

Geschäftszeichen:

**LVwG-2018/32/0928-4**

Ort, Datum:

Innsbruck, 05.06.2018

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Tirol erkennt durch seinen Richter Ing. Mag. Peinstingl über die Beschwerde der AA mit Sitz in Z, vertreten durch die BB, Adresse 1, Y, gegen den Bescheid der Bürgermeisterin der Gemeinde X vom 09.03.2018, Zahl \*\*\*\*, betreffend eine Angelegenheit nach der Tiroler Bauordnung 2018 nach der Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

### zu Recht:

1. Die Beschwerde wird mit der Maßgabe der beiden nachfolgenden Spruchpunkte als **unbegründet abgewiesen**.
2. Gemäß § 46 Abs 6 lit c und g TBO 2018 wird der AA die weitere Benützung der Wohnungen mit 28 Betten im Anwesen Adresse 2, X, über den bewilligten Verwendungszweck als Wohnungen hinausgehenden Zweck, nämlich zur gewerblichen Beherbergung und zur Nutzung als Freizeitwohnsitze untersagt.
3. Der Untersagung der weiteren Benützung gemäß Spruchpunkt 2. ist unverzüglich nachzukommen.
4. Die **ordentliche Revision** ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG **nicht zulässig**.

### Entscheidungsgründe

#### I. Verfahrensgang:

Mit dem Bescheid der Bürgermeisterin der Gemeinde X vom 23.05.2016, Zahl \*\*\*\*, wurde der Abbruch des bestehenden Wohnhauses und Neubau eines Wohngebäudes mit 3

Wohneinheiten baurechtlich bewilligt. Den bewilligten Planunterlagen ist zu entnehmen, dass 3 Gebäude mit jeweils einer Wohnung bewilligt wurden.

In der Folge wurde gemeindebehördlich erhoben, dass die gegenständlichen Wohnungen als Urlaubsangebot zur Vermietung angeboten werden, weshalb die die AA mit Schreiben vom 19.12.2017 zu einer Stellungnahme aufgefordert wurde.

Mit der Eingabe vom 19.02.2018 bezieht sich die AA auf ihr Schreiben vom 12.03.2015 im Rahmen des baubehördlichen Verfahrens, wonach die 3 Wohneinheiten kurzfristig an wechselnde touristische Gäste vermietet werden sollen. Gleichzeitig teilt die AA mit, dass eine Gewerbeberechtigung bei der Bezirkshauptmannschaft W beantragt wird. Zudem wird ein Bauansuchen für den geänderten Verwendungszweck für den 16.03.2018 in Aussicht gestellt.

In der Folge erging der nunmehr angefochtene Bescheid vom 03.03.2018, der sich auf § 39 Abs 6 lit c und g TBO 2011 stützt und mit dem der AA die weitere Benützung der baulichen Anlage für den festgestellte Nutzung untersagt wird.

Gegen diesen Bescheid hat die rechtsfreundlich vertretene AA zulässig und rechtzeitig Beschwerde an das Landesverwaltungsgericht Tirol erhoben und darin wie folgt ausgeführt:

„I.

*In umseits bezeichneter Rechtssache gibt die Beschwerdeführerin bekannt, dass sie BB mit ihrer rechtsfreundlichen Vertretung beauftragt hat und beruft sich die Rechtsvertreterin gemäß § 10 AVG (§ 8 RAO) auf die ihr erteilte Vollmacht.*

*Gegen den Bescheid der Bürgermeisterin der Gemeinde X vom 09.03.2018, AZ \*\*\*\*\*, wird binnen offener Frist*

**BESCHWERDE**

*an das Landesverwaltungsgericht Tirol erhoben und ausgeführt wie folgt:*

*Der Bescheid wird im gesamten Umfang angefochten.*

A.) Sachverhalt

*Die Beschwerdeführerin ist Alleineigentümerin der Liegenschaft EZ \*\*\*\*\* KG \*\*\*\*\* X (Urkunde ./3). Die gegenständliche Liegenschaft ist als Freiland gemäß § 41 TROG gewidmet (Urkunde . 4).*

*Mit Baubescheid der belangten Behörde vom 23.05.2016, AZ \*\*\*\*\*, wurde der Antrag der Beschwerdeführerin auf Abbruch des bestehenden Wohnhauses und Neubau eures Wohngebäudes mit drei Wohneinheiten auf dem GSt. \*\*1, vorgetragen in EZ \*\*\*\*\* KG \*\*\*\*\**

X, mit der Liegenschaftsadresse Adresse 2, X, bewilligt (Urkunde ./5). In diesem Baubescheid ist ausdrücklich festgehalten, dass die Liegenschaft EZ \*\*\*\* KG \*\*\*\* X im Flächenwidmungsplan der Gemeinde X als Freiland ausgewiesen ist. Im Baubescheid wurde hinsichtlich der Nutzung dieses Wohngebäudes keine Auflagen erteilt.

