



Leitfaden zur Feststellung eines Freizeitwohnsitzes

Ausgabe 1. Dezember 2021

Inhaltsverzeichnis

1. Rechtliche Grundlagen

- a) Begriff Freizeitwohnsitz
- b) Ausnahmen von Freizeitwohnsitzen
- c) Betreibermodelle
- d) Zulässige Freizeitwohnsitze
- e) Bestehende Freizeitwohnsitze
- f) Erlöschen der Freizeitwohnsitzeigenschaft
- g) Feststellungsverfahren
- h) Bewilligungspflichtige Vorhaben
- i) Bauansuchen
- j) Baubewilligung
- k) Benützungsuntersagung
- l) Anmerkung zu den Novellen
 - I. Schaffung neuer Freizeitwohnsitze unzulässig, wenn
 - II. Zusammenlegung von Freizeitwohnsitzen
 - III. Klarstellung betreffend die Ausnahme nach § 13 Abs. 1 lit. c TROG 2016
 - IV. Klarstellung betreffend die Ausnahme nach § 13 Abs. 1 lit. d TROG 2016
 - V. Empfänger einer Benützungsuntersagung nach § 46 Abs. 6 TBO 2018
 - VI. Qualifizierte Mitwirkungspflicht nach § 29 Abs. 4 TBO 2018

2. Parteistellung der Gemeinden und Mitwirkungspflicht des Eigentümers bzw. Verfügungsberechtigten bei der Feststellung eines Freizeitwohnsitzes

- a) Besondere Befugnisse der Bau- und Strafbehörden
- b) Parteistellung der Gemeinden
- c) Mitwirkungspflicht des Eigentümers bzw. Verfügungsberechtigten
- d) Mitwirkungspflicht von Infrastrukturunternehmen:
- e) Organe der öffentlichen Aufsicht:

3. Umfang der Auskunftsrechte für Gemeinden

- a) Gemeinde als Abgabenbehörde im Sinne Bundesabgabenordnung (BAO)
- b) Was kommt als Beweismittel im Sinne der BAO in Betracht?
- c) Grenzen der Zulässigkeit der Verarbeitung personenbezogener Daten

d) § 302 StGB - Missbrauch der Amtsgewalt:

4. Relevante Judikatur

- a) Arbeitswohnsitz
- b) Lernwohnsitz
- c) Ferienwohnungsbetreuung und Studienwohnsitz
- d) Wartungsarbeiten
- e) Astenhütte
- f) Gemeinschaftsräume für § 13 Abs. 1 lit. a TROG 2016
- g) Zusammenlegung von Freizeitwohnsitzen
- h) Widmung von Freizeitwohnsitzen

5. Exkurs: Anbieten von Unterkünften über Internetplattformen wie Airbnb

- a) Fallen Ferienwohnungen in die Gewerbeordnung?
- b) Abgrenzung zwischen Vermietung und Beherbergung
- c) Widmungs- und baurechtsrelevante Aspekte
- d) Baurechtliche Aspekte – Änderung des Verwendungszwecks

6. Weiterführende Links

Anmerkung:

Diese Version berücksichtigt die durch die Gesetze LGBl. Nr. 46/2020, LGBl. Nr. 114/2021, LGBl. Nr. 158/2021, LGBl. Nr. 164/2021, LGBl. Nr. 165/2021 und LGBl. Nr. 167/2021 erfolgten inhaltlichen Änderungen und Ergänzungen.

1. Rechtliche Grundlagen

Die Ausführungen beziehen sich auf das Tiroler Raumordnungsgesetz 2016 – TROG 2016, LGBl. Nr. 101 in der Fassung des Gesetzes LGBl. Nr. 167/2021 und die Tiroler Bauordnung 2018 – TBO 2018, LGBl. Nr. 28 in der Fassung des Gesetzes LGBl. Nr. 167/2021.

a) Begriff Freizeitwohnsitz (§ 13 Abs. 1 Tiroler Raumordnungsgesetz 2016 - TROG 2016):

- Gebäude, Wohnungen oder sonstige Gebäudeteile 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;
- Keine Freizeitwohnsitze liegen daher vor bei
 - ❖ echten Arbeitswohnsitzen (Wochenpendler, Entsendungen)
 - ❖ Wohnsitzen zu Ausbildungszwecken
 - ❖ Zusatznutzung zu Erholungszwecken durch weitere Personen, wenn Wohnsitz für zumindest eine Person der Befriedigung eines ganzjährigen, mit dem Mittelpunkt der Lebensbeziehungen verbundenen Wohnbedürfnisses dient

b) Ausnahmen von Freizeitwohnsitzen (§ 13 Abs. 1 lit. a – d TROG 2016):

- Gastgewerbebetriebe zur Beherbergung von Gästen, aber nur wenn
 - ❖ Gemeinschaftsräume mit einer Gesamtfläche, bei der auf jedes der Beherbergung von Gästen dienende Bett zumindest eine Fläche von 0,5 m² entfällt, vorhanden sind,
 - ❖ gewerbetypische Dienstleistungen, zu denen insbesondere die Raumreinigung in regelmäßig wiederkehrenden Zeitabständen und das regelmäßige Wechseln der Wäsche zählen, erbracht werden und weiters
 - ❖ die ständige Erreichbarkeit einer Ansprechperson seitens des Betriebes gewährleistet ist;
- keine Gemeinschaftsräume sind Wellness-Bereiche, Schiräume und sonstige Abstellräume, Sanitärräume und dergleichen
- Kur- und Erholungsheime
 - ❖ von öffentlichen oder gemeinnützigen Einrichtungen
 - ❖ Einrichtungen der Kinder- und Jugendhilfe
- Wohnungen und Wohnräume zur Privatzimmervermietung
 - ❖ kann nun auch in Wohnungen erfolgen (bisher nur als Teil der Wohnung des Vermieters)
 - ❖ als Teil des gemeinsamen Hausstandes des Vermieters
 - ❖ keine familienfremden Dienstnehmer zulässig

- ❖ Speisen und Getränke dürfen verabreicht werden
- ❖ als häusliche Nebenbeschäftigung
- ❖ höchstens 10 Betten
- ❖ bei gleichzeitiger Vermietung von Ferienwohnungen Zusammenrechnung nötig, insg. höchstens 12 Betten zulässig
- ❖ Privatzimmervermietungsgesetz, LGBl. Nr. 29/1959 in der Fassung LGBl. Nr. 96/2021
- höchstens 3 Ferienwohnungen mit insgesamt 12 Betten
 - ❖ die im Rahmen der reinen Raumvermietung
 - ❖ während des Jahres jeweils kurzzeitig an wechselnde Personen
 - ❖ Ferienwohnungen in Gebäuden, die in einem räumlichen Naheverhältnis stehen und eine einheitliche Gesamtplanung aufweisen, sind zusammenzuzählen
 - ❖ bei Baugenehmigung nach 1.2.1996 nur wenn Vermieter Hauptwohnsitz im gleichen Gebäude hat
 - nur natürliche Personen als Vermieter zulässig
 - nur ein Gebäude zulässig

c) Betreibermodelle (§ 13 Abs. 2 TROG 2016):

- keine Räume zur Beherbergung von Gästen sind Räumlichkeiten, an denen
 - ❖ Wohnungseigentum besteht, sofern diese vom Eigentümer oder von seiner Familie selbst genutzt werden, oder
 - ❖ Verfügungsrechte bestehen, die über den üblichen Inhalt gastgewerblicher Beherbergungsverträge hinausgehen
- diese Räume sind Freizeitwohnsitze, auch wenn sie räumlich und organisatorisch in einen gewerblichen Beherbergungsbetrieb integriert sind

d) Zulässige Freizeitwohnsitze (§ 13 Abs. 3 bis 9 und § 44 Abs. 6 bis 7 TROG 2016):

- bescheidmäßig festgestellte Freizeitwohnsitze
- Baubewilligung nach dem Gesetz über die ausnahmsweise Zulässigkeit von Gebäuden im Freiland
- Zulässigkeit neuer Freizeitwohnsitze in Wohn- und Mischgebieten sowie auf Sonderflächen für Beherbergungsbetriebe und Hofstellen
 - ❖ eigene Widmungsfestlegung mit Festlegung der zulässigen Anzahl nötig
 - ❖ nur in Gemeinden mit einem Freizeitwohnsitzanteil von höchstens 8 % aller Wohnungen möglich oder

- ❖ in Gemeinden, die im örtlichen Raumordnungskonzept keine Festlegung nach § 31a Abs. 1 erster Satz TROG 2016 zu Gunsten der Vorsorge für den geförderten Wohnbau festgelegt haben, oder eine solche Festlegung ausschließlich deshalb unterblieben ist, weil Grundflächen, die als Vorbehaltsflächen für den geförderten Wohnbau in Betracht kommen, nicht zur Verfügung stehen
- ❖ bei Beherbergungsbetrieben und Hofstellen keine Neubauten zulässig
- ❖ bei Hofstellen zusätzlich nur bei aufrechter Bewirtschaftung, höchstens 25 % der Wohnnutzfläche, keine Veräußerung oder langfristige Vermietung
- ❖ strenge raumordnungsfachliche Kriterien sind zu erfüllen
- bescheidmäßige Ausnahmebewilligungen bei gesetzlichen Erben oder wegen geänderter Lebensumstände
 - ❖ entgeltliche Überlassung unzulässig
 - ❖ höchstpersönlich, nicht übertragbar

e) Bestehende Freizeitwohnsitze (§ 15 TROG 2016):

