Gegenschrift samt Antrag auf kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde erstattet.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Im vorliegenden Beschwerdefall ist die Tiroler Bauordnung, LGBl. Nr. 94/2001 (TBO 2001), in der Fassung LGBl. Nr. 35/2005 anzuwenden.

Gemäß § 21 Abs. 3 TBO 2001 hat der Bauwerber, wenn auf Grund der Lage, der Ausgestaltung oder der Einrichtung eines Gebäudes, einer Wohnung oder eines sonstigen Gebäudeteiles die Verwendung als Freizeitwohnsitz entgegen dem § 12 Abs. 2 oder 5 Tir. Raumordnungsg 2001 nicht auszuschließen sei, 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.

Gemäß § 26 Abs. 3 lit. b TBO 2001 ist das Bauansuchen ohne weiteres Verfahren abzuweisen, wenn bereits auf Grund des Ansuchens offenkundig ist, dass

"b) durch das Bauvorhaben entgegen dem § 12 Abs. 4 des Tiroler Raumordnungsgesetzes 2001 ein Freizeitwohnsitz neu geschaffen oder entgegen dem § 14 Abs. 1 oder 2 des Tiroler Raumordnungsgesetzes 2001 ein Freizeitwohnsitz wieder aufgebaut oder erweitert werden soll."

§ 12 Abs. 1 und Abs. 4 Tiroler Raumordnungsgesetz 2006, LGBl. Nr. 27 (Wiederverlautbarung des Tiroler Raumordnungsgesetzes 2001) - TROG 2006, sieht in Bezug auf Beschränkungen für Freizeitwohnsitze Folgendes vor:

"§ 12

### **Beschränkungen für Freizeitwohnsitze**

(1) Freizeitwohnsitze sind Gebäude, Wohnungen oder sonstige Teile von Gebäuden, die nicht der Befriedigung eines ganzjährigen, mit dem Mittelpunkt der Lebensbeziehungen verbundenen Wohnbedürfnissen 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 sowie Kur- und Erholungsheime, die von öffentlichen Einrichtungen, Betrieben oder Einrichtungen der freien Jugendwohlfahrt erhalten werden,

b) 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.

c) 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) ...

(4) Die Baubewilligung für Neubauten, die ganz oder teilweise als Freizeitwohnsitze verwendet werden sollen, sowie für Zubauten 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. 2 zweiter und dritter Satz vorliegt und die höchstzulässige Anzahl an Freizeitwohnsitzen auf diesem Grundstück nicht überschritten wird. Maßgebend ist die Anzahl der Freizeitwohnsitze aufgrund des Verzeichnisses der Freizeitwohnsitze nach § 12 Abs. 1."

Der Beschwerdeführer wendet sich dagegen, dass die belangte Behörde das Vorliegen eines Gastgewerbebetriebes im Sinne der Gewerbeordnung 1994 verneine. Er beruft sich insbesondere darauf, dass nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (Hinweis auf das Erkenntnis vom 27. Jänner 1987, Zl. 85/04/0163) jede Tätigkeit, die über die bloße Überlassung von Wohnraum zum Gebrauch hinausgehe, jedenfalls gewerberechtliche Relevanz besitze. Das Fehlen von Gemeinschaftsräumen wie auch das Fehlen von Lagerräumen etc. könne an der Eigenschaft eines Gebäudes als Gastgewerbebetrieb nichts ändern bzw. nicht ausschließen, dass dennoch eine persönliche Betreuung der Gäste durch den Gewerbetreibenden erfolge. Der Beschwerdeführer verfüge über die gewerberechtliche Befugnis des Gastgewerbes gemäß § 111 Abs. 1 Z. 1 GewO 1994 in der Betriebsart Appartementhaus auf dem verfahrensgegenständlichen Grundstück. Er habe im Verfahren sämtliche Dienstleistungen angeführt, die er im Rahmen der Ferienhausbetreuung und zur Versorgung der Gäste erbringe (u.a. die wöchentliche Beistellung frischer Bettwäsche, der zweimal wöchentlich stattfindende Austausch von Hand- und Küchentüchern, die regelmäßige Wohnungsreinigung). Auf Grund der zur Verfügung gestellten Leistungen handle es sich um eine Beherbergung von Gästen im Sinne der GewO 1994. Der Verwaltungsgerichtshof habe in dem hg. Erkenntnis vom 15. September 1992, VwSlg. Nr. 13.694/A, klar gestellt, dass es sich bei der Zurverfügungstellung von Schlafräumen und Bettzeug, das bei Bedarf gegen Bezahlung gereinigt werde, und bei einer Reinigung des ganzen Objektes einmal wöchentlich jedenfalls um eine unter die Gewerbeordnung fallende Beherbergung von Gästen handle. Trotz dieser eindeutigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes vertrete die belangte Behörde im vorliegenden Fall eine andere Ansicht. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes sei nicht ersichtlich, dass für die Qualifikation eines Objektes als Gastgewerbebetrieb das Vorhandensein bestimmter Räumlichkeiten unabdingbare Bedingung sei. Es ergebe sich daraus auch nicht, dass die persönliche Betreuung der Gäste durch den vor Ort anwesenden Betriebsinhaber eine Voraussetzung für einen Gastgewerbebetrieb darstelle. Der Verwaltungsgerichtshof stelle vielmehr nur auf die