In weiterer Folge hat die Beschwerdeführerin die einzelnen Wohneinheiten (Chalets) an Urlaubsgäste in Form einer gewerblichen „Beherbergung von Gästen“ vermietet. Daraufhin wurde die Beschwerdeführerin mit Schreiben der belangten Behörde vom 19.12.2017 zu einer Stellungnahme hinsichtlich der Nutzung des Objektes aufgefordert. Mit Schreiben der Beschwerdeführerin vom 19.02.2018 (Beilage ./6) wurde der belangten Behörde mitgeteilt, dass die Vermietung der Wohnungen (Chalets) im Rahmen eines Gastgewerbebetriebes zur Beherbergung von Gästen iSd § 13 Abs. 1 lit. a TROG 2011 und des § 111 GewO 1994 erfolgt und eine entsprechende Gewerbeanmeldung bis 15.03.2018 erfolgt.

Trotz dieser Stellungnahme hat die belangte Behörde den gegenständlich angefochtenen Bescheid am 09.03.2018 erlassen.

B.)

Die belangte Behörde stützt den gegenständlich angefochtenen Bescheid darauf, dass es sich bei der Vermietung der Ferienwohnungen um einen Freizeitwohnsitz handle und die Ausnahmebestimmung des § 13 Abs. 1 lit. c TROG 2016 nicht zur Anwendung gelangen würde.

Zum Zeitpunkt der Erlassung des Baubescheides vom 23.05.2016 war das TROG 2011 in Geltung. § 13 Abs. 1 lit. a TROG 2011 lautete auszugsweise wie folgt:

*„Gastgewerbebetriebe zur Beherbergung von Gästen, sofern Gemeinschaftsräume vorhanden sind und gewerbetypische Dienstleistungen, insbesondere die regelmäßige Raumreinigung und das regelmäßige Wechseln der Wäsche, erbracht werden und überdies seitens des Betriebes die ständige Erreichbarkeit einer Ansprechperson gewährleistet ist,“*

Die durchgeführte Vermietung (Beherbergung von Gästen) erfolgte im Rahmen des TROG 2011 zu Recht. Zum Zeitpunkt der Erlassung des Baubewilligungsbescheides war der belangten Behörde bekannt, dass eine gewerbliche Vermietung (Beherbergung von Gästen) geplant ist.

Tatsächlich werden die einzelnen Chalets nicht als Ferienwohnungen iSd § 13 Abs. 1 lit. c TROG 2011 vermietet, sondern - wie auch in der Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 19.02.2018 ausdrücklich festgehalten - in Form eines Gastgewerbebetriebes zur Beherbergung von Gästen iSd § 13 Abs. 1 lit. a TROG 2011 genutzt. Es werden den Gästen gewerbetypische Dienstleistungen (Raumreinigung, Wäschedienste, Concierge-Service usw.) bereitgestellt.

Die belangte Behörde hat sich offensichtlich nicht mit der tatsächlichen Nutzung dieser Chalets auseinandergesetzt, sondern gründet ihre Feststellung der Nutzung als ‚Ferienwohnung‘ iSd § 13 Abs. 1 lit. c TROG 2016 auf eine Präsentation im Internet. Hätte die belangte Behörde die Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 19.02.2018 berücksichtigt bzw. rechtlich richtig gewürdigt, wäre sie zum Ergebnis gelangt, dass es sich bei der tatsächlichen Nutzung Gastgewerbebetrieb zur Beherbergung von Gästen um einen Ausnahmetatbestand gemäß § 13 Abs. 1 lit. a TROG 2011 bzw. nunmehr § 13 Abs. 1 lit. a TROG 2016 handelt.