- Wiederaufbau und Erweiterungen festgestellter Freizeitwohnsitze zulässig
 - ❖ Vergrößerungen um bis zu 25 % der Baumasse und der Wohnnutzfläche zulässig
 - ❖ Bei einer Zusammenlegung von Freizeitwohnsitzen darf keiner der betroffenen Freizeitwohnsitze über 25 % der Baumasse und der Wohnnutzfläche hinaus vergrößert werden
 - ❖ Anzahl der Freizeitwohnsitze darf nicht geändert werden

f) Erlöschen der Freizeitwohnsitzeigenschaft (§ 16 TROG 2016):

- durch schriftliche Erklärung des Eigentümers oder Verfügungsberechtigten
- Baubewilligung zur Vergrößerung um mehr als 25 % der Baumasse bzw. Wohnnutzfläche
- Erhöhung der Anzahl der Freizeitwohnsitze
- durch Wegfallen der speziellen Voraussetzungen für Hofstellen
- rechtmäßig bestehende Freizeitwohnsitze verlieren diese Eigenschaft durch eine Unterbrechung der Nutzung als Freizeitwohnsitz nicht

g) Feststellungsverfahren (§ 17 TROG 2016):

- können seit 1.7.2014 nicht mehr neu eingeleitet werden
- anhängige Verfahren sind weiterhin durchzuführen
- unzulässige Feststellungsbescheide können für nichtig erklärt werden

h) Bewilligungspflichtige Vorhaben (§ 28 Abs. 1 lit. d Tiroler Bauordnung 2018 -TBO 2018):

- Verwendung von Gebäuden, Wohnungen oder sonstigen Gebäudeteilen als Freizeitwohnsitz ist bewilligungspflichtig
 - ❖ gilt nicht bei Ausnahmegewilligungen nach § 13 Abs. 7 TROG 2016
- Verwendung von im Freiland gelegenen Freizeitwohnsitzen zu anderem Zweck ist ebenfalls bewilligungspflichtig
 - ❖ Freizeitwohnsitzeigenschaft erlischt nicht
- Zusammenlegung oder sonstige Änderung von Freizeitwohnsitzen, sofern diese nicht nach § 28 Abs. 1 lit. a bis c TBO 2018 oder e einer Baubewilligung bedarf

i) Bauansuchen (§ 29 Abs. 4 TBO 2018):

- Nachweispflicht für Bauwerber, dass Verwendung als Freizeitwohnsitz nicht beabsichtigt ist, wenn Lage, Ausgestaltung oder Einrichtung Verwendung von Gebäuden, Wohnungen oder sonstigen Gebäudeteilen als Freizeitwohnsitz nicht ausschließt
 - ❖ nähere Angaben über vorgesehene Nutzung
 - ❖ Art der Finanzierung
 - ❖ Mitwirkungspflicht des Bauwerbers
 - ❖ qualifizierte Nachweispflicht für Fälle des § 13 Abs. 2 TROG 2016 (Investorenmodell)

j) Baubewilligung (§ 34 Abs. 3 lit. b und Abs. 4 lit. a TBO 2018):

- Bauansuchen ist ohne weiteres Verfahren abzuweisen, wenn offenkundig, dass unzulässiger Freizeitwohnsitz geschaffen werden soll bzw. unzulässige Erweiterungen rechtmäßiger Freizeitwohnsitze erfolgen soll
- Bauansuchen ist weitere abzuweisen, wenn während Verfahren hervorkommt, dass unzulässiger Freizeitwohnsitz geschaffen werden soll bzw. unzulässige Erweiterungen rechtmäßiger Freizeitwohnsitze erfolgen soll
- Bauansuchen ist abzuweisen, wenn Bauwerber entgegen behördlichen Auftrag Angaben nach § 29 Abs. 4 TBO 2018 nicht macht

k) Benützungsentersagung (§ 46 Abs. 6 lit. g TBO 2018):

- Eigentümer oder Benützer ist die weitere Benützung zu untersagen, wenn Wohnsitz rechtswidrig als Freizeitwohnsitz verwendet wird
- Benützungsentersagung bei kurzzeitiger wechselweiser Vermietung gegen Vermieter

I) Anmerkung zu den Novellen:

Anmerkung zu den von dieser Version (30.11.2021) des Freizeitwohnsitzleitfadens berücksichtigten Änderungen und Ergänzungen durch die Gesetze LGBl. Nr. 46/2020, LGBl. Nr. 114/2021, LGBl. Nr. 158/2021, LGBl. Nr. 164/2021, LGBl. Nr. 165/2021 und LGBl. Nr. 167/2021:

I. Schaffung neuer Freizeitwohnsitze unzulässig, wenn:

Diese Ergänzungen sehen vor, dass künftig die Schaffung neuer Freizeitwohnsitze in einer Gemeinde auch dann nicht mehr in Betracht kommen, wenn die Voraussetzungen nach § 31a Abs. 1 TROG 2016 vorliegen (§ 13 Abs. 4 und Abs 4a TROG 2016).

Dies ist dann der Fall,

- wenn in der Gemeinde der Grundbedarf an Wohnraum zur Befriedigung des dauerhaften Wohnbedürfnisses der Bevölkerung zu leistbaren Bedingungen nicht gewährleistet ist, weil ausreichende Grundflächen hierfür entweder nicht vorhanden oder – selbst unter Einsatz des Instruments der Vertragsraumordnung – einer Verwendung für Zwecke des geförderten Wohnbaus nicht zugeführt werden können. In diesem Fall hat die Gemeinde im örtlichen Raumordnungskonzept das Mindestausmaß der im Flächenwidmungsplan als Vorbehaltsflächen für den geförderten Wohnbau auszuweisenden Grundflächen und auch die für eine solche Widmung in Betracht kommenden Grundflächen festzulegen oder
- wenn eine solche Festlegung im örtlichen Raumordnungskonzept nur deshalb nicht getroffen werden kann, weil in der Gemeinde (insbesondere mangels Baulandreserven oder raumordnungsfachlich geeigneter Grundflächen für eine verdichtete Bebauung) entsprechend geeignete Grundflächen nicht zur Verfügung stehen.

Mit der Regelung soll verhindert werden, dass in Gemeinden, in denen ohnehin bereits ein Mangel an leistbaren Grundflächen für Dauerwohnzwecke besteht, diese Problematik dadurch weiter verschärft wird, dass an sich für Dauerwohnzwecke geeignete Grundflächen einer Nutzung zu Freizeitwohnsitzzwecken zugeführt werden.

II. Zusammenlegung von Freizeitwohnsitzen:

Darüber hinaus musste klargestellt werden, dass bei einer Zusammenlegung von Freizeitwohnsitzen deren Eigenschaft als Freizeitwohnsitz dann erlischt, wenn auf diese Weise Freizeitwohnsitze über das im Zusammenhang mit dem Wiederaufbau oder der Erweiterung jeweils zulässige Ausmaß hinaus vergrößert würden (§ 15 Abs. 3 sowie § 16 Abs. 1 lit. b TROG 2016).

III. Klarstellung betreffend die Ausnahme nach § 13 Abs. 1 lit. c TROG 2016:

Einem weiteren Problem wurde durch die Ergänzungen im § 38 Abs. 3a TROG 2016 insofern Rechnung getragen, dass man die seit jeher als Ferienwohnungen im Sinn des § 13 Abs. 1 lit. c TROG 2016 geltenden Gebäude, welche laut der restriktiven Rechtsprechung vom VwGH nunmehr als gastgewerbliche Tätigkeit zu qualifizieren sind und somit im Wohngebiet unzulässig wären, im Wohngebiet ungeachtet ihres gastgewerblichen Charakters als zulässig erklärt, sofern solche Wohngebäude am Stichtag 31. August 2021 bereits bestanden haben. § 28 Abs. 1 lit. c dritter Halbsatz TBO 2018 musste entsprechend den Regelungen im § 38 Abs. 3a TROG 2016 angepasst werden und schränkt die Ausnahme von einer bewilligungspflichtigen Änderung des Verwendungszweckes für die gastgewerbliche Vermietung von Wohnungen in Wohngebäuden auf jene Fälle ein, in denen die gewerbliche Gästebeherbergung bereits vor dem 1. September 2021 begonnen wurde.

IV. Klarstellung betreffend die Ausnahme nach § 13 Abs. 1 lit. d TROG 2016:

Im nunmehrigen § 13 Abs. 1 lit. d TROG 2016 erfolgte eine weitere Klarstellung dahingehend, dass es sich bei Ferienwohnungen ausschließlich um solche handelt, die „im Rahmen der Raumvermietung“ während des Jahres

kurzfristig an wechselnde Personen vermietet werden. Erfolgt in diesem Sinn eine gastgewerbliche Gästebeherbergung, so ist der Ausnahmetatbestand der Vermietung von Ferienwohnungen nicht einschlägig; vielmehr liegt diesfalls ein Gastgewerbebetrieb zur Beherbergung vor, der unter den Voraussetzungen des § 13 Abs. 1 lit. a TROG 2016 (ebenfalls) nicht dem Freizeitwohnsitzbegriff unterliegt.

