

Geschäftszeichen:

**LVwG-2020/26/0758-3**

Ort, Datum:

Innsbruck, 09.12.2020

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Tirol erkennt durch seinen Richter Dr. Aicher über die Beschwerde des AA, vertreten durch Rechtsanwalt BB, Adresse 1, \*\*\* Z, gegen den Bescheid des Bürgermeisters der Gemeinde Y vom 24.02.2020, ZI \*\*\*, betreffend ein Verfahren zur Herstellung des gesetzmäßigen Zustandes nach der Tiroler Bauordnung 2018, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung,

### zu Recht:

1. Der Beschwerde wird **Folge gegeben** und der angefochtene Bescheid **behoben**.
2. Die **ordentliche Revision** ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG **nicht zulässig**.

### Entscheidungsgründe

#### I. Verfahrensgang:

1)

Mit dem Bescheid des Bürgermeisters der Gemeinde Y vom 06.09.2018 wurde dem Beschwerdeführer die baurechtliche Bewilligung zum Neubau eines Einfamilienwohnhauses mit Ferienwohnung im Erdgeschoss auf dem Grundstück \*\*1 KG Y erteilt, wobei entsprechend dem erteilten Baukonsens der Verwendungszweck

- der Wohnung im Erdgeschoss mit „Ferienwohnung“ und
- der Wohnung im Obergeschoss mit „Hauptwohnsitz-Nutzung“

festgelegt wurde und im Auflagenpunkt 20. eine Nutzung des zu errichtenden Gebäudes als Freizeitwohnsitz ausgeschlossen wurde.

Mit dem genannten Baubewilligungsbescheid wurde zudem die Errichtung von sieben KFZ-Stellplätzen außerhalb öffentlicher Verkehrsflächen auf dem Bauplatz angeordnet, welche

Stellplatzanzahl sich entsprechend der Begründung des Baugenehmigungsbescheides aus der Stellplatzhöchstzahlenverordnung sowie der Stellplatzverordnung der Gemeinde Y ergibt.

In den Planunterlagen, die dem Baubewilligungsbescheid zugrunde gelegt worden sind, wurde die Einrichtung der Räumlichkeiten der im Erdgeschoss befindlichen Ferienwohnung ua dahingehend dargestellt, dass in drei Schlafräumen je ein Doppelbett und in einem Schlafräum ein Einzelbett zur Aufstellung gelangen sollten.

2)

Mit dem nunmehr in Beschwerde gezogenen Bescheid des Bürgermeisters der Gemeinde Y vom 24.02.2020 wurde auf der Rechtsgrundlage des § 46 Abs 1 TBO 2018 dem Rechtsmittelwerber als Eigentümer des Gebäudes auf dem Grundstück \*\*1 KG Y mit der Objektadresse Adresse 2 der baupolizeiliche Auftrag erteilt, den der Baubewilligung vom 06.09.2018 entsprechenden Zustand bis längstens 11.03.2020 herzustellen.

Diesen baupolizeilichen Bescheid begründete die belangte Behörde dabei im Wesentlichen damit, dass eine Überprüfung der im Gebäude Adresse 2 in Y stattfindenden Vermietung von Räumlichkeiten an Feriengäste erbracht habe, dass mehr als die mit Bescheid vom 06.09.2018 bewilligten sieben Betten an Gäste vermietet würden. Der Grundeigentümer habe die Vermietung von 12 Betten an Feriengäste eingeräumt.

Angesichts der an Feriengäste vermieteten Bettenanzahl bestehe keine Möglichkeit mehr, dass der Vermieter der Ferienwohnung im gegenständlichen Gebäude seinen Hauptwohnsitz habe.

Nachdem sich das betreffende Gebäude im ausgewiesenen „Wohngebiet“ gemäß § 38 Abs 1 TROG 2016 befinde, widerspreche die derzeitige Vermietung an Feriengäste an der Adresse 2 in Y der geltenden Rechtslage nach § 13 Abs 1 lit c iVm § 38 Abs 1 TROG 2016.

Außerdem sei diese Vermietung mit der Stellplatzverordnung der Gemeinde Y nicht in Einklang zu bringen.

3)

Gegen diese Entscheidung richtet sich die vorliegende Beschwerde des AA, mit welcher die Durchführung einer mündlichen Rechtsmittelverhandlung und die ersatzlose Aufhebung des bekämpften Bescheides beantragt wurden.

Zur Begründung seines Rechtsmittels brachte der Beschwerdeführer kurz zusammengefasst vor, dass der in Beschwerde gezogene Bescheid dem Bestimmtheitserfordernis nicht entspreche, fehle doch eine konkrete Anordnung im Spruch, was zu tun sei.

Dem Bescheid lasse sich auch nicht entnehmen, aufgrund welchen Rechtsverstößes die Behörde zum Schluss gelange, dass die Anwendungsvoraussetzungen des § 46 Abs 1 TBO 2018 gegeben seien.