Die belangte Behörde hat die nach wie vor für die gegenständliche Baubewilligung geltende Ausnahmeregelung des § 13 Abs. 1 lit. a TROG 2011 unberücksichtigt gelassen.

#### C.)

Die belangte Behörde führt rechtswidrig aus, dass eine gewerbliche Beherbergung in der gegenständlichen Flächenwidmung (Freiland) keine rechtliche Deckung finden würde.

Dahingehend wird ausgeführt, dass nicht § 41 TROG 2016 einschlägig ist, sondern § 42b Abs. 4 TROG 2016 (Abbruch und Neubau eines Gebäudes im Freiland, welches keine Hofstelle ist bzw. keiner land- und forstwirtschaftlichen Nutzung dient). Im § 42b Abs. 4 leg. cit. ist keine Nutzungseinschränkung vorgesehen und ist daher die gewerbliche Beherbergung von Gästen in einem bereits baurechtlich bewilligten Wohngebäude mit drei Wohneinheiten jedenfalls zulässig.

Weiters wird ausgeführt, dass § 39 Abs. 6 lit. c TBO 2011 nicht zur Anwendung gelangt, da die Beschwerdeführerin die gegenständliche bauliche Anlage nicht ‚zu einem anderen als dem bewilligten bzw. dem aus der baulichen Zweckbestimmung hervorgehenden Verwendungszweck‘, sondern entsprechend dem von der belangten Behörde erlassenen Baubescheid vom 23.05.2016, AZ \*\*\*\*, benützt. Zudem war der belangten Behörde bekannt und wurde ihr auch im Bauverfahren offengelegt, dass eine gewerbliche Vermietung zur Beherbergung von Gästen geplant ist.

Gemäß § 44 TROG 2016 ist bei einer Hofstelle im Freiland die gewerbliche Vermietung von Ferienwohnungen explizit möglich. Es gibt keine sachliche Rechtfertigung die gewerbliche Vermietung von Wohnungen in einem im Freiland baurechtlich genehmigten Wohngebäude zu untersagen.

Im Ergebnis ist eine Vermietung der Wohnungen (Chalets) im Rahmen eines Gastgewerbebetriebes zur Beherbergung von Gästen auch in der Widmungskategorie ‚Freiland‘ rechtlich zulässig.

#### D.) Aufschiebende Wirkung

Aus anwaltlicher Vorsicht wird die Aufhebung des Ausschlusses der aufschiebenden Wirkung der gegenständlichen Beschwerde gemäß § 22 Abs. 3 VwGVG beantragt, da der 2.

*Spruchpunkt des angefochtenen Bescheides möglicherweise als Ausschluss der aufschiebenden Wirkung aufgefasst werden kann.*

*Es wird jedenfalls eingewendet, dass die belangte Behörde den Ausschluss der aufschiebenden Wirkung nicht ausreichend dargelegt und rechtlich argumentiert hat und daher die belangte Behörde die aufschiebende Wirkung gemäß § 13 Abs. 2 VwGVG nicht rechtswirksam ausgeschlossen hat.*

*Sollte das Landesverwaltungsgericht Tirol dennoch zum Ergebnis gelangen, dass der 2. Spruchpunkt des gegenständlich angefochtenen Bescheides („Das Anbieten der Wohnungen zur Vermietung an Gästen (3 Ferienwohnungen, 28 Betten) ist mit sofortiger Wirkung zu beenden“) als Ausschluss der aufschiebenden Wirkung zu verstehen ist und rechtswirksam ist, wird vorgebracht, dass ein Ausschluss der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde die Interessen der Beschwerdeführerin enorm beeinträchtigen. Durch den Ausschluss der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde ist die Beschwerdeführerin nicht in der Lage eine gewerbliche Vermietung (Beherbergung von Gästen) durchzuführen und entsteht der Beschwerdeführerin dadurch ein unwiederbringlicher wirtschaftlicher Schaden durch Stammkundenverluste und entgangenen Mieteinnahmen. Zudem entsteht der Beschwerdeführerin ein erheblicher Imageschaden.*

*Im Falle einer Aufhebung des Ausschlusses der aufschiebenden Wirkung werden weder öffentliche Interessen beeinträchtigt noch sind Nachteile für die belangte Behörde zu erwarten. Daher ist dem Antrag auf Aufhebung des Ausschlusses der aufschiebenden Wirkung jedenfalls stattzugeben.*