Wird außerdem eine Privatzimmervermietung neben der Vermietung von Ferienwohnungen betrieben, so darf die Gesamtzahl von höchstens drei Wohnungen bzw. zwölf Betten jeweils insgesamt nicht überschritten werden (§ 13 Abs. 1 lit. d Folgesatz TROG 2016).

Korrespondierend mit § 13 Abs. 1 lit. d TROG 2016 erfolgt bei Almgebäuden im § 47 Abs. 2, 3 und 4 TROG 2016, in denen eine gewerbliche Gästebeherbergung stattfindet, eine Einschränkung auf höchstens drei Wohnungen. Für Ferienwohnungen in Almgebäuden hat diese Einschränkung schon aufgrund der Begriffsdefinition im (vormals) § 13 Abs. 1 lit. c TROG 2016 gegolten, sie soll nunmehr aber der Klarheit wegen ausdrücklich normiert werden.

V. Empfänger einer Benützungsuntersagung nach § 46 Abs. 6 TBO 2018:

Darüber hinaus wird § 46 Abs. 6 TBO 2018 infolge des Erkenntnisses des Landesverwaltungsgerichtes Tirol vom 9.12.2020, GZ: LVwG-2020/26/0758-3, insofern präzisiert, als künftig eine Benützungsuntersagung im Fall der kurzzeitigen Vermietung an wechselnde Personen stets an den Eigentümer der betreffenden baulichen Anlage zu richten sein wird.

VI. Qualifizierte Mitwirkungspflicht nach § 29 Abs. 4 TBO 2018:

Außerdem wurde § 29 Abs. 4 TBO 2018 durch eine qualifizierte Nachweispflicht für die Nichtbegründung von Freizeitwohnsitzen erweitert. Insbesondere sind zur Hintanhaltung von Umgehungen in Bezug auf Freizeitwohnsitze im Zuge der Schaffung von Gastgewerbebetrieben zur Beherbergung von Gästen ab 1. Jänner 2022 im Falle von Investoren- bzw. Betreibermodellen qualifizierte Nachweise vom Bauwerber vorzulegen. Diese Regelung hat zur Rechtsfolge, dass das betroffene Bauansuchen, vorausgesetzt einem Verbesserungsauftrag nach § 13 Abs. 3 AVG wurde nicht entsprochen, von der Behörde mangels Unterlagen ohne weitere Behandlung als unvollständig zurückgewiesen werden kann.

2. Behördliche Befugnisse sowie Mitwirkungspflichten in Verfahren zur Feststellung von Freizeitwohnsitzen

a) Besondere Befugnisse der Bau- und Strafbehörden:

Gemäß § 13 Abs. 10 TROG 2016, der mit dem Gesetz LGBl. Nr. 46/2020 eingefügt wurde und am 7.4.2020 in Kraft getreten ist, sind zum Zweck der Überwachung der Einhaltung der im TROG 2016 enthaltenen Beschränkungen für Freizeitwohnsitze den damit betrauten Organen der Gemeinde die Zufahrt und zu angemessener Tageszeit der Zutritt zu dem jeweiligen Objekt zu gewähren und die erforderlichen Auskünfte über dessen Verwendung zu erteilen.

Gemäß § 13a Abs. 5 TROG 2016 stehen diese Befugnisse auch den Organen der Bezirksverwaltungsbehörde in Verwaltungsstrafverfahren wegen des Verdachts der Übertretung nach § 13a Abs. 1 oder 2 TROG 2016 zu.

b) Parteistellung der Gemeinden:

Mit der Novelle des TROG im Jahr 2016 wurde im § 13a Abs. 6 TROG 2016 der Gemeinde, die eine Übertretung des Freizeitwohnsitzregimes auf ihrem Gebiet bei der Verwaltungsstrafbehörde anzeigt, im Verwaltungsstrafverfahren Parteistellung und weiters Amtsbeschwerde- und Amtsrevisionslegitimation

eingräumt. Dies mit der Begründung, dass tatsächlich ein Interesse der Gemeinde an der Einhaltung der Vorschriften über Freizeitwohnsitze besteht, die sie im eigenen Wirkungsbereich zu vollziehen hat, und – sofern von der Gemeinde Anzeige erstattet wurde – jedenfalls auch am daran anschließenden Verwaltungsstrafverfahren. Hingegen ist ein Interesse der Gemeinde an der Strafbemessung nicht anzunehmen, weshalb sich die Parteistellung der Gemeinde und korrespondierend hierzu wiederum die Beschwerde- und Revisionslegitimation auf diesen verwaltungsstrafrechtlichen Aspekt nicht beziehen soll, sondern lediglich auf die Feststellung ob ein Freizeitwohnsitz vorliegt oder nicht.

c) Mitwirkungspflicht des Eigentümers bzw. Verfügungsberechtigten:

2016 wurde weiters die Regelung des § 13a Abs. 5 TROG 2016 eingeführt, wonach der Eigentümer des Wohnsitzes oder der sonst hierüber Verfügungsberechtigte auf Verlangen der Behörde binnen einer angemessen festzusetzenden Frist den Nachweis über die Nutzung des betreffenden Wohnsitzes zu erbringen hat; dies nicht zuletzt vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, wonach von einem anderen Wohnsitz als von einem Freizeitwohnsitz nicht gesprochen werden kann, wenn kein deutliches Übergewicht hinsichtlich der beruflichen und familiären Lebensbeziehungen feststellbar ist, auch wenn dort gelegentlich berufliche Tätigkeiten ausgeübt werden sollten (VwGH 2012/02/0171 vom 27.06.2014). Ob nämlich im beruflichen oder familiären Bereich entsprechende überwiegende Anknüpfungspunkte zu einem Wohnsitz vorliegen, die eine Nutzung desselben als Freizeitwohnsitz ausschließen, erfordert eine genaue Kenntnis über die Nutzung des betreffenden Wohnsitzes, welche die Behörde von sich aus vielfach nicht erlangen kann.

Mit dieser Regelung soll der Behörde die Feststellung darüber, wie ein bestimmtes Objekt tatsächlich genutzt wird, erleichtert werden. Es handelt sich dabei allerdings nicht um eine echte Beweislastumkehr, was mit Art. 6 EMRK (Recht auf ein faires Verfahren) unvereinbar wäre. Aus dem Umstand, dass der Nachweis einer bestimmten Nutzung der Wohnung bzw. des Wohnraumes nicht erbracht wird, darf dementsprechend nicht zwingend auf die tatbestandliche Nutzung desselben als Freizeitwohnsitz geschlossen werden. Wie ein Nichtmitwirken des Eigentümers bzw. Verfügungsberechtigten seitens der Behörde ausgelegt wird obliegt allerdings deren freien Beweiswürdigung.

d) Mitwirkungspflicht von Infrastrukturunternehmen:

Ist auf Grund bestimmter Tatsachen eine Nutzung anzunehmen, die den Beschränkungen für Freizeitwohnsitze widerspricht, haben gemäß § 13 Abs. 10 TROG 2016 Versorgungs- oder Entsorgungsunternehmen, die Erbringer von Postdiensten oder von elektronischen Zustelldiensten auf Anfrage der Behörde die zur Beurteilung der Nutzung erforderlichen Auskünfte zu erteilen oder die erforderlichen personenbezogenen Daten zu übermitteln. Auch diese Verpflichtung wurde mit dem Gesetz LGBl. Nr. 46/2020 in das TROG 2016 aufgenommen. Die Verpflichtung besteht sowohl gegenüber Baubehörden als auch den Bezirksverwaltungsbehörden im Rahmen der Durchführung von Verwaltungsstrafverfahren (§ 13a Abs. 5 TROG 2016).

e) Organe der öffentlichen Aufsicht:

Mit einer Novelle der Tiroler Gemeindeordnung 2001 (LGBl. Nr. 158/2021) soll künftig die Grundlage für die Bestellung von Organen der öffentlichen Aufsicht geschaffen werden, welche den Gemeinden bzw. Bezirkshauptmannschaften unter anderem im Zusammenhang mit der Feststellung illegaler Freizeitwohnsitze Unterstützung bieten sollen. Die Möglichkeit der Mitwirkung an den Aufgaben der Vollziehung von Personen, die kein Dienstverhältnis zur Gemeinde haben, wird mit den Bestimmungen der §§ 60b ff der Tiroler Gemeindeordnung – TGO 2001 neu geschaffen. Die Erfahrungen haben gezeigt, dass die Durchführung von Verwaltungsstrafverfahren in einer zunehmenden Anzahl von Fällen daran scheitert, dass die Identität eines auf frischer Tat Betretenen nicht feststellbar ist. Die Organe der öffentlichen Aufsicht sollen daher mit Befugnissen ausgestattet werden, die eine effiziente Strafverfolgung gewährleisten sollen.

Künftig soll daher der Bürgermeister Organe der öffentlichen Aufsicht bestellen können, welche an der Vollziehung ortspolizeilicher Verordnung der Gemeinde mitwirken. Darüber hinaus kann ein vom Bürgermeister

bestelltes Organ nach § 60f Abs. 1 lit. c leg. cit auf Antrag der Gemeinde für das Gebiet der betreffenden Gemeinde von der Bezirkshauptmannschaft zur Mitwirkung an der Vollziehung des § 13a des Tiroler Raumordnungsgesetzes 2016, LGBl. Nr. 101/2016 bestellt werden. Die bestellten Aufsichtsorgane haben die Befugnis zur Mitwirkung an der Vollziehung der im Abs. 1 genannten Rechtsvorschriften (insbesondere § 13a Tiroler Raumordnungsgesetz 2016, LGBl. Nr. 101/2016) durch Überwachung ihrer Einhaltung und Vorbeugemaßnahmen gegen drohende Verwaltungsübertretungen und Maßnahmen, die für die Einleitung von Verwaltungsstrafverfahren erforderlich sind. Demnach können grundsätzlich auch Mitarbeiter privater Sicherheitsunternehmen zu Organen der öffentlichen Aufsicht bestellt werden.