Die Baubewilligung für das verfahrensbetroffene Gebäude vom 06.09.2018 normiere die Anzahl der vermietbaren Betten nicht verbindlich mit sieben, sondern sei entsprechend dem erteilten Baukonsens bloß die Festlegung erfolgt, dass keine Freizeitwohnsitznutzung erfolgen

dürfe. Wäre die Bettenanzahl für Feriengäste tatsächlich mit sieben beschränkt worden, dies mit der Baugenehmigung, wäre dies unbeachtlich, da gesetzwidrig und ohne Grundlage.

Die Stellplatzverordnung der Gemeinde Y entspreche nicht der Stellplatzhöchstzahlenverordnung der Tiroler Landesregierung. Nach letzterer Verordnung dürften für zwei Wohnungen in Y insgesamt nur sechs Stellplätze vorgeschrieben werden, dies unabhängig von der vorhandenen Bettenanzahl.

Es sei unerfindlich, wie die belangte Behörde zur Annahme gelange, der Vermieter der Ferienwohnung könne im gegenständlichen Gebäude keinen Hauptwohnsitz unterhalten, da 12 Betten im Objekt an Feriengäste vermietet worden seien.

In den vier Schlafräumen der Ferienwohnung im Erdgeschoss seien je zwei Betten und ein Zusatzbett möglich, auch im Bereich „Wohnen/Essen“ befinde sich eine Schlafcouch.

Warum daher ein Hauptwohnsitz in der Wohnung im ersten Obergeschoss nicht möglich sein sollte, bleibe unerklärlich.

Das Recht auf Parteigehör sei im Verfahren der belangten Behörde verletzt worden, sei doch dem Beschwerdeführer das Ergebnis der Erhebungen der belangten Behörde nur rudimentär zur Kenntnis gebracht worden.

Im Übrigen bedürfe eine allfällige Erweiterung der Vermietung an Feriengäste von sieben auf 12 Betten keiner baurechtlichen Genehmigung.

4)

Am 27.10.2020 führte das Landesverwaltungsgericht Tirol die beantragte mündliche Beschwerdeverhandlung durch, in deren Rahmen wurde der Beschwerdeführer näher zur Sache befragt.

Den Verfahrensparteien wurde bei der Verhandlung die Möglichkeit geboten, ihre Rechtsstandpunkte argumentativ auszuführen, wovon sie auch Gebrauch machten.

Der Beschwerdeführer hob nochmals hervor, dass Einrichtungsvorschläge in den genehmigten Bauplanunterlagen jedenfalls nicht rechtsverbindlich seien und in Österreich auch keine Rechtsvorschriften dahingehend bestünden, wie Ehegatten ihre eheliche Gemeinschaft zu gestalten hätten und wo welcher Ehepartner in welcher Wohnung sich wie lange aufzuhalten habe.

Der Bürgermeister der Gemeinde Y verwies insbesondere auf den Umstand, dass im Zeitraum des Jahreswechsels 2019/2020 im strittigen Gebäude sogar insgesamt 14 Feriengäste untergebracht worden seien.

Der Beschwerdeführer bezweifelte dies mit der Begründung, dass bei Anmietung der streitverfangenen Ferienwohnung durch eine Gruppe von Gästen es oftmals vorkomme, dass einige Personen nur für einige Tage auf Besuch kommen würden, während andere Personen schon wieder abreisten, sodass nicht alle Feriengäste zugleich und durchgehend in der

Ferienwohnung seien. Außerdem komme es auch immer wieder zu Fehlern bei der Meldung der Feriengäste.

## II. Sachverhalt:

Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist ein baupolizeiliches Verfahren zur Herstellung des gesetzmäßigen Zustandes nach der Tiroler Bauordnung 2018.

Der Beschwerdeführer ist Eigentümer des Grundstückes \*\*1 KG Y mit dem darauf befindlichen Einfamilienwohnhaus mit Ferienwohnung im Erdgeschoss an der Grundstücksadresse Adresse 2 in Y.

Der Rechtsmittelwerber selbst wohnt im Haus Adresse 3 in Y.

Das Gebäude Adresse 2 wurde mit dem Bescheid des Bürgermeisters der Gemeinde Y vom 06.09.2018 baurechtlich konsentiert, wobei

- für die Wohnung im Erdgeschoss als Verwendungszweck „Ferienwohnung“ und
- für die Wohnung im Obergeschoss der Verwendungszweck „Wohnnutzung mit Hauptwohnsitz“

festgelegt wurden. Mit der Auflage Nr 20. des genannten Baugenehmigungsbescheides wurde eine Freizeitwohnsitznutzung für das Gebäude Adresse 2 ausgeschlossen.

Zwischen dem Beschwerdeführer und dessen Ehegattin besteht ein Bestandverhältnis hinsichtlich der im Erdgeschoss des Gebäudes Adresse 2 befindlichen Ferienwohnung. Die Ehegattin des Rechtsmittelwerbers vermietet diese Ferienwohnung jeweils kurzfristig an wechselnde Personen auf der Basis der Privatzimmervermietung, wobei im Winter die Vermietung an Feriengäste im Regelfall nur für eine Woche erfolgt, im Sommer hingegen erfolgt die Vermietung von drei bis vier Tagen aufwärts.