*Aus all diesen Gründen werden gestellt die*

*ANTRÄGE,*

*das Landesverwaltungsgericht Tirol möge*

*1.) gemäß Art 130 Abs. 4 B-VG und § 28 Abs. 2 VwGVG - gegebenenfalls nach berichtigender Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts - den angefochtenen Bescheid der Bürgermeisterin der Gemeinde X vom 09.03.2018, AZ \*\*\*\*, aufheben;*

*in eventu:*

*gemäß § 28 Abs. 3 VwGVG den angefochtenen Bescheid der Bürgermeisterin der Gemeinde X vom 09.03.2018, AZ \*\*\*\*, aufheben und die Angelegenheit zur Erlassung eines neuen Bescheides an die belangte Behörde zurückverweisen*

*sowie*

*2.) gemäß § 22 Abs. 3 VwGVG den Ausschluss der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde aufheben*

sowie

3.) gemäß § 24 Abs. 1 VwGVG eine mündliche Beschwerdeverhandlung durchführen.

## II.

In einem werden nachfolgende

### URKUNDEN

in Vorlage gebracht:

- ./1 Zahlungsbeleg der Eingabegebühr vom 18.03.2018
- ./2 Beischreiben samt Gewerbeanmeldung der Beschwerdeführerin vom 09.03.2018
- ./3 Grundbuchsauszug vom 04.04.2018
- ./4 TIRIS- Auszug vom GST. \*\*2 KG \*\*\*\* X vom 04.04.2018
- ./5 Baubescheid der belangten Behörde vom 23.05.2016
- ./6 Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 19.02.2018

Y, 06.04.2018

für die Beschwerdeführerin"

Der Beschwerde waren die erwähnten Urkunden angeschlossen.

Es wurde eine mündliche Verhandlung vor dem Landesverwaltungsgericht Tirol durchgeführt, an der der Vertreter der Beschwerdeführerin sowie Vertreter der belangten Behörde teilgenommen haben.

Im Rahmen der mündlichen Verhandlung teilt der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin mit, dass er den Antrag auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung nicht aufrecht erhält, nachdem geklärt werden konnte, dass der eingebrachten Beschwerde ohnehin aufschiebende Wirkung zukommt.

## II. Sachverhalt:

Mit dem verfahrenseinleitenden Antrag vom 15.12.2014 hat die AA den Wiederaufbau des Wohnhauses mit 3 Wohnungen auf dem Grundstück \*\*1 KG X beantragt. Als Verwendungszweck wurde dabei „Wohnung/Wohnhaus“ angegeben. Aus den bewilligten Plänen zum Ansuchen geht hervor, dass hier 3 Gebäude mit jeweils einer Wohnung entstehen sollen.

Mit Eingabe vom 12.03.2015 teilt die Bauwerberin und nunmehrige Beschwerdeführerin der Baubehörde mit, dass kein Freizeitwohnsitz errichtet wird. Es sei beabsichtigt, die 3 Wohnungen wochenweise zu vermieten.

In der Eingabe vom 19.05.2015 bekräftigt die Bauwerberin, dass keine Freizeitwohnsitze entstehen sollen. Der Vermieter werde seinen Hauptwohnsitz im betreffenden Gebäude errichten. Die Vermietung erfolge unter Einhaltung der Tiroler Gesetze.

Mit der E-Mail vom 02.07.2015 teilt die Gemeinde X Herrn CC - dieser tritt im Bauverfahren als Vertreter der Antragstellerin auf - mit, dass die Errichtung von Gästebetten im Freiland nicht zulässig sei und deshalb eine Umwidmung erforderlich sei.

Mit der E-Mail vom 13.07.2015 teilt Herr C der Gemeinde mit, dass ein Bauantrag für ein Wohnhaus mit 3 Wohneinheiten gestellt wurde, welcher mit den Regelungen des Freilands konform sei. Die Wohnungen seien für eine dauerhafte Bewohnung zulässig, eine touristische Nutzung in Form einer Kurzfristvermietung sei so nicht möglich.