Zurverfügungstellung bestimmter Tätigkeiten und Leistungen, die als solche regelmäßig gegenüber den Gästen erbracht würden, ab. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes gehe es bloß um bestimmte Leistungen, die den Gästen zugute kämen und als solche regelmäßig angeboten würden. Lediglich das Vermieten von Räumlichkeiten samt Inventar ohne damit im Zusammenhang stehende Dienstleistungen stelle grundsätzlich keine Tätigkeit dar, die der Gewerbeordnung unterliege. Die entgeltliche Zurverfügungstellung von Appartements an Gäste für Erholungszwecke falle indessen sehr wohl unter die Beherbergung von Gästen im Rahmen eines Gastgewerbes (Hinweis auf das angeführte Erkenntnis vom 27. Jänner 1987).

Diesem Vorbringen kommt im Ergebnis Berechtigung zu. Gemäß § 12 Abs. 1 lit. a TROG 2006 sind u.a. "Gastgewerbebetriebe zur Beherbergung von Gästen" keine Freizeitwohnsitze im Sinne des § 12 Abs. 1 erster Satz TROG 2006. Diesem im TROG 2006 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 (vgl. die hg. Erkenntnisse vom 27. Oktober 1998, Zl. 97/05/0331, und vom 17. Dezember 2009, Zl. 2008/06/0050). Der Kompetenztatbestand "Gewerbe" in Art. 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 (vgl. das Erkenntnis vom 27. Jänner 1987, Zl. 85/04/0163, und das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 23. Juni 1963, VfSlg. Nr. 4227). 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 Art. V lit. e des Kundmachungspatentes zur Gewerbeordnung 1859 als Nebenbeschäftigung (Privatzimmervermietung) vom Anwendungsbereich der Gewerbeordnung ausgenommene Tätigkeit handelte (vgl. das bereits angeführte hg. Erkenntnis vom 27. Jänner 1987 und die in diesem dazu angeführte hg. Judikatur und Literatur).

Nach der hg. Judikatur (vgl. insbesondere das hg. Erkenntnis vom 15. September 1992, VwSlg. Nr. 13.694/A) 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 Vertrages (bloß Schlafstelle und Wohnraum und dessen Umfang), Dauer des Vertrages, Verabredung in Ansehung von Kündigung und Kündigungsfristen, Nebenverabredung über Beistellung von Bettwäsche und Bettzeug, über Dienstleistungen, wie Reinigung der Haupt- und der Nebenräume, der Bettwäsche, der Kleider usw. des Mieters, Beheizung udgl. sowie auch die Art und Weise, in welcher sich der Betrieb nach außen darstellt. Nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofes liegt eine den 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 ist z.B. die entgeltliche Vergabe von Bettstellen in einem Massenquartier selbst dann als Ausübung des Fremdenbeherbergungsgewerbes anzusehen, wenn in völlig unzureichendem Maße sanitäre Einrichtungen beigestellt werden und an Dienstleistungen dem Kunden gegenüber nur die gelegentliche Beistellung von Bettwäsche erbracht wird (vgl. das angeführte Erkenntnis vom 15. September 1992 und das hg. Erkenntnis vom 15. September 1992, Zl. 91/04/0041). So wurde auch 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 (vgl. das hg. Erkenntnis vom 25. April 1995, Zl. 93/04/0125). Eine gewerbliche Beherbergung von Gästen im Sinne des § 111 Abs. 1 Z. 1 GewO 1994 wurde auch im Hinblick auf die Zurverfügungstellung von einzelnen Schlafstellen (Matratzen, Lager) an Asylwerber durch einen Verein angenommen, der - wenn auch in beschränkter Form - Dienstleistungen gegenüber den Mietern der Schlafstellen erbrachte, als er die Reinigung der Toiletten durchführte und in einem Aufenthaltsraum eine Unterhaltungsmöglichkeit in Form eines Fernsehgerätes zur Verfügung stellte (vgl. das hg. Erkenntnis vom 18. Februar 2009, Zl. 2005/04/0249). 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.