Für die Tätigkeit der Vermietung der Ferienwohnung im Erdgeschoss des Hauses Adresse 2 in Y hat die Ehefrau des Beschwerdeführers keine Gewerbeanmeldung vorgenommen und auch keine Betriebsanlagengenehmigung für die Ferienwohnung eingeholt.

Die Ehefrau des Beschwerdeführers stellt die in Rede stehende Ferienwohnung den Gästen bloß mietweise zur Verfügung und führt nach dem Aufenthalt der Gäste eine Endreinigung durch. Während des Aufenthalts der Gäste erfolgen ansonsten keine Dienstleistungen, es wird kein Frühstück geboten und erfolgt auch kein Ausschank von Getränken.

Die Vermietung der Ferienwohnung durch die Ehegattin des Rechtsmittelwerbers erfolgt somit nicht gewerblich.

Nach dem Zentralen Melderegister ist die Ehefrau des Beschwerdeführers melderechtlich seit 25.07.2019 mit Hauptwohnsitz an der Adresse 2 in \*\*\* Y gemeldet, mithin in der Wohnung im Obergeschoss des genannten Gebäudes. Seit dem 25.07.2019 ist die Ehegattin des Rechtsmittelwerbers an der Adresse 3 in \*\*\* Y nur noch mit Nebenwohnsitz gemeldet, zuvor mit Hauptwohnsitz. An der letztgenannten Adresse wohnt – wie schon festgestellt – der Beschwerdeführer.

Die Entfernung zwischen den beiden Gebäude Adresse 2 und Adresse 3 beträgt in etwa 5 Gehminuten.

Die Ehegattin des Beschwerdeführers wohnt nicht durchgehend in der Obergeschosswohnung im Gebäude Adresse 2, sondern hält sie sich immer wieder - auch mehrere Tage - an der Adresse 3 bei ihrem Ehemann auf.

Es kann nicht festgestellt werden, dass die Ehefrau des Beschwerdeführers die Obergeschosswohnung im Haus Adresse 2 zur Befriedigung eines ganzjährigen, mit dem Mittelpunkt der Lebensbeziehungen verbundenen Wohnbedürfnisses nutzt.

In der Wintersaison 2019/2020 wurde die Obergeschosswohnung des Gebäudes Adresse 2 zumindest zeitweise an Feriengäste zum Aufenthalt während des Urlaubs und der Ferien zu Erholungszwecken vermietet, so etwa im Zeitraum 27./28.12.2019 bis 03./04.01.2020, in welchem Zeitraum eine Gesamtpersonenanzahl von 14 Feriengästen im Haus Adresse 2 Aufenthalt genommen hat, dies jeweils für sieben Tage, woraus sich eine Gesamtnächtigungsanzahl von 98 für den genannten Zeitraum ergab.

Durch die Vermietung der Obergeschosswohnung im Gebäude Adresse 2 an Feriengäste zu Erholungszwecken während des Urlaubs und der Ferien wurde diese Wohnung zu einem anderen als dem bewilligten Verwendungszweck „Nutzung als Hauptwohnsitz“ benützt.

Bauliche Veränderungen an den mit Baubewilligungsbescheid vom 06.09.2018 baurechtlich konsentierten Räumlichkeiten des Gebäudes Adresse 2 wurden nicht vorgenommen, um eine Vermietung der Räume - insbesondere der Wohnung im Obergeschoss - an Feriengäste zu ermöglichen.

Der Beschwerdeführer selbst hat die Obergeschosswohnung im Haus Adresse 2 nicht zu Ferienzwecken genutzt.

### III. Beweiswürdigung:

Beweiswürdigend ist in der vorliegenden Rechtssache festzuhalten, dass sich der zuvor festgestellte Sachverhalt in unbedenklicher Weise zum einen aus der gegebenen Aktenlage und zum anderen aus den Angaben des Rechtsmittelwerbers selbst anlässlich seiner gerichtlichen Befragung am 27.10.2020 ergibt.

So beruhen die Feststellungen zum Verfahrensgegenstand, zum Eigentum des Beschwerdeführers am streitverfangenen Gebäude Adresse 2 in Y, zum Verwendungszweck der Wohnräumlichkeiten im Erdgeschoss sowie im Obergeschoss des angeführten Hauses und zur Haupt- sowie Nebenwohnsitzmeldung der Ehegattin des Rechtsmittelwerbers auf unbedenklichen Aktenunterlagen (etwa Grundbuchsauszug, Auszug aus dem Zentralen Melderegister, Baugenehmigungsbescheid vom 06.09.2018). Gegen diese Unterlagen haben die Verfahrensparteien keine Einwände vorgebracht.