Er schlage deshalb vor, dass die AA die Baugenehmigung für ein Wohnhaus im Freiland, wie aktuell die Baugenehmigung eingereicht, erhalte. Die Baugenehmigung sei so zulässig und die AA könne mit den Arbeiten starten. Die Gemeinde solle dann parallel die Umwidmungsanträge für die touristische Nutzung stellen und solle diese Umwidmung 2016 genehmigt werden. Bis zur Fertigstellung des Projektes sei die Umwidmung vermutlich dann vollzogen und die AA könne Ende 2016 in die touristische kurzfristige Vermietung der 3 Ferienwohnungen starten. Sollte Ende 2016 die Widmung unverändert Freiland sein, so müsse die AA gegebenenfalls langfristig die Ferienwohnung vermieten, was nach Ansicht von Herrn C glaublich nicht notwendig sein werde.

Mit der Eingabe vom 18.03.2016 fordert Herr C die Ausstellung der Baubewilligung, da von Seiten der AA alle Themen, die vom bisherigen Bürgermeister und den Bauamtsleiter gefordert wurden, geklärt und nachgewiesen seien.

In der Folge wurde die Baubewilligung mit dem Bescheid der Bürgermeisterin der Gemeinde X vom 23.05.2016, Zahl \*\*\*\*, erteilt.

Dem behördlichen Akt liegt ein Internetauszug ein, aus dem hervorgeht, dass die 3 Wohnungen (Chalets) zur kurzfristigen Vermietung angeboten werden.

Dem behördlichen Akt liegt weiters ein Auszug aus dem Gästemeldewesen ein, wonach im gegenständlichen Standort in 3 Objekten 28 Betten in der Kategorie Ferienwohnungen/-häuser zur Verfügung stehen.

In der E-Mail vom 22.12.2017 an die Bürgermeisterin der Gemeinde X weist die Beschwerdeführerin darauf hin, dass das Bauvorhaben fertiggestellt wurde und sie hoffe, dass damit der Ort X mit dem Tourismusangebot der AA im hochwertigen Segment ergänzt und gute Gäste zusätzlich nach X gebracht werden.

Aus dem Schreiben ergibt sich auch, dass die AA über die gegenständlichen 3 Wohnungen verfügt.

In der mündlichen Verhandlung übergibt der Vertreter der Beschwerdeführerin einen Auszug aus dem Gewerbeinformationssystem Austria vom 16.05.2018, mit dem eine Verständigung über die Eintragung im Gewerbeinformationssystem Austria (GISA) erfolgte.

Demnach hat die AA am 04.05.2018 im Standort Adresse 2 in X die Gewerbeberechtigung gemäß § 111 Abs 1 Z 1 GewO 1994 in der Betriebsart Apartmenthaus erlangt.

III. Beweiswürdigung:

Die vorgenannten Sachverhaltsfeststellungen lassen sich unzweifelhaft auf Grundlage der erwähnten Urkunden treffen, die dem behördlichen Akt einliegen bzw. anlässlich der mündlichen Verhandlung beim Landesverwaltungsgericht Tirol übergeben wurden.

IV. Rechtslage:

Vorweg ist festzuhalten, dass seit dem 01.03.2018 die Wiederverlautbarung der Tiroler Bauordnung 2011 anzuwenden ist. Dies hat zur Folge, dass nunmehr die Tiroler Bauordnung 2018 anzuwenden ist, wobei sich inhaltlich keine Änderungen ergeben haben sondern lediglich zum Teil die Paragraphenbezeichnungen geändert wurden. Dahingehend erfolgen verwaltungsgerichtlich im Spruch Anpassungen. Auch im Übrigen Erkenntnis wird auf die Tiroler Bauordnung 2018 Bezug genommen.

Tiroler Bauordnung 2018:

„§ 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;*

*d) die Verwendung von bisher anderweitig verwendeten Gebäuden, Wohnungen oder sonstigen Gebäudeteilen als Freizeitwohnsitz, sofern nicht eine Ausnahmbewilligung nach § 13 Abs. 7 des Tiroler Raumordnungsgesetzes 2016 vorliegt, sowie die Verwendung von im Freiland gelegenen Freizeitwohnsitzen auch zu einem anderen Zweck als dem eines Freizeitwohnsitzes;*

...

§ 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,*

...

*c) wenn er sie zu einem anderen als dem bewilligten bzw. dem aus der baulichen Zweckbestimmung hervorgehenden Verwendungszweck benützt,*



...

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

...

#### Tiroler Raumordnungsgesetz 2016 (TROG 2016):

##### „§ 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.

..."