Die zitierten Bestimmungen betreffend Organe der öffentlichen Aufsicht wurden am 19.11.2021 im LGBl. Nr. 158/2021 kundegemacht und treten mit 1. Jänner 2022 in Kraft (siehe Merkblatt für die Gemeinden Tirols vom November 2021).

3. Umfang der Auskunftsrechte für Gemeinden

a) Gemeinde als Abgabenbehörde

Bei der Erhebung von Daten zur Feststellung von Freizeitwohnsitzen stellt sich die Frage, welche Daten die Gemeinde einfordern darf bzw. was überschießend wäre und einen Widerspruch insbesondere zur Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) darstellen würde.

Als Abgabenbehörde verfügt die Gemeinde über Daten, die sie aufgrund verschiedener Abgabenverfahren verarbeitet. In Bezug auf Freizeitwohnsitze ist hier besonders die Erhebung der Freizeitwohnsitzabgabe nach dem Tiroler Freizeitwohnsitzabgabengesetz – TFWAG zu nennen. Seit 1. Jänner 2020 hat die Gemeinde nach § 1 Abs. 1 TFWAG für die Verwendung eines Wohnsitzes als Freizeitwohnsitz eine Freizeitwohnsitzabgabe einzuheben.

Gegenstand und Zweck des TFWAG ist nicht die Feststellung, ob ein legaler oder illegaler Freizeitwohnsitz vorliegt und die allfällige Sanktionierung nach bau- oder raumordnungsrechtlichen Bestimmungen, sondern ausschließlich die Erhebung der Abgabe. Erhärtet sich bei der Abgabenbehörde allerdings der Verdacht, dass es sich bei einem Wohnsitz um einen Freizeitwohnsitz handelt, ist die Feststellung ob überhaupt ein Freizeitwohnsitz vorliegt eine Vorfrage zur Beurteilung der Frage, ob eine Freizeitwohnsitzabgabe einzuheben ist.

Zum Zweck der effektiven behördlichen Kontrolle der landesgesetzlichen Bestimmungen und der wechselseitigen Information der Behörden im Raumordnungs- und Abgabenrecht betreffend Freizeitwohnsitze wurde durch das Gesetz LGBl. Nr. 46/2020 neben Änderungen bau- und raumordnungsrechtlicher Bestimmungen auch das Tiroler Abgabengesetz (TAbgG), das Tiroler Aufenthaltsabgabengesetz 2003 und das TFWAG novelliert.

Demzufolge sind der Gemeinde nach § 6 Abs. 2 TFWAG zum Zweck der Erhebung der Freizeitwohnsitzabgabe die Zufahrt und zu angemessener Tageszeit der Zutritt zu dem jeweiligen Objekt zu gewähren und die erforderlichen Auskünfte über dessen Verwendung zu erteilen. Ist auf Grund bestimmter Tatsachen eine Nutzung als Freizeitwohnsitz anzunehmen, haben die Versorgungs- oder Entsorgungsunternehmen, die Erbringer von Postdiensten oder von elektronischen Zustelldiensten auf Anfrage der Gemeinde die zur Beurteilung der Nutzung erforderlichen Auskünfte zu erteilen oder die erforderlichen personenbezogenen Daten zu übermitteln.

Die durch die Gemeinde dabei verarbeiteten Daten dürfen nach § 8 Abs. 3 TFWAG auch in Verfahren nach bau- und raumordnungsrechtlichen Vorschriften verarbeitet werden.

Durch die Änderung im TABgG wird klargestellt, dass die Gemeinde die in einem Abgabeverfahren erlangten Daten auch in anderen Abgabeverfahren sowie in den bau- und raumordnungsrechtlichen Verfahren im jeweils erforderlichen Ausmaß verwenden darf (§ 14 TABgG). Somit wird der Gemeinde ermöglicht, Daten aus Abgabeverfahren für ihre Aufgaben in Bezug auf Freizeitwohnsitze nach den bau- und raumordnungsrechtlichen Bestimmungen zu verwenden.

Auf sämtliche Verfahren zur Einhebung öffentlicher Abgaben der Gemeinde ist die Bundesabgabenordnung (BAO) anzuwenden. Da sie auf alle Abgabeverfahren Anwendung findet, enthält sie umfassendere Bestimmungen als das TFWAG, besonders in Bezug auf Auskunftspflichten und Zutrittsrechte.

Die BAO konkretisiert den gesetzlichen Auftrag der Abgabenbehörden: So haben diese etwa nach § 115 Abs. 1 BAO die abgabepflichtigen Fälle zu erforschen und von Amts wegen die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse zu ermitteln die für die Abgabepflicht und die Erhebung der Abgaben wesentlich sind. Nach § 141 Abs. 1 BAO haben die Abgabepflichtigen den Organen der Abgabenbehörde die Vornahme der zur Durchführung der Abgabengesetze notwendigen Amtshandlungen zu ermöglichen. Sie haben zu dulden, dass Organe der Abgabenbehörde zu diesem Zweck ihre Grundstücke, Geschäfts- und Betriebsräume innerhalb der üblichen Geschäfts- oder Arbeitszeit betreten, haben diesen Organen die erforderlichen Auskünfte zu erteilen und einen zur Durchführung der Amtshandlungen geeigneten Raum sowie die notwendigen Hilfsmittel unentgeltlich beizustellen.

§ 143 Abs. 1 BAO berechtigt die Abgabenbehörde (zur Erfüllung der im § 114 bezeichneten Aufgaben), Auskunft über alle für die Erhebung von Abgaben maßgebenden Tatsachen zu verlangen. Die Auskunftspflicht trifft jedermann, auch wenn es sich nicht um seine persönliche Abgabepflicht handelt. Nach § 143 Abs. 2 BAO ist die Auskunft wahrheitsgemäß nach bestem Wissen und Gewissen zu erteilen. Die Verpflichtung zur Auskunftserteilung schließt die Verbindlichkeit in sich, Urkunden und andere schriftliche Unterlagen, die für die Feststellung von Abgabenansprüchen von Bedeutung sind, vorzulegen oder die Einsichtnahme in diese zu gestatten.

b) Was kommt als Beweismittel in Betracht?

Nach § 166 BAO kommt als Beweismittel alles in Betracht, was zur Feststellung des maßgebenden Sachverhalts geeignet und nach Lage des einzelnen Falles zweckdienlich ist. Demnach kann die Abgabenbehörde u.a. die Mitwirkung der Abgabepflichtigen einfordern (§ 141 Abs. 1 BAO), von jedermann Auskünfte einholen und sich entsprechende Urkunden bzw. Unterlagen vorlegen lassen (§ 143 Abs. 1 und 2 BAO, § 6 Abs. 2 TFWAG), Zeugen einvernehmen (§ 169 BAO), Augenscheine durchführen bzw. Sachverständige zuziehen (§ 182 Abs. 1 BAO).

Sofern die Abgabenbehörde die Auffassung vertritt, dass ohne die Verwendung von Verbrauchsdaten (z.B. Strom,- Wasser oder Gasrechnung etc.) die abgabepflichtigen Fälle nicht ausreichend erforscht und von Amts wegen die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse nicht ermittelt werden können, die für die Abgabepflicht und die Erhebung der Abgaben wesentlich sind, kann argumentiert werden, dass sie auch Verbrauchsdaten verarbeiten darf. Dies ist jedoch ausschließlich im erforderlichen Umfang zulässig, was insbesondere bedeutet, dass wenn etwa die Vorlage einer Stromrechnung reichen würde, nicht noch zusätzlich Kanal- oder Wasserrechnungen erhoben werden dürfen.

Soweit „jedermann“ iSd § 143 Abs. 1 und 2 BAO neben natürlichen auch juristische Personen umfasst, sind auch Versorgungs- bzw. Entsorgungsunternehmen zwar zur wahrheitsgemäßen Auskunft gegenüber der Abgabenbehörde verpflichtet. Aus dieser Verpflichtung zur Auskunft im Einzelfall kann jedoch keine pauschale Verpflichtung zur Datenübermittlung abgeleitet werden.