Die Feststellung, dass in der Wintersaison 2019/2020 die fragliche Obergeschosswohnung im Haus Adresse 2 zumindest zeitweise an Feriengäste zum Aufenthalt zu Erholungszwecken während des Urlaubs und der Ferien vermietet worden ist, stützt sich insbesondere auf die Verfahrensunterlage „CC“, welche im Akt der belangten Behörde unter 22 zu finden ist. Aus dieser Unterlage geht zweifelsfrei hervor, dass im Zeitraum vom 27./28.12.2019 bis 03./04.01.2020 insgesamt 14 Feriengäste im Gebäude Adresse 2 aufhältig gewesen sind, dies jeweils für sieben Tage.

Dass jedenfalls bis zu 12 Gäste im Gebäude Adresse 2 beherbergt werden, wird auch durch die von der Ehefrau des Beschwerdeführers unterfertigte Meldung an den Tourismusverband unterstrichen, wonach in diesem Haus acht Betten und vier Zusatzbetten für Gäste zur Verfügung stehen.

In Verbindung mit der auf den Angaben des Rechtsmittelwerbers basierenden Feststellung, dass dessen Ehegattin immer wieder mehrere Tage an Adresse 3 in Y wohnt, und im Kontext mit der erfolgten Nichtfeststellung bezüglich der Benutzung der Obergeschosswohnung im Haus Adresse 2 durch die Ehegattin des Beschwerdeführers zur Befriedigung eines ganzjährigen, mit dem Mittelpunkt der Lebensbeziehungen verbundenen Wohnbedürfnisses liegt es nach Auffassung des erkennenden Verwaltungsgerichts sehr klar auf der Hand, dass eine Gästeanzahl von 14 Personen nicht in einer einzigen Ferienwohnung, nämlich im Erdgeschoss des in Rede stehenden Gebäudes Adresse 2, untergebracht werden, sondern dazu auch die Obergeschosswohnung des genannten Hauses Verwendung findet.

Dass die Ehefrau des Rechtsmittelwerbers die fragliche Wohnung im Obergeschoss des Gebäudes Adresse 2 zur Befriedigung eines ganzjährigen, mit dem Mittelpunkt der Lebensbeziehungen verbundenen Wohnbedürfnisses benutzt, sohin als Hauptwohnsitz, ist insofern nicht wirklich tragfähig feststellbar, als sie bis 25.07.2019 bei ihrem Ehegatten – dem Beschwerdeführer – an der Adresse 3 in Y gewohnt hat. Im gesamten Verfahren wurde nun vom Beschwerdeführer kein plausibles und den Erfahrungen des täglichen Lebens entsprechendes Ereignis dargestellt, warum seine Ehegattin mit 25.07.2019 ihre Wohnverhältnisse ändern hätte sollen, dies unter Aufrechterhaltung eines Nebenwohnsitzes an der bisherigen Wohnadresse Adresse 3 in Y.

Sieht man sich die aktenkundige Bauvollendungsanzeige für den Neubau des Hauses Adresse 2 an, stellt man fest, dass das Datum der Bauvollendung mit 25.07.2019 angegeben worden ist.

Bedenkt man weiters, dass angesichts der Widmung des Bauplatzes \*\*1 KG Y als „Wohngebiet“ gemäß § 38 Abs 1 TROG 2016 der Baubewilligungsbescheid für das Gebäude Adresse 2 mit einer Ferienwohnung nur auf der Grundlage des § 38 Abs 1 lit b TROG 2016 iVm § 13 Abs 1 lit c TROG 2016 ergehen hat können, so wird klar, warum die Ehegattin des Rechtsmittelwerbers eine Hauptwohnsitzanmeldung im Gebäude Adresse 2 vorgenommen hat, um eben – zumindest melderechtlich – die Voraussetzungen des § 13 Abs 1 lit c TROG 2016 der Hauptwohnsitznahme der die Ferienwohnung vermietenden Person im Gebäude Adresse 2 zu erfüllen.

Somit ergibt sich im Gegenstandsfall ein Gesamtbild dahingehend, dass zur Nutzbarmachung der Ferienwohnung des Gebäudes Adresse 2 entsprechend der Grundlage der erteilten Baubewilligung eine Hauptwohnsitzmeldung der Ehegattin des Beschwerdeführers an dieser Adresse „auf dem Papier“ erfolgte, aber tatsächlich die Ehefrau des Rechtsmittelwerbers die Obergeschosswohnung im Gebäude Adresse 2 nicht wirklich zur Befriedigung eines

ganzjährigen, mit dem Mittelpunkt der Lebensbeziehungen verbundenen Wohnbedürfnisses nutzt.

Letzteres bleibt bei einer lebensnahen Gesamtbetrachtung aller Umstände des in Prüfung stehenden Einzelfalles jedenfalls zweifelhaft, dies auch mit Blick auf die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl etwa VwGH 11.01.2012, 2010/06/0073).