Aus dem Umstand, dass der Beschwerdeführer im Hinblick auf die angegebenen Dienstleistungen keine entsprechenden Betriebsräumlichkeiten in dem in Frage stehenden Appartement-Doppelhaus selbst unterhält, kann nicht abgeleitet werden, dass die vom Beschwerdeführer angegebenen Dienstleistungen im Zusammenhang mit dem Betrieb der beiden Appartementshäuser nicht erbracht werden. Davon ist die belangte Behörde auch nicht ausgegangen, sondern sie meinte, dass sich aus dem Fehlen solcher Räumlichkeiten ein Erscheinungsbild der verfahrensgegenständlichen Tätigkeit des Beschwerdeführers als Vermieter des Appartement-Doppelhauses ergebe, das eine laufende Obsorge dafür durch ihn nicht erkennen lasse.

Wenn der Beschwerdeführer auch nur einen Teil der von ihm angegebenen Dienstleistungen, insbesondere die Reinigungsleistungen, selbst oder durch beauftragte Dritte erbringt, kann rechtens jedoch nicht angenommen

werden, dass das Erscheinungsbild dieser Tätigkeit des Beschwerdeführers ein solches ist, das eine laufende Obsorge für das Apartment-Doppelhaus nicht erkennen lässt. Wenn der Beschwerdeführer die angeführten Dienstleistungen durch beauftragte Dritte erbringen lässt, die die jeweils erforderlichen Geräte oder Gegenstände mitbringen, steht dies nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofes der Annahme einer gewerblichen Beherbergung von Gästen im Sinne der GewO 1994 nicht entgegen. Warum es sich dabei gewerberechtlich um eine bloße Vermittlungstätigkeit des Beschwerdeführers handeln sollte, wird von der belangten Behörde nicht näher begründet.

Hinzu kommt im vorliegenden Fall auch noch, dass der Beschwerdeführer gemäß § 21 Abs. 3 TBO 2001 glaubhaft zu machen hatte, dass das beantragte zu errichtende Gebäude nicht als Freizeitwohnsitz verwendet werde, was im Hinblick auf die im § 12 Abs. 1 TROG 2006 normierten Ausnahmen (im vorliegenden Fall der behauptete Gastgewerbebetrieb in Form der Beherbergung von Gästen) bedeutete, eine solche vom Freizeitwohnsitzbegriff nicht erfasste, behauptete Verwendung des Gebäudes glaubhaft zu machen. Glaubhaftmachen bedeutet nicht, die Behörde von der Richtigkeit der behaupteten Tatsache zu überzeugen, sondern von der Wahrscheinlichkeit ihres Vorliegens (vgl. zu § 45 AVG die in *Walter/Thienel*, Verwaltungsverfahrensgesetze I2 (2000), S. 646 f, in E. 21 ff angeführte hg. Judikatur). Indem die belangte Behörde auf Grund des Fehlens bestimmter Betriebsräumlichkeiten davon ausgegangen ist, dass die verfahrensgegenständliche Vermietung der beiden Appartementshäuser keinen Gewerbebetrieb darstelle, belastete sie den angefochtenen Bescheid gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG mit Rechtswidrigkeit seines Inhaltes.

Angemerkt wird, dass sich die belangte Behörde mit der Frage des Vorliegens eines Gastgewerbebetriebes zur Beherbergung von Gästen als Vorfrage gemäß § 38 AVG auseinander zu setzen hatte. Eine Rechtswidrigkeit kann in dieser Vorgangsweise nicht erblickt werden.

Weiters meint der Beschwerdeführer, dass § 21 Abs. 3 Tir. Bauordnung 2001 (TBO 2001) gegenüber dem Beschwerdeführer insbesondere einen Verstoß gegen die unmittelbar anwendbare, im primären Gemeinschaftsrecht verankerte Grundfreiheit der Kapitalverkehrsfreiheit darstelle. Durch diese Bestimmung werde dem Bauwerber die Beweisführungslast auferlegt. Seine Angaben unterlägen einer Plausibilitätsprüfung.

Dazu ist Folgendes auszuführen:

Der EuGH hat in seinem Urteil vom 5. März 2002, C-515/99 u. a., im Fall *Reisch u. a.*, zu einer Regelung des Sbg. Grundverkehrsgesetzes ausgesprochen, dass Maßnahmen, durch die ein Verfahren der vorherigen Anzeige/Genehmigung des Erwerbs von Baugrundstücken eingeführt wird, bereits durch ihren Gegenstand den freien Kapitalverkehr beschränken. Solche Beschränkungen könnten gleichwohl zugelassen werden, wenn die nationalen Vorschriften in nicht diskriminierender Weise ein im Allgemeininteresse liegendes Ziel verfolgten und wenn sie den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachteten, d.h., wenn sich das gleiche Ergebnis mit anderen, weniger einschneidenden Maßnahmen nicht erreichen ließe.