Zusammengefasst bedeutet dies, dass die Gemeinde Beweise aufgrund folgender Erhebungen unter Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen (besonders TFWAG, TABgG, BAO, DSGVO) im bau- und raumordnungsrechtlichen Verfahren in Bezug auf Freizeitwohnsitze ermitteln darf:

- Zufahrt zum Objekt
- Augenschein im jeweiligen Objekt
- Vorlage von Urkunden
- Befragung von Zeugen
- Beiziehung von Sachverständigen
- Auskunftsrecht, besonders über die Verwendung des Objekts
- Erteilung der Auskünfte und Übermittlung personenbezogener Daten durch Versorgungs- oder Entsorgungsunternehmen, Erbringer von Postdiensten oder elektronische Zustelldienste
- Datenerhebung personenbezogener Daten aus Abgabenverfahren

c) Grenzen der Zulässigkeit der Verarbeitung personenbezogener Daten

- Es muss zumindest „denkmöglich“ sein, dass personenbezogene Daten, die die Abgabenbehörde verarbeitet, geeignet sind, den relevanten Sachverhalt festzustellen.
- Der Grundsatz der Erforderlichkeit besagt, dass eine Verarbeitung personenbezogener Daten nur so weit zulässig ist, als dies für die Erreichung des damit verfolgten Zwecks erforderlich ist.
- Das Übermaßverbot als Ausdruck des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bedeutet, dass auch wenn die Verarbeitung personenbezogener Daten grundsätzlich rechtmäßig erfolgt, diese stets nur im erforderlichen (verhältnismäßigen) Ausmaß vorgenommen werden darf. (So darf etwa wenn die dargelegte Stromabrechnung darlegt, dass nicht von einem Freizeitwohnsitz ausgegangen werden kann nicht noch zusätzlich die Wasserabrechnung verlangt werden.)
- Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verlangt, dass die mit dem Eingriff in das Grundrecht verbundene Maßnahme nicht nur legitim, sondern auch zur Erreichung des entsprechenden Zieles geeignet und erforderlich sein muss. Zudem muss zwischen dem durch den Eingriff zu erreichenden Ziel und der Art des Eingriffes ein angemessenes Verhältnis bestehen.
- Eine pauschalisierte „Rasterfahndung“ bzw. Suche nach Personen, die möglicherweise die Abgabe unrechtmäßigerweise nicht entrichtet haben, etwa mit Hilfe flächendeckender Verbrauchswerterhebungen ist unverhältnismäßig und damit unzulässig. Ein bestehender Verdacht gegenüber einer konkreten Person, die Abgabe nicht bzw. nicht vollständig entrichtet zu haben, ist somit zwingende Voraussetzung für die Zulässigkeit weiterer Erhebungen, insbesondere auch der Verarbeitung von Verbrauchsdaten.

Mit der Novelle des Tiroler Raumordnungsgesetzes LBGL. Nr. 46/2020 wurden nach dem Vorbild des Salzburger Raumordnungsgesetzes im neuen § 13 Abs. 10 und korrespondierend im ergänzten § 13a Abs. 5 des Tiroler Raumordnungsgesetzes 2016 sowie im § 6 Abs. 2 des Tiroler Freizeitwohnsitzabgabegesetzes Ermächtigungen zur effektiven Kontrolle der Freizeitwohnsitzbestimmungen sowie zur Erhebung von Daten von Versorgungsunternehmen bei begründetem Verdacht einer gesetzwidrigen Nutzung geschaffen (Art. 1 Z 1 und 2 bzw. Art. 5 Z 2).

d) § 302 StGB - Missbrauch der Amtsgewalt:

Da im Rahmen von Freizeitwohnsitzkontrollen behördliche Ermittlungsschritte notwendig werden, kann es früher oder später notwendig werden sich mit der Frage von strafrechtlich relevantem Verhalten auseinanderzusetzen, nämlich beispielsweise dann, wenn man mit Anzeigen konfrontiert wird, welche willkürlich oder substanzlos erscheinen.

Zu dieser Thematik wurde von der für gerichtliche Strafrechtsangelegenheiten zuständigen Abteilung Justizariat des Amtes der Tiroler Landesregierung eine Stellungnahme eingeholt, welche im Anschluss wiedergegeben wird:

„Allgemein ausgeführt gelten für Verfahren wegen Verwaltungsübertretungen nach § 13a TROG 2016 die allgemeinen Grundsätze für Verwaltungsstrafverfahren nach dem VStG. Für behördliche Ermittlungstätigkeiten ist insbesondere auf den Grundsatz der Amtswegigkeit der Verfolgung nach § 25 Abs. 1 VStG (Offizialmaxime)

hinzuweisen. Gemäß § 25 Abs. 1 VStG sind Verwaltungsübertretungen, mit Ausnahme des Falles des § 56 VStG, von Amts wegen zu verfolgen. Das heißt, dass auch eine Beurteilung von inhaltlich ungenauen oder anonymen Anzeigen zu erfolgen hat. Ein Unterlassen der Behandlung derartiger Anzeigen würde dem Grundsatz der Amtswegigkeit der Verfolgung und somit dem Grundsatz der Erforschung der materiellen Wahrheit widersprechen.

Bezogen auf § 302 StGB – Missbrauch der Amtsgewalt – sind zwei Fallkonstellationen zu unterscheiden:

1. Die Verwaltungsorgane sind dazu verpflichtet die *Offizialmaxime* iSd § 25 Abs. 1 VStG einzuhalten. Ein Unterlassen von Weitermeldungen bzw. der Einleitung von Ermittlungen kann bei entsprechendem Vorsatz (Wissentlichkeit hinsichtlich der Notwendigkeit behördlichen Handelns und bedingter Vorsatz hinsichtlich Schädigung des Staates durch das Unterlassen) wird den Tatbestand nach §§ 2, 302 StGB – Amtsmisbrauch durch Unterlassen – erfüllen.

2. Die in der Anfrage aufgeworfene mögliche Begehung eines Amtsmisbrauches bei behördlichem „Tätigwerden aufgrund substanzloser oder willkürlicher“ Anzeigen ist theoretisch ebenfalls möglich, allerdings müsste der/die Behördenvertreter/in wissen, dass die Anzeige vollkommen substanzlos oder willkürlich ist, etwa, wenn bereits ein Strafverfahren eingestellt wurde oder vollkommen aussichtslos ist und er trotzdem ein Verwaltungsverfahren einleitet.“

4. Relevante Judikatur

a) Arbeitswohnsitz:

Ein deutscher Steuerberater mit Kanzlei in Deutschland gab im Zuge des Strafverfahrens an, dass er das erworbene Haus in einer Tiroler Gemeinde unter anderem als Arbeitswohnsitz nutze und legte diesbezüglich Aufzeichnungen geführter Telefonate, dem Studieren von Fachzeitschriften, E-Mail Korrespondenzen etc. vor. Im Haus war ein Zimmer als Büro eingerichtet.

Das Landesverwaltungsgericht Tirol hat in seiner Entscheidung LVvWG-2015/11/0841-6 vom 30.06.2015 hinsichtlich der Frage, ob ein Arbeitswohnsitz vorliegt oder nicht folgende Feststellungen getroffen:

Das Gericht stellte fest, dass auch wenn der Beschwerdeführer gelegentlich einer beruflichen Tätigkeit im gegenständlichen Haus nachgeht

- das Wohnhaus nicht der Befriedigung eines dauernden Wohnbedarfs dient
- relevante familiäre oder berufliche Bindungen des Beschwerdeführers zum gegenständlichen Haus nicht bestehen
- das Haus nicht im Freizeitwohnsitzverzeichnis der Gemeinde aufscheint
- kein *deutliches Übergewicht* hinsichtlich der beruflichen und familiären Lebensbeziehungen des Beschwerdeführers im gegenständlichen Haus besteht

In einer weiteren Entscheidung des Landesverwaltungsgerichtes Tirol vom 25.11.2020, GZ: LVvWG-2020/31/1003-4, betreffend die Untersagung der Benützung einer Wohnung gemäß § 46 Abs. 6 lit. g TBO 2018, ging es ebenfalls um in Deutschland ansässige Anwälte (Erstbeschwerdeführer sei Gesellschafter einer Kanzlei in München, die Zweitbeschwerdeführerin sei Anwältin in einer Münchner Anwaltskanzlei), welche behaupteten, dass sie die Wohnung zu beruflichen Zwecken nutzen. Hierzu stellte das LVvWG fest, dass die gegenständliche Wohnung aufgrund der raumordnungsrechtlichen Bestimmungen des § 13 Tiroler Raumordnungsgesetz 2016 (in der Folge: TROG 2016) nicht als Freizeitwohnsitz verwendet werden dürfe, worauf auch im Baubewilligungsbescheid vom 25. August 2015 ausdrücklich hingewiesen werde. Als Rechtsanwälte wären die Parteien insbesondere in einer

Gemeinde wie der vorliegenden dazu verhalten gewesen, bereits im Vorfeld des Liegenschaftserwerbes taugliche Erkundigungen hinsichtlich einer zukünftig möglichen Nutzung des Objektes einzuholen. Gemäß § 13 Abs. 1 TROG 2016 seien 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 Urlaubes, der Ferien, des Wochenendes oder sonst nur zeitweilig zu Erholungszwecken verwendet würden. Im Lichte der höchstgerichtlichen Rechtsprechung könne von einem anderen Wohnsitz als einem Freizeitwohnsitz dann nicht gesprochen werden, wenn kein deutliches Übergewicht hinsichtlich der beruflichen und familiären Lebensbeziehungen am konkreten Ort feststellbar sei. Insgesamt habe das durchgeführte Ermittlungsverfahren ergeben, dass ihr beruflicher Schwerpunkt klar in München liege. Auch wenn die Parteien nach ihren Angaben gelegentlich von der in Rede stehenden Wohnung aus berufliche Tätigkeiten verrichteten, mache dies den Wohnsitz nicht zu einem anderen als einem Freizeitwohnsitz (Verweis auf näher bezeichnete Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes). Aus den vorgelegten Kalenderaufzeichnungen für den Zeitraum von Jänner 2019 bis März 2020 sei ersichtlich, dass sich diese in aller Regel über das Wochenende, sowie dann, wenn Ferien-, Fenster-, Brücken- oder Feiertage dies zuließen, auch länger in der Wohnung aufhielten. Auch hinsichtlich des privaten Lebensmittelpunktes sei aus näheren Gründen nicht zu ersehen, dass der berufliche Schwerpunkt, der klar in Deutschland liege, so weit überkompensiert werde, dass ein deutliches Übergewicht der Lebensbeziehungen in Tirol erblickt werden könne. In der im Lichte der höchstgerichtlichen Rechtsprechung gebotenen, durchgeführten Gesamtbetrachtung diene die Wohnung daher nicht der Befriedigung eines ganzjährigen, mit dem Mittelpunkt der Lebensbeziehungen verbundenen Wohnbedürfnis der revisionswerbenden Parteien, sondern werde von diesen als Freizeitwohnsitz gemäß der Legaldefinition des § 13 Abs. 1 TROG 2016 genutzt.