Die vorstehenden beweiswürdigenden Überlegungen führen zur Negativfeststellung, dass eben nicht festgestellt werden kann, dass die Ehegattin des Beschwerdeführers die Obergeschosswohnung im Gebäude Adresse 2 in Y zur Befriedigung eines ganzjährigen, mit dem Mittelpunkt der Lebensbeziehungen verbundenen Wohnbedürfnisses nutzt.

Es widerspricht jedenfalls den Erfahrungen des täglichen Lebens, dass Ehepartner bei aufrechter Lebensgemeinschaft – Gegenteiliges wurde im Gegenstandsfall in keiner Weise vorgebracht - getrennte Wohnsitze in einer Entfernung von bloß 5 Gehminuten unterhalten, wenn dafür nicht besondere Gründe vorliegen. Solche Gründe wurden vom Beschwerdeführer im Verfahren ebenfalls nicht dargetan.

Bei der gegebenen Situation ist es mehr als naheliegend, dass mitunter auch die fragliche Obergeschosswohnung Feriengästen zur Verfügung gestellt wird, wenn eine entsprechende Nachfrage besteht, so eben offenkundig im Zeitraum 27./28.12.2019 bis 03./04.01.2020.

Die Erklärung des Beschwerdeführers zu diesem Zeitraum anlässlich der durchgeführten mündlichen Rechtsmittelverhandlung am 27.10.2020, dass es in der Praxis öfters vorkomme, dass eine Gruppe von Gästen eine Ferienwohnung anmiete, aber nicht alle Gäste dieser Personengruppe zugleich und durchgehend die gemietete Ferienwohnung nutzen würden, zumal die einen später anreisen und andere auch wieder früher abreisen, ist für den betreffenden Zeitraum vom 27./28.12.2019 bis 03./04.01.2020 insofern nicht überzeugend, als für diesen Zeitraum für die Gästegruppe von 14 Personen insgesamt 98 Nächtigungen (56 und 42 Nächtigungen) an den Tourismusverband gemeldet worden sind, woraus sich ergibt, dass die 14 Personen jeweils sieben Tage im Gebäude Adresse 2 aufhältig gewesen sind, mithin mehrere Nächte hindurch zugleich.

Die Feststellungen zum Bestandverhältnis zwischen Beschwerdeführer und dessen Ehegattin, zur Vermietung der Ehefrau des Rechtsmittelwerbers auf Basis der Privatzimmervermietung (also im Rahmen einer häuslichen Nebenbeschäftigung) und dazu, dass in Ansehung der Räumlichkeiten des Hauses Adresse 2 keine baulichen Veränderungen vorgenommen worden sind, dies gegenüber dem erteilten Baukonsens, um die nunmehr strittige Vermietung der Räumlichkeiten an größere Gruppen von Feriengästen vornehmen zu können, stützen sich auf die durchaus glaubhaften Angaben des Beschwerdeführers anlässlich seiner gerichtlichen Befragung.

Den diesbezüglichen Ausführungen des Rechtsmittelwerbers wurde auch von den Vertretern der belangten Behörde nicht entgegengetreten.

Dass der Beschwerdeführer die Obergeschosswohnung im Gebäude Adresse 2 nicht selbst für Freizeitwohnsitzzwecke nutzt, lässt sich aus dem Gesamtzusammenhang der vorliegenden Beschwerdesache ohne Weiteres ableiten, Gegenteiliges ist jedenfalls im gesamten Verfahren nicht einmal ansatzweise hervorgekommen.

IV. Rechtslage:

Die belangte Behörde hat den in Beschwerde gezogenen Bescheid auf die Bestimmungen des § 46 Abs 1 der Tiroler Bauordnung 2018, LGBl Nr 28/2018, zuletzt geändert durch das Gesetz LGBl Nr 60/2020, gestützt.

Die verfahrensmaßgeblichen Regelungen des § 46 der Tiroler Bauordnung 2018 haben folgenden Wortlaut:

*„§ 46*

*Herstellung des gesetzmäßigen Zustandes*

*(1) Wurde eine bewilligungspflichtige oder anzeigepflichtige bauliche Anlage ohne die erforderliche Baubewilligung bzw. Bauanzeige errichtet, so hat die Behörde dem Eigentümer der baulichen Anlage deren Beseitigung und erforderlichenfalls die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes des Bauplatzes aufzutragen. Wurde eine solche bauliche Anlage ohne die erforderliche Baubewilligung bzw. Bauanzeige geändert, so hat die Behörde dem Eigentümer der baulichen Anlage die Herstellung des der Baubewilligung bzw. Bauanzeige entsprechenden Zustandes aufzutragen. Dies gilt auch, wenn ein Bauvorhaben abweichend von der Baubewilligung bzw. Bauanzeige ausgeführt wurde und diese Abweichung eine Änderung der baulichen Anlage darstellt, zu deren selbstständigen Vornahme eine Baubewilligung oder eine Bauanzeige erforderlich wäre. Ist die Herstellung des der Baubewilligung bzw. Bauanzeige entsprechenden Zustandes technisch nicht möglich oder wirtschaftlich nicht vertretbar, so hat die Behörde dem Eigentümer der baulichen Anlage stattdessen deren Beseitigung und erforderlichenfalls die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes des Bauplatzes aufzutragen.*

*(2) ...*

*(3) ...*

*(4) ...*

*(5) ...*

*(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.