#### V. Erwägungen:

Während für einen Baueinstellungsauftrag die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt der Erlassung des Bescheides erster Instanz maßgeblich ist, stellen baupolizeiliche Beseitigungsaufträge nach der hg. Judikatur konstitutive Verwaltungsakte dar, für die (sofern es nicht um die Frage der Bewilligungspflicht im Zeitpunkt der Errichtung der baulichen Anlage geht) die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der Erlassung (hier: der Entscheidung durch die Berufungsbehörde - vgl. dazu das hg. Erkenntnis vom 20. März 2003, Zl. 2003/06/0004) maßgeblich ist. Ein Bescheid, mit dem ein Benützungsverbot ausgesprochen wird, wird gleichfalls als konstitutiver Verwaltungsakt qualifiziert, für den die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der Erlassung des Bescheides (hier: des Berufungsbescheides) maßgeblich ist (außer es geht um die Frage, ob eine Benützungsbewilligungspflicht bereits im Zeitpunkt der erstmaligen Benützung bestanden hat). (VwGH 26.05.2008, 2005/06/0137).

Aufgrund des obigen Sachverhaltes kann kein Zweifel dahingehend bestehen, das fußend auf das Bauansuchen mit Eingang im Bauamt der Gemeinde X vom 17.12.2014 mit dem Bescheid vom 23.05.2016, Zahl \*\*\*\*, die Baubewilligung für den Abbruch des bestehenden Hauses und der Neubau von Wohngebäuden mit 3 Wohneinheiten auf dem Grundstück \*\*1 KG X erteilt wurde.

Aufgrund der Ausführungen der Bauwerberin, insbesondere im Schreiben vom 13.07.2015 steht auch fest, dass die Bauwerberin Kenntnis davon hatte, dass sowohl eine Freizeitwohnsitznutzung als auch eine gewerbliche Nutzung der hier in Rede stehenden Wohnungen aufgrund der bestehenden Widmung nicht möglich sei. Die Bauwerberin selbst führt in diesem Schreiben aus, dass das Ansuchen - wie ursprünglich eingebracht - eine reine Wohnnutzung beinhaltet. Insofern geht auch die Argumentation der rechtsfreundlich vertretenen Beschwerdeführerin im Rahmen der mündlichen Verhandlung beim Landesverwaltungsgericht Tirol ins Leere, wenn dort vorgebracht wird, dass aufgrund des Schreibens vom 12.03.2015 von einer Antragslage auszugehen sei, die eine gewerbliche Nutzung mitumfasst.

In der Begründung des angefochtenen Bescheides vom 09.03.2018 wird darauf Bezug genommen, dass Ferienwohnungen nur im Rahmen des § 13 Abs 1 lit c TROG 2016 zulässig seien, zumal keine Anmeldung einer gewerblichen Beherbergung im gegenständlichen Anwesen vorliegt.

Diese Anmeldung liegt zwischenzeitlich vor und ist im verwaltungsgerichtlichen Verfahren zu berücksichtigen.

Gemäß § 13 Abs 1 TROG 2016 liegt unter anderem dann kein Freizeitwohnsitz vor, wenn es sich um einen Gastgewerbebetrieb im Sinn der lit a leg cit handelt oder es sich um ein Gebäude mit höchstens 3 Wohnungen mit insgesamt höchstens 12 Betten handelt, wobei in der Bestimmung lit c leg cit noch weitere Parameter festgelegt werden.

Mit der Argumentation, dass nunmehr ein gastgewerblicher Betrieb im Sinn des § 13 Abs 1 lit a TROG 2016 vorliegt, ist für die Beschwerdeführerin nichts gewonnen:

Auch wenn tatsächlich ein Beherbergungsbetrieb iSd § 13 Abs 1 lit a TROG 2016 nach der Entstehung der Gewerbeberechtigung am 04.05.2018 geführt wird, so ist dennoch festzuhalten, dass eine gewerbliche Nutzung der gegenständlichen Wohnungen von der erteilten Baubewilligung vom 23.05.2016 nicht umfasst ist.