→ **Die dagegen erhobene Revision wurde mit Beschluss des Verwaltungsgerichtshofes vom 28.06.2021, GZ: Ra 2021/06/0056 zurückgewiesen:**

„Soweit die revisionswerbenden Parteien eine „massive Fehlinterpretation“ des § 13 Abs. 1 TROG 2016 mit dem Argument behaupten, das wesentlichste Merkmal der unzulässigen Freizeitwohnsitznutzung sei der monatelange Leerstand nach zeitweiliger Nutzung, verkennen sie bereits nach deren Wortlaut den normativen Inhalt der genannten Bestimmung; auf einen „monatelangen Leerstand“ kommt es dabei nicht an, sondern gerade darauf, dass der Wohnsitz im Wesentlichen nur zum Aufenthalt während des Urlaubes, der Ferien, des Wochenendes oder sonst nur zeitweilig zu Erholungszwecken verwendet wird. Wie der Verwaltungsgerichtshof zur wortgleichen Bestimmung des § 12 Abs. 1 Tiroler Raumordnungsgesetzes 2001 (TROG 2001), wiederverlautbart als Tiroler Raumordnungsgesetz 2006 (TROG 2006), wiederholt ausgesprochen hat, kann insofern von einem anderen Wohnsitz als einem Freizeitwohnsitz dann nicht gesprochen werden, wenn kein deutliches Übergewicht hinsichtlich der beruflichen und familiären Lebensbeziehungen des Einschreiters feststellbar ist; dies gilt auch, wenn er dort gelegentlich seinen Beruf betreffende Tätigkeiten ausüben sollte (vgl. zu den auf § 12 TROG 2001 bzw. TROG 2006 verweisenden Bestimmungen des § 2 Abs. 6 bzw. § 2 Abs. 8 Tiroler Grundverkehrsgesetz VWGH 26.6.2009, 2008/02/0044, 26.11.2010, 2009/02/0345 und 27.6.2014, 2012/02/0171, sowie sinngemäß vergleichbar zu § 16 Vorarlberger Raumplanungsgesetz VWGH 30.9.2015, Ra 2014/06/0026). Das Zulässigkeitsvorbringen der vorliegenden Revision bietet keinen Anlass, von dieser bestehenden Rechtsprechung abzugehen.“

Im Folgenden werden zwei weitere Auszüge von Begründungen aus Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofes sowie Landesverwaltungsgerichtes Tirol betreffend Arbeitswohnsitze angeführt:

Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes vom 26.06.2009, GZ: 2008/02/0044:

„Selbst, wenn man im konkreten Fall die mit der Anschaffung des Hauses erfolgte Kapitalbindung und die damit geschaffene wirtschaftliche Beziehung zur Liegenschaft in Tirol in Betracht zieht, kann vor dem dargestellten rechtlichen Hintergrund von einem anderen Wohnsitz als von einem Freizeitwohnsitz nicht gesprochen werden,

weil kein deutliches Übergewicht hinsichtlich der beruflichen und familiären Lebensbeziehungen des Beschwerdeführers in seinem Haus in Tirol feststellbar ist. Auch wenn er dort gelegentlich seinen Beruf betreffende Tätigkeiten ausüben sollte, stehen dem die Betreuung seiner vier Geschäfte in München sowie der Besuch von Messen und der mehrmonatige Aufenthalt während der Sommermonate in Italien entgegen, während zum Wohnsitz in Tirol keine weiteren Bindungselemente behauptet wurden.“

Entscheidung des Landesverwaltungsgerichtes Tirol vom 25.2.2021 – GZ: LVwG-2020/48/2498-8:

„Es konnte nicht dargelegt werden, dass ein ganzjähriger Wohnsitz und dementsprechend beruflicher und privater Lebensmittelpunkt in Z von den beiden Beschwerdeführern vorliegt. Ein deutliches Übergewicht hinsichtlich der beruflichen und familiären Lebensbeziehungen in Z war nicht feststellbar, auch wenn dort gelegentlich berufliche Tätigkeiten ausgeübt werden. Einen Arbeitswohnsitz konnte Herr AA nicht nachweisen, da auch im Jahr 2019 nur 20 Tage Übernachtungen in der Wohnung zu Geschäftsreisen anführte. Andere berufliche Tätigkeiten wurden nicht dargelegt und konnte jedenfalls ein Übergewicht der beruflichen Interessen und Tätigkeiten in der Wohnung in Z nachweisen. Er betreibt in seiner Pension noch ein Personalberatungsunternehmen mit Sitz in W, das auch über elektronische Medien, Telefon bzw Videokonferenzen betreibt. Die steuerliche Veranlagung erfolgt ebenso in Deutschland.

W ist von Z 728 km entfernt und bedarf es einer Anreise von W von fast 8 Stunden nach dem Google-Maps Routenplaner, auch wenn der Beschwerdeführer eine kürzere Zeit zu Zeiten von Corona angibt. Eine derartige Distanz ist daher nachvollziehbar nicht geeignet, regelmäßig durchgeführt zu werden. Wie die Beschwerdeführer selbst bei ihrer Einvernahme aussagten, bleiben sie dann regelmäßig 10 Tage in Z, wenn sie angereist sind. Jedoch konnten sie nicht darlegen, dass die beruflichen Tätigkeiten, die sie in Z durchführen, überwogen hätten und ein derart entscheidendes Gewicht gehabt hätten, dass diese den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen ausgemacht hätten, zumal sie auch nicht einmal den Großteil des Jahres und auch die Lockdownzeiten nicht in der Wohnung in Z verbringen. Vielmehr dient der Wohnsitz Z zu Erholungszwecken und genießen sie dementsprechend neben der gelegentlichen Arbeitstätigkeit vor allem diese Erholungszwecke.“

Entscheidung des Landesverwaltungsgerichtes Tirol vom 06.10.2021 – GZ: LVwG-2021/22/1811-6:

Das Landesverwaltungsgericht Tirol hat in der genannten Entscheidung, insbesondere aufgrund der behördlichen Feststellungen infolge von Kontrollen, festgestellt, dass es sich um eine illegale Freizeitwohnsitznutzung handelt. Dabei wurden folgende behördliche Kontrollen durchgeführt:

- „- 25.11.2020 – ON 28: „Auf mehrfaches Klingeln wurde nicht geöffnet. Licht oder Bewegungen waren im Haus nicht ersichtlich. Vor der Tür zwei bereits verfallene Kürbisse als Dekoration. kein KFZ in der Einfahrt/Unterstand“.*
 - 17.12.2020 – ON 31: „Der Beschwerdeführer wird angetroffen, er verbringe einige Tage mit seiner Familie in Y. Es handle sich um einen Arbeitswohnsitz (weitere Ausführungen dazu folgen).*
 - 4.2.2021 – ON 37: Schwiegervater des Beschwerdeführers wird angetroffen – mit weiteren Ausführungen.*
 - 10.3.2021 – ON 39: Kein PKW in der Einfahrt, Lichter im Haus nicht ersichtlich. An der Haustüre klebt ein Zettel für die Post.*
 - 6.5.2021 – ON 43: wie oben 10.3.2021 – Zettel für die Post klebt nach wie vor an der Türe.*
- Im Rahmen des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens (ON 4):*
- 29.7.2021: Kein PKW, kein Licht, Zettel für die Post klebt nach wie vor an der Türe.*
 - 3.8.2021: wie 29.7.*
 - 12.8.201: wie 29.7.“*

Zusammenfassend wurde vom LVwG Tirol festgestellt, dass der Beschwerdeführer das gegenständliche Anwesen als Freizeitwohnsitz und nicht als ständigen Arbeitswohnsitz verwendet. Den Mittelpunkt seiner Lebensbeziehungen hat er in Deutschland. Begründend führte das LVwG Tirol aus:

„Dass der Beschwerdeführer das gegenständliche Anwesen lediglich als Freizeitwohnsitz und nicht als dauernden Arbeitswohnsitz verwendet, steht für das Gericht unzweifelhaft fest. Zunächst war er über viele Jahre überhaupt nicht an der gegenständlichen Adresse gemeldet, erst gegen Ende 2020 – und dies nur aufgrund des entsprechenden behördlichen Hinweises (siehe behördlicher Akt ON 31) - meldet er einen Nebenwohnsitz an. Seinen Hauptwohnsitz hat er in Z. Auch die weiteren, völlig unstrittigen Feststellungen, wie das Fehlen der Eintragung in die zentrale Europa-Wählerevidenz, die Zulassung des/r KFZ in Deutschland, die Bezahlung der Freizeitwohnsitzpauschale für den Zeitraum 2014 bis 2019, oder das Fehlen einer Gewerbeberechtigung in Österreich, sprechen gegen das Vorliegen eines Arbeitswohnsitzes in Österreich. Seinen Angaben, ca 90 Tage im Jahr gegenständlichen Anwesen aufhältig zu sein, wird kein Glauben geschenkt. Es handelt sich um eine bloße Behauptung, die nicht ansatzweise nachgewiesen wurde. Vielmehr zeigt das Ermittlungsverfahren, dass er offenkundig nur sporadisch, zu Urlaubszwecken und hier immer mit seiner Familie in Y anwesend ist. Die schon oben angeführte fehlende Meldung eines Wohnsitzes, die Angabe des Schwiegervaters, dass das Haus „von allen“ (offenkundig Familienmitgliedern) benützt werde, aber auch die zahlreichen, oben wiedergegebenen behördlichen Überprüfungen bestätigen diese Annahme. Besonders auffällig ist der Zeitraum von 10.3. bis 12.8. 2021 (!), in dem offenkundig niemand das Haus bewohnt hat, ist es doch sonst nicht erklärbar, dass im Eingangsbereich eine Mitteilung der Post unangetastet angebracht war und auch sonst niemand angetroffen werden konnte. Daran ändert auch nichts, dass der Beschwerdeführer, wie in der Eingabe vom 20.1.2021 (behördlicher Akt ON 36) weitwendig und mit zahlreichen Beilagen versehen, vorbringt, in Y auch Tätigkeiten aus seinem beruflichen Umfeld zu verrichten. Dies liegt bei einem CC in Zeiten von Homeoffice und den technischen Möglichkeiten des Internets geradezu auf der Hand. Diese Vorgangsweise unterscheidet sich jedoch in keiner Weise von einem gewöhnlichen Urlaubsaufenthalt mit der Familie im Ausland – auch in diesen Fällen werden oftmals Teile der Urlaubszeit für berufliche Zwecke verwendet. Bezeichnenderweise hat der Beschwerdeführer, wie in der mündlichen Verhandlung vor dem Landesverwaltungsgericht Tirol vorgebracht, mittlerweile seinen Wohnsitz in Y abgemeldet – offenkundig ohne jegliche Beeinträchtigung seiner beruflichen Tätigkeit in Deutschland. Es mag daher durchaus sein, dass der Beschwerdeführer im Rahmen seiner Aufenthalte in Y – auch – berufliche Tätigkeiten ausgeübt hat. Tatsächlich hat er sich schwerpunktmäßig allein zu Erholungs- bzw. Urlaubs/Ferienzwecken in Y aufgehalten und lag der Schwerpunkt seiner beruflichen Tätigkeit in Deutschland/Z.“

b) Lernwohnsitz:

Eine Wienerin erwarb 2005 eine Immobilie in Tirol. Im Kaufvertrag war klar vereinbart, dass das Objekt nicht als Freizeitwohnsitz genutzt werden darf. Die Beschwerdeführerin gab an, dass die Tochter (Rechtsanwältin), die für eine Rechtsanwaltskanzlei in Wien tätig war, seit 2007 in der Immobilie ihren Hauptwohnsitz gemeldet habe, und sich von 2007 bis Mitte 2008 auf die Rechtsanwaltsprüfung vorbereitet habe. Die Beschwerdeführerin lebt in Wien und ist krankheitsbedingt pflegebedürftig.

Der Verwaltungsgerichtshof (VwGH) stellte mit Erkenntnis vom 27.06.2014, Zl 2012/02/20171, fest:

- Spezielle Büroräumlichkeiten(Zimmer) waren nicht eingerichtet
- Die Immobilie war nicht im Freizeitwohnsitzverzeichnis der Gemeinde
- Angesichts der beruflichen Tätigkeit der Tochter der Beschwerdeführerin in einer Kanzlei in Wien sowie der krankheitsbedingten Pflege und Betreuung der in Wien lebenden Beschwerdeführerin ist kein *deutliches Übergewicht* hinsichtlich der beruflichen und familiären Lebensbeziehungen der Tochter der Beschwerdeführerin feststellbar.
- Nach der ständigen Judikatur des VwGH kann von einem anderen Wohnsitz als von einem Freizeitwohnsitz nicht gesprochen werden, wenn kein *deutliches Übergewicht* hinsichtlich der beruflichen und familiären Lebensbeziehungen des Beschwerdeführers feststellbar ist, auch wenn er dort gelegentlich seinen Beruf betreffende Tätigkeiten ausüben sollte.
- Abgesehen von einer persönlichen Affinität zur Lage des Hauses in der Tiroler Gemeinde hat die Tochter der Beschwerdeführerin im Verwaltungsverfahren keine weiteren, konkreten Bindungselemente zum Wohnsitz in Tirol dargetan.

- Die Annahme, dass das Haus in der Tiroler Gemeinde als Freizeitwohnsitz genützt wurde, stützt die belangte Behörde in schlüssiger und nachvollziehbarer Beweiswürdigung maßgeblich auf die Tatsache, dass die Tochter der Beschwerdeführerin aufgrund ihrer beruflichen Umstände (Tätigkeit in Kanzleien in Wien) und familiären Umstände (Beistand und Pflege der in Wien lebenden Beschwerdeführerin) ihren Lebensmittelpunkt in Wien, nicht aber an ihrem Wohnsitz in Tirol hatte.
- Weder die Meldung der Tochter der Beschwerdeführerin mit Hauptwohnsitz in Tirol lassen Schlussfolgerungen auf die Nutzung des Hauses zu, noch die berufsbedingten Auslandsaufenthalte der Tochter der Beschwerdeführerin.

c) Ferienwohnungsbetreuung und Studienwohnsitz:

Ein Bauwerber gab gegenüber der Gemeinde über deren Aufforderung nach § 29 Abs. 4 TBO 2018 an, dass in dem geplanten Objekt mit vier Einheiten eine Wohnung entweder von ihm selbst oder seiner Tochter zum Zweck des Betriebes der drei restlichen Einheiten als Ferienwohnungen genutzt werden soll. Auf Nachfrage präziserte er, dass seine Tochter voraussichtlich in einem 80 km entfernten Ort studieren werde und im gegenständlichen Objekt den Hauptwohnsitz begründen werde, um die Ferienwohnungen betreuen zu können. Bezüglich der von der Gemeinde verlangten Angaben zur Finanzierung des Objektes verweigerte er nach Rücksprache mit seinem Rechtsanwalt nähere Angaben. Die Baubehörde wies das Bauansuchen gemäß § 34 Abs. 3 lit. b TBO 2018 ab, da nicht glaubhaft nachgewiesen worden sei, dass kein Freizeitwohnsitz begründet werde und der Mitwirkungspflicht nicht vollständig nachgekommen worden sei.

Das Landesverwaltungsgericht wies mit Erkenntnis vom 17.2.2020, Zl. LVwG-2020/31/0098-2 die dagegen erhobene Beschwerde als unbegründet ab. Dabei stütze es sich auf folgende Überlegungen:

Gemäß § 29 Abs 4 TBO 2018 hat der Bauwerber, wenn aufgrund der Lage, der Ausgestaltung oder der Einrichtung des Gebäudes, einer Wohnung oder eines sonstigen Gebäudeteiles die Verwendung als Freizeitwohnsitz entgegen dem § 13 Abs 3 oder 7 des TROG 2016 nicht auszuschließen ist, insbesondere durch nähere Angaben über die vorgesehene Nutzung oder über die Art der Finanzierung nachzuweisen oder, soweit dies nicht möglich ist, anderweitig glaubhaft zu machen, dass eine Verwendung als Freizeitwohnsitz nicht beabsichtigt ist.

Dazu ist zunächst festzuhalten, dass die belangte Behörde aufgrund der Ausgestaltung des Wohnobjektes mit drei Ferienwohnungen und der Lage des Wohnobjektes in einer bekanntermaßen bedeutenden Tourismusgemeinde zu Recht davon ausgegangen ist, dass eine Verwendung des Wohnobjektes als Freizeitwohnsitz, insbesondere hinsichtlich der für den Beschwerdeführer bzw seine Tochter bestimmten Wohnung, nicht auszuschließen sei. Dass die Behörde davon ausging, dass dieser Umstand nicht auszuschließen sei, wurde seitens des Beschwerdeführers auch nicht in Frage gestellt.

Strittig ist hingegen, ob der Bauwerber den nach § 29 Abs 4 TBO 2018 erforderlichen Nachweis erbracht oder, soweit der Nachweis nicht möglich ist, anderweitig glaubhaft gemacht hat, dass eine Verwendung als Freizeitwohnsitz nicht beabsichtigt ist.

Im konkreten Fall hat der Beschwerdeführer zuerst angegeben, dass entweder er selbst oder seine Tochter im Objekt den Hauptwohnsitz begründen werde und hat dies später dahingehend konkretisiert, dass seine Tochter voraussichtlich in W studieren und in X ihren Hauptwohnsitz haben werde, um sich um die Ferienwohnungen zu kümmern.

Damit hat der Beschwerdeführer zwar nähere Angaben über die vorgesehene Nutzung gemacht, jedoch stellt die nicht näher ausgeführte Behauptung, dass die Tochter des Bauwerbers voraussichtlich in einer ca. 80 km vom Bauort entfernten Stadt studieren und im geplanten Objekt ihren Hauptwohnsitz haben werde, um sich um die Ferienwohnungen zu kümmern, weder eine Glaubhaftmachung noch einen Nachweis über die Nichtbeabsichtigung der Verwendung als Freizeitwohnsitz iSd § 29 Abs 4 TBO 2018 dar.