(7) ..."

#### V. Erwägungen:

1)

In der in Prüfung stehenden Rechtssache erachtet die belangte Behörde einen Verstoß gegen die beschränkenden Regelungen des Tiroler Raumordnungsgesetzes 2016 für Freizeitwohnsitze dadurch als gegeben, dass aufgrund der hohen Anzahl an Feriengästen, die im strittigen Gebäude Adresse 2 in Y untergebracht werden, eine Hauptwohnsitznahme der vermietenden Person nicht mehr möglich sei.

Infolgedessen ist eine Befassung mit den Freizeitwohnsitzregelungen des § 13 Tiroler Raumordnungsgesetz 2016 vorab geboten.

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, wobei als solche Freizeitwohnsitze nicht gelten:

- a) Gastgewerbebetriebe zur Beherbergung von Gästen, ...
- b) Kur- und Erholungsheime, ...
- 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.

Die Verwendung von bisher anderweitig verwendeten Gebäuden, Wohnungen oder sonstigen Gebäudeteilen als Freizeitwohnsitz ist nach § 28 Abs 1 lit d Tiroler Bauordnung 2018 bewilligungspflichtig.

Auch wenn keine Freizeitwohnsitznutzung erfolgt, da etwa einer der Ausnahmetatbestände des § 13 Abs 1 lit a bis lit d TROG 2016 gegeben ist, bedarf die Änderung des Verwendungszweckes von Gebäuden oder Gebäudeteilen nach § 28 Abs 1 lit c TBO 2018 dann einer baurechtlichen Genehmigung, wenn die Verwendungszweckänderung auf die Zulässigkeit des Gebäudes oder Gebäudeteiles nach den bau- oder raumordnungsrechtlichen Vorschriften von Einfluss sein kann, wobei hier vom bewilligten Verwendungszweck auszugehen ist und in Gebäuden mit mehreren Wohnungen die Verwendung von höchstens drei Wohnungen mit insgesamt höchstens 12 Betten zur gewerblichen Beherbergung von Gästen keiner Baubewilligung bedarf, 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.

2)

Vor diesem rechtlichen Hintergrund ist nun fallbezogen festzuhalten, dass die Vermietung der Obergeschosswohnung im Haus Adresse 2 in Y an Feriengäste eine baurechtlich bewilligungspflichtige Verwendungszweckänderung bedeutet, hat diese doch unzweifelhaft Einfluss auf die geltenden bau- und raumordnungsrechtlichen Vorschriften, die die Errichtung dieses Gebäudes möglich gemacht haben.

Mit Blick auf die Wohngebietswidmung nach § 38 Abs 1 TROG 2016 des Bauplatzes \*\*1 KG Y können im Gebäude Adresse 2 nur Ferienwohnungen und Räume für die Privatzimmervermietung im Rahmen des § 13 Abs 1 lit c TROG 2016 untergebracht werden (vgl § 38 Abs 1 lit b TROG 2016), was bedingt, dass die vermietende Person im betreffenden Gebäude Adresse 2 ihren Hauptwohnsitz haben muss, dies in Anbetracht des Umstandes, dass die Baubewilligung für dieses Haus erst nach dem 01.02.1996 rechtskräftig erteilt worden ist, nämlich mit Baubewilligungsbescheid vom 06.09.2018.

Wird nun die Hauptwohnsitz-Wohnung im Obergeschoss des Hauses Adresse 2 nicht (mehr) von der vermietenden Person zu Hauptwohnsitzzwecken verwendet, sondern wird diese Wohnung im Obergeschoss auch an Feriengäste vermietet, so entfällt selbstredend eine wesentliche Voraussetzung für den rechtlichen Bestand des Hauses Adresse 2 im ausgewiesenen „Wohngebiet“ nach § 38 Abs 1 TROG 2016.

Ein Gebäude mit zwei Ferienwohnungen ohne Hauptwohnsitz-Wohnung der vermietenden Person im betreffenden Gebäude ist in der angeführten Wohngebietskategorie rechtlich unzulässig.

Weiters haben die Vertreter der belangten Behörde bei der Rechtsmittelverhandlung zutreffend darauf hingewiesen, dass eine geänderte Verwendung der Obergeschosswohnung im Gebäude Adresse 2 (für Zwecke der Vermietung an Feriengäste und nicht mehr für Hauptwohnsitzzwecke) auch auf die Anzahl der am Bauplatz nachzuweisenden PKW-Stellplätze entsprechend der Stellplatzverordnung der Gemeinde Y und entsprechend der Stellplatzhöchstzahlenverordnung der Tiroler Landesregierung von Einfluss sein kann, wenn für Ferienwohnungen andere Parameter gelten als für Hauptwohnsitz-Wohnungen.