Beschränkungen der Errichtung von Zweitwohnungen in einem bestimmten geografischen Gebiet, die ein Mitgliedstaat in Verfolgung raumplanerischer Ziele zur Erhaltung einer dauerhaft ansässigen Bevölkerung und einer vom Tourismus unabhängigen Wirtschaftstätigkeit verfüge, könnten als Beitrag zu einem im Allgemeininteresse liegenden Ziel angesehen werden. Diese Feststellung könne durch andere Anliegen, die diesen Maßnahmen zu Grunde lägen, wie solche des Umweltschutzes, nur erhärtet werden. Aus den Vorschriften des Salzburger GVG habe sich auch keine Ungleichbehandlung von österreichischen Erwerbern und Personen, die ihren Wohnsitz in anderen Mitgliedstaaten haben und die vom Vertrag garantierten Freiheiten in Anspruch nehmen, ergeben.

Weiters stellte der EuGH im genannten Urteil gestützt auf das Urteil *Konle* vom 1. Juni 1999, C-302/97, fest, dass das aus raumplanerischen Gründen aufgestellte Erfordernis einer dem Erwerb von Baugrundstücken vorausgehenden Erklärung (dass es als Hauptwohnsitz oder gewerblich genutzt werde), das mit der Möglichkeit von Sanktionen im Fall des Verstoßes gegen die abgegebene Erklärung bewehrt sei, mit dem Gemeinschaftsrecht in Einklang stehe. Im Hinblick darauf, dass der Grundverkehrsbeauftragte auf Grund der vor ihm abgegebenen Erklärung ein Genehmigungsverfahren einleiten könne, wenn er Grund zur Befürchtung habe, dass das Grundstück nicht erklärungsgemäß genutzt werde, vertrat der EuGH die Ansicht, angesichts der Kontrollmöglichkeit, die die Regelung der vorherigen Anzeige der Verwaltung eröffne, sowie der Existenz von Strafsanktionen und einer besonderen Nichtigkeitsklage, die vor dem nationalen Gericht erhoben werden könne, wenn das verwirklichte Vorhaben nicht der ursprünglichen Erklärung entspreche, könne das Verfahren der vorherigen Genehmigung, das allein der Grundverkehrsbeauftragte auf der Grundlage bloßer Vermutungen einleiten könne, nicht als Maßnahme angesehen werden, die zur Verhinderung von Zuwiderhandlungen gegen die in den Ausgangsverfahren in Rede stehende Regelung über Zweitwohnungen absolut unerlässlich wäre.

Nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofes kann aus diesen Überlegungen des EuGH zu dem in der TBO 2001 grundsätzlich vorgesehenen Baugenehmigungsverfahren und der dabei allenfalls geforderten Glaubhaftmachung, dass keine Freizeitwohnsitznutzung beabsichtigt ist, kein Widerspruch zum Unionsrecht abgeleitet werden. Die mit § 21 Abs. 3 TBO 2001 verfolgte Regelung dient dem vom EuGH anerkannten Allgemeininteresse der Erhaltung einer dauerhaft ansässigen Bevölkerung, sie gilt für österreichische Staatsbürger wie Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten in gleicher Weise und sie muss auch im Rahmen des im Baurecht grundsätzlich vorgesehenen und in dieser Materie weitgehend erforderlichen Genehmigungsverfahrens als verhältnismäßig angesehen werden. Allein nachträgliche Maßnahmen, wie

insbesondere die Erlassung von Abbruchsbescheiden in Bezug auf Gebäude, die nach Errichtung rechtswidriger Weise zur Freizeitwohnsitznutzung verwendet werden, sind als keine ausreichenden Maßnahmen zur Verhinderung der Errichtung von solchen Bauten zu beurteilen.

Auf das übrige Vorbringen in der Beschwerde brauchte anlässlich der bereits festgestellten inhaltlichen Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides nicht mehr eingegangen zu werden. Festzustellen ist insbesondere, dass im Lichte des Vorbringens des Beschwerdeführers nur die Ausnahme des § 12 Abs. 1 lit. a TROG 2006 betreffend die gewerbliche Beherbergung von Gästen im vorliegenden Fall eine Rolle spielte.

Der angefochtene Bescheid war gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG - wie dargelegt - wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufzuheben.

Der Ausspruch über den Aufwandsersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG i.V.m. der Verordnung BGBl. II Nr. 455/2008.

Wien, am 23. Juni 2010