Wie bereits auf Sachverhaltsebene festgestellt, wurde eine allfällige gewerbliche Nutzung bereits im Bauverfahren thematisiert. Die Baubehörde hat unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass eine gewerbliche Nutzung aufgrund der bestehenden Widmung nicht möglich sei und hat die Bauwerberin mit ihrem Schreiben vom 13.07.2015 die Antragslage auf reine Wohnnutzung hin - wie ursprünglich beantragt - klargestellt.

Nachdem eine Verwendungszweckänderung von einer reinen Wohnnutzung in eine gewerbliche Nutzung auch dahingehend zu beurteilen wäre, inwieweit dies aufgrund der Widmung des Bauplatzes zulässig ist, ist eine derartige Verwendungszweckänderung jedenfalls bewilligungspflichtig nach § 28 Abs 1 lit c TBO 2018. Dies zeigt im Übrigen auch der hier gegenständliche Fall deutlich.

Geht man entgegen der Beschwerdeführerin davon aus, dass die festgestellte wochenweise Vermietung nicht gewerblich im Sinn des § 13 Abs 1 lit a TROG 2016 erfolgt, so würden Freizeitwohnsitze im Sinn des § 13 Abs 1 TROG 2016 vorliegen, da schon aufgrund der angebotenen Bettenanzahl von mehr als 12 der Ausnahmetatbestand nach lit c leg cit nicht greift.

Eine allfällige Verwendungszweckänderung von einer reinen Wohnnutzung hin zu einer Verwendung als Freizeitwohnsitz wäre jedoch bewilligungspflichtig nach § 28 Abs 1 lit d TBO 2018.

Im Ergebnis kann daher dahingestellt sein, ob seitens der Beschwerdeführerin die hier in Rede stehenden 3 Wohnungen mit 28 Betten gewerblich im Sinn des § 13 Abs 1 lit a TROG 2016 oder als Freizeitwohnsitze genutzt werden, da beide Nutzungen vom baurechtlichen Konsens, nämlich einer Wohnnutzung nicht gedeckt sind.

§ 46 Abs 6 lit c TBO 2018 stellt auf den bewilligten Verwendungszweck ab. Demnach ist dem Verfüger der baulichen Anlage die weitere Benützung zu untersagen, wenn er vom bewilligten Verwendungszweck unzulässig abweicht.

§ 46 Abs 6 lit g TBO 2018 stellt ua auf die nicht rechtmäßige Nutzung als Freizeitwohnsitz ab und verweist in diesem Zusammenhang auf § 13 Abs 3 TROG 2016. Auch der Bewilligungstatbestand nach § 28 Abs 3 lit d TBO (Verwendungszweck als Freizeitwohnsitz) nimmt auf § 13 Abs 3 TROG Bezug. Insofern ist § 46 Abs 6 lit g TBO 2016 im Hinblick auf eine Verwendungszweckänderung in einen Freizeitwohnsitz als die speziellere Norm gegenüber § 46 Abs 6 lit c TBO 2018 anzusehen.

Die Beschwerdeführerin kann nicht beschwert sein, wenn ihr die weitere Verwendung der hier in Rede stehenden 3 Wohnungen mit 28 Betten über den baurechtlich bewilligten Konsens zu Wohnzwecken hinaus nach beiden Bestimmungen untersagt wird, auch wenn nur eine Nutzung vorliegt, da von dieser Untersagung die bewilligte Wohnnutzung nicht betroffen ist.

Auch bleibt es unbenommen, eine nichtgewerblichen Nutzung im Sinn des § 13 Abs 1 lit c 2016 TROG vorzunehmen, wobei die in dieser Bestimmung genannten Voraussetzungen zu beachten sind.

Die Baubehörde ist zumindest in der Begründung auch auf die gewerbliche Nutzung insofern eingegangen, indem sie diese mangels der zu diesem Zeitpunkt noch nicht entstandenen Gewerbeberechtigung als nicht gegeben angesehen hat. Deshalb liegt auch keine Überschreitung der Sache des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens vor, wenn die weitere Benützung auf § 46 Abs 6 lit c und g TBO 2018 gestützt wird, was im Übrigen auch durch die belangte Behörde spruchgemäß so erfolgte (§ 39 Abs 6 lit c und g TBO 2011)

Die Untersagung der weiteren Benützung gilt unverzüglich. Die Verpflichtete ist sohin angehalten, dieser Untersagung unter Anspannung aller ihrer Kräfte nachzukommen.

#### 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

Ing. Mag. Peinstingl  
(Richter)