Infolge dieses Einflusses einer geänderten Verwendung der Obergeschosswohnung im Haus Adresse 2 auf die Zulässigkeit dieses Gebäudes nach den bau- und raumordnungsrechtlichen Vorschriften in mehrererlei Hinsicht ist von einer bewilligungspflichtigen Verwendungszweckänderung nach § 28 Abs 1 lit c TBO 2018 auszugehen, wenn diese Obergeschosswohnung nicht mehr für Hauptwohnsitzzwecke verwendet wird, sondern zur Vermietung an Feriengäste.

Die vom Rechtsmittelwerber geltend gemachte Ausnahme von der Baugenehmigungspflicht bei einer Verwendungszweckänderung nach § 28 Abs 1 lit c TBO 2018 greift im Gegenstandsfall deshalb nicht, da nach den klaren Angaben des Rechtsmittelwerbers bei seiner gerichtlichen Befragung die Ferienwohnung-Vermietung im Haus Adresse 2 nicht gewerblich erfolgt.

Zu bedenken gilt es im vorliegenden Fall weiters, dass bei Verwendung beider Wohnungen im Gebäude Adresse 2 zur Vermietung an Feriengäste für die vermietende Person keine Hauptwohnsitz-Wohnung in diesem Gebäude verbliebe, womit aber eine wesentliche Voraussetzung nach § 13 Abs 1 lit c TROG 2016 dafür entfiel, diese Gebäudenutzung nicht den Beschränkungen für Freizeitwohnsitze zu unterstellen.

Ohne Hauptwohnsitz-Wohnung für die vermietende Person im Gebäude Adresse 2 wäre die Betreibung von Ferienwohnungen in diesem Haus mit Blick auf den erst mit Baubewilligungsbescheid vom 06.09.2018 – also nach dem 01.02.1996 – erteilten Baukonsens als nach § 28 Abs 1 lit d TBO 2018 baubewilligungsbedürftige Freizeitwohnsitzverwendung zu qualifizieren.

Feststellungsgemäß wurde die Obergeschosswohnung im Haus Adresse 2 zumindest im Zeitraum vom 27./28.12.2019 bis 03./04.01.2020 für Zwecke der Vermietung an Feriengäste verwendet und solcherart zu einem anderen als dem bewilligten Verwendungszweck benützt, da nach den getroffenen Feststellungen der Verwendungszweck für die Obergeschosswohnung mit „Wohnnutzung für Hauptwohnsitzzwecke“ festgelegt wurde. Diese Verwendungszweckänderung war jedenfalls baubewilligungsbedürftig und lag der erforderliche Baukonsens hierfür nicht vor.

Die in Rede stehende Obergeschosswohnung im Haus Adresse 2 in Y wurde mithin zumindest zeitweilig zweckwidmungswidrig benützt.

3)

Die belangte Behörde hat den vorliegenden konsensüberschreitenden Sachverhalt, dass die Obergeschosswohnung im Gebäude Adresse 2 in Y einem anderen als dem bewilligten Verwendungszweck „Wohnnutzung für Hauptwohnsitzzwecke“ zugeführt worden ist, nämlich der Verwendung als „Ferienwohnung“, dem baupolizeilichen Tatbestand des § 46 Abs 1 TBO 2018 unterstellt.

Der Beschwerdeführer ist nun hier mit seinem Einwand im Recht, dass die Anwendungsvoraussetzungen dieser gesetzlichen Bestimmung nicht erfüllt sind.

Aus dem klaren Gesetzeswortlaut des § 46 Abs 1 TBO 2018 ergibt sich nämlich, dass diese Vorschrift zur Herstellung des gesetzmäßigen Bauzustandes auf die konsenslose oder

konsenswidrige Errichtung oder Abänderung einer „baulichen Anlage“ abstellt, nicht aber darauf, dass eine konsensgemäß ausgeführte „bauliche Anlage“ zu einem anderen als dem bewilligten Verwendungszweck benützt wird.

Sachverhaltsgemäß wurden die Räumlichkeiten des Gebäudes Adresse 2 keinen baulichen Veränderungen unterzogen, um auch größere Gruppen von Feriengästen dort unterbringen zu können. Der baurechtlich konsentierter Baubestand wurde nicht verändert, also die „bauliche Anlage“ nicht im Sinne des § 46 Abs 1 TBO 2018 konsenslos bzw konsenswidrig verändert. Die im Gebäude Adresse 2 zur Aufstellung gebrachten Betten gehören nicht zur „baulichen Anlage“ gemäß § 46 Abs 1 TBO 2018, sodass eine Veränderung der Anzahl der in den genehmigten Planunterlagen eingezeichneten Betten nicht zur Anwendung des § 46 Abs 1 TBO 2018 führen kann.

Vielmehr erfolgte bloß eine andere Nutzung der dem Baukonsens entsprechenden Räumlichkeiten des Gebäudes Adresse 2, die allerdings dem festgelegten Verwendungszweck (zumindest zeitweise) widersprach, sodass richtigerweise nach dem baupolizeilichen Tatbestand des § 46 Abs 6 TBO 2018 vorzugehen gewesen wäre.

4)

Nach Auffassung des erkennenden Verwaltungsgerichts könnte durchaus das vorliegende Verfahren zur Herstellung des gesetzmäßigen Zustandes auf Rechtsmittelebene richtigerweise auf der Rechtsgrundlage des § 46 Abs 6 TBO 2018 weitergeführt und zum Abschluss gebracht werden.

Ebenso wäre es zweifelsohne möglich, den durch die alleinige Bezugnahme auf den Baubewilligungsbescheid vom 06.09.2018 wohl zu unbestimmt gefassten Spruch des bekämpften Bescheides durch Anführung der einzelnen vorzunehmenden Herstellungsmaßnahmen (zur Erreichung des gesetzmäßigen Zustandes) ausreichend klar zu präzisieren, dies mit der Rechtsmittelentscheidung des Verwaltungsgerichts.

Allerdings richtet sich das baupolizeiliche Vorgehen nach § 46 Abs 6 TBO 2018 nur dann gegen den Eigentümer einer baulichen Anlage, wenn dieser die bauliche Anlage auch selbst benützt. Wird eine bauliche Anlage nicht vom Eigentümer selbst benützt, sondern von einem Dritten, ist nach dem unmissverständlichen Wortlaut des § 46 Abs 6 TBO 2018 diesem Dritten die Benützung zu untersagen (vgl VwGH 22.02.2005, 2004/06/0178).

Feststellungsgemäß benützt der Beschwerdeführer das in seinem Eigentum stehende Gebäude Adresse 2 in Y nicht selbst, sondern zum einen zeitweilig die Ehegattin des Rechtsmittelwerbers und zum anderen Feriengäste, die für kurze Zeiträume Räumlichkeiten des in Rede stehenden Hauses zum Aufenthalt während ihres Urlaubs zu Erholungszwecken anmieten.

Soweit es zu einem rechtlich zutreffenden Benützungsverbot an die Benützer einer baulichen Anlage kommt, kann der Eigentümer der betreffenden baulichen Anlage gemäß § 46 Abs 6 zweiter Satz TBO 2018 zu erforderlichen Durchsetzungsmaßnahmen herangezogen werden. Diese in § 46 Abs 6 zweiter Satz TBO 2018 näher normierte Möglichkeit, dem Eigentümer der von einem Benützungsverbot betroffenen baulichen Anlage Durchsetzungsanordnungen zu erteilen, steht jedoch in einer akzessorischen Beziehung zum Benützungsverbot, was sich

zwanglos aus der Formulierung der angeführten Gesetzesstelle ergibt („Im Fall der Untersagung der weiteren Benützung ...“).

Nachdem es im Gegenstandsfall zum einen zu keiner Benützungsuntersagung gegen eine Person gekommen ist, die Räumlichkeiten des verfahrensgegenständlichen Gebäudes Adresse 2 in Y zweckwidmungswidrig benützt hat, und zum anderen gegen eine solche Person vom Landesverwaltungsgericht Tirol auch nicht erstmalig unter Verkürzung des Instanzenzuges vorgegangen werden kann, vermag das erkennende Verwaltungsgericht gegen den Beschwerdeführer auch keine Durchsetzungsmaßnahme anzuordnen.

Im Sinne der vorstehenden Überlegungen hatte das Landesverwaltungsgericht Tirol den angefochtenen Bescheid zur Herstellung des gesetzmäßigen Zustandes aus dem Rechtsbestand auszuschneiden, zumal bei einem rechtsrichtigen Vorgehen nach § 46 Abs 6 lit c TBO 2018 bei einer zweckwidmungswidrigen Verwendung der Obergeschosswohnung im Haus Adresse 2 zur Unterbringung von Feriengästen gegen die Benützer mit Benützungsuntersagung vorzugehen wäre und erst dann der Beschwerdeführer als Eigentümer dieses Gebäudes zu Durchsetzungsmaßnahmen (Anbringung einer entsprechenden Beschilderung oder/und von Absperrungen) verpflichtet werden könnte.

#### 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.

Bei der Beantwortung der Rechtsfragen zur Lösung der vorliegenden Beschwerdesache sind keine Rechtsfragen grundsätzlicher Bedeutung hervorgekommen.

Zum einen besteht eine klare Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes in Wien, so etwa zur Frage, wem ein Benützungsverbot nach § 46 Abs 6 TBO 2018 zu erteilen ist.

Zum anderen ist nach Auffassung des entscheidenden Verwaltungsgerichts Eindeutigkeit der maßgeblichen Rechtslage gegeben (VwGH 27.03.2018, Ra 2017/06/0232).

### **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

Dr. Aicher

(Richter)