Aufgrund der beachtlichen Entfernung zum Studienort kann keinesfalls ausgeschlossen werden, dass die Wohnung in X nur an den Wochenenden und in den Ferienzeiten bewohnt werde. Zudem steht aufgrund der Angaben des Beschwerdeführers offensichtlich noch gar nicht fest, ob seine Tochter tatsächlich in W studieren und ob sie dort überhaupt einen Studienplatz erhalten werde.

Wenn der Beschwerdeführer diesbezüglich vorbringt, dass gesetzlich nur nähere Angaben über die Nutzung oder die Finanzierung vorgesehen sind, übersieht er, dass der Nachweis nur insbesondere und nicht ausschließlich durch die angeführten Angaben über die Nutzung oder die Finanzierung zu erbringen ist, weshalb für den Nachweis im Einzelfall sehr wohl Angaben über die Nutzung, als auch über die Finanzierung erforderlich sein können. Zudem obliegt es ungeachtet des behördlichen Auftrages dem Bauwerber, den entsprechenden Nachweis zu erbringen (vgl. VwGH 23.11.2004, 2004/06/0008) und hat der Bauwerber auch alle Unterlagen wie zB Vorverträge, Verträge, Finanzierungskonzepte etc. vorzulegen (Bundschuh Rieseneder in Weber/Rath-Kathrein, TBO2 § 29). Die belangte Behörde ist daher zu Recht davon ausgegangen, dass der Bauwerber seiner Mitwirkungspflicht gemäß § 29 Abs 4 TBO 2018 nicht zur Gänze nachgekommen ist.

Dementsprechend hat die belangte Behörde das Bauansuchen somit auch zu Recht abgewiesen und war nur die konkrete Rechtsnorm, auf die sich die Abweisung stützt, dahingehend anzupassen, dass das Bauansuchen nicht gemäß § 34 Abs 3 lit b, sondern gemäß § 34 Abs 4 lit a TBO 2018, abzuweisen war, weil der Bauwerber ungeachtet eines Auftrages der Behörde die Angaben nach § 29 Abs 4 TBO 2018 nicht gemacht hat.

Nach der auch auf die aktuelle Rechtslage übertragbaren Rechtsprechung des VwGH zu § 21 Abs 3 TBO 2001 kann aus § 29 Abs 4 TBO 2018 kein Widerspruch zum Unionsrecht abgeleitet werden. Die 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 ist als verhältnismäßig anzusehen. Allein nachträgliche Maßnahmen sind in Bezug auf Gebäude, die nach Errichtung rechtswidriger Weise zur Freizeitwohnsitznutzung verwendet werden, nicht ausreichend, um die Errichtung von solchen Bauten zu verhindern (vgl. VwGH 11.1.2012, 2010/06/0073). Die Bestimmung ist somit sachlich gerechtfertigt und im Sinne dieser Rechtsprechung auch verhältnismäßig womit auch die vom Beschwerdeführer behauptete Verfassungswidrigkeit infolge der Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes und des Art 8 EMRK nicht vorliegt.

d) Wartungsarbeiten:

Häufig wird von Benützern von illegalen Freizeitwohnsitzen der Einwand vorgebracht, dass sich diese lediglich zur Wartung bzw. der Durchführung von Instandhaltungsarbeiten in der Immobilie aufhalten. Hinsichtlich dieses Scheinarguments ist auszuführen, dass ein jährlich mehrmaliges Warten bzw. ein mehrtägiger Aufenthalt zur Durchführung von Wartungsarbeiten in der Regel nicht erforderlich sind und von einem Freizeitwohnsitz ausgegangen werden kann.

- ➔ **Aus den Entscheidungen ergibt sich somit, dass wesentliches Beurteilungskriterium zur Feststellung ob ein Freizeitwohnsitz vorliegt oder nicht, jedenfalls nicht eine Wohnsitzmeldung oder eine vorübergehende bzw. zeitweise ausgeübte Arbeits- oder Lerntätigkeit ist, sondern *ein deutliches Übergewicht hinsichtlich der beruflichen und familiären Lebensbeziehungen vorliegen müsste um keinen Freizeitwohnsitz annehmen zu können.***
- ➔ **Auch Scheinbehauptungen wie häufige Wartungsarbeiten lassen auf die Nutzung als Freizeitwohnsitz schließen.**

e) Astenhütte:

Das Landesverwaltungsgericht Tirol hat sich in seiner Entscheidung vom 29.06.2021, GZ: LVwG-2021/36/0760-6, mit der häufig auftretenden Frage der zulässigen Verwendung von Astenhütten auseinandergesetzt. Der Beschwerdeführer behauptete, dass er mit seiner Familie das verfahrensgegenständliche Gebäude selbst nutze,

wenn er sich zur Bewirtschaftung der umliegenden land- und forstwirtschaftlichen Flächen dort aufhalte (Mähen ca 2-3 Tage zweimal im Jahr, tagsüber zu Forstarbeiten) sowie zu Freizeit Zwecken. Darüber hinaus brachte der Beschwerdeführer vor, dass es sich um eine bäuerliche Ferienwohnungsvermietung handle. Weiters sagte er aus, dass die Zufahrt zum gegenständlichen Gebäude von seinem Heimbetrieb aus über einen Fahrweg erfolge und die Fahrzeit nur zirka 15 Minuten betrage.

Daraus stellte das LVwG fest, dass sich sohin eine sehr eingeschränkte Nutzung des verfahrensgegenständlichen Gebäudes durch den Beschwerdeführer und seine Familie selbst ergibt. In diesem Zusammenhang wies das LVwG darauf hin, dass - wie der VwGH in ständiger Rechtsprechung ausführt - die Nutzung einer Wohnung bzw eines Gebäudes als Freizeitwohnsitz nicht eine dauerhafte Art der Nutzung erfordert. Auch die kurzfristige Verwendung einer Wohnung, eines Gebäudes oder eines Gebäudeteiles zu den in § 13 Abs 1 TROG 2016 normierten Zwecken erfüllt das Vorliegen eines Freizeitwohnsitzes, sofern nicht einer der in dieser Bestimmung normierten Ausnahmetatbestände im jeweils konkreten Fall gegeben ist (vgl VwGH 23.03.2000, ZI 98/06/0156, VwGH 20.06.2001, 99/06/0205; uva).

Hinsichtlich der bäuerlichen Ferienwohnungsvermietung führte das LVwG zusammengefasst aus, dass im gegenständlichen Fall weder die Eigenschaft der kurzzeitigen Vermietung, noch das Kriterium der Vermietung an wechselnde Personen iSd § 13 Abs. 1 lit. c TROG 2016 vorliegt und dass es sich bei der Astenhütte um einen Neubau (Bescheid aus dem Jahr 2008 in Folge eines Brandes der vorherigen Astenhütte) handelt, weswegen die Wohltat des § 13 Abs. 1 lit. c TROG 2016 auch nur dann zur Anwendung gelangen würde, wenn der Vermieter seinen Hauptwohnsitz in derselben Hütte hätte. Daher stellte das LVwG Tirol fest, dass die Verwendung der Astenhütte in keinen Ausnahmetatbestand fällt, weswegen sie ex lege einen Freizeitwohnsitz darstellt, deren Nutzung als solche jedoch unzulässig ist.

f) Gemeinschaftsräume für § 13 Abs. 1 lit. a TROG 2016:

Immer öfter taucht die Frage auf, wie Gemeinschaftsräume iSd § 13 Abs. 1 lit. a Z 1 TROG 2016 ausgestaltet sein müssen um als solche zu zählen. Höchstgerichtliche Rechtsprechung dazu gibt es noch nicht. Das Landesverwaltungsgericht Tirol hat sich jedoch kürzlich in einer Entscheidung vom 4.2.2021 (LVwG-2021/48/0102-1) mit dieser Frage auseinandergesetzt.

Konkret ging es dabei um ein Bauansuchen auf Änderung des Verwendungszweckes zur gewerblichen Vermietung zweier Tops. Die Bauwerberin wurde daraufhin seitens der Gemeinde aufgefordert Nachweise zu den gewerbetypischen Dienstleitungen sowie der ständigen Erreichbarkeit einer Ansprechperson seitens des Betriebes nachzureichen. Weiters wurde darauf hingewiesen, dass die erforderlichen Gemeinschaftsflächen in den einzelnen Wohnungen laut den Planunterlagen geplant seien und ein Wohnzimmer oder ähnliche Zimmer in einzelnen Tops nicht ausreichen würden, um Gemeinschaftsräume im Sinne des § 13 Abs 1 lit a TROG 2016 nachzuweisen. Vielmehr müssten die Gemeinschaftsräume außerhalb des ausschließlich von einem Gast genutzten Bereiches jedoch innerhalb des Gebäudes liegen.

Daraufhin brachte die Bauwerberin eine Stellungnahme ein, worin sie klarstellte, dass sie die Rechtsansicht der Baubehörde nicht teile. Die Bauwerberin biete die Wohnungen im Rahmen ihres Gewerbebetriebes an und erbringe alle für den Beherbergungsbetrieb typischen Dienstleistungen. Sie organisiere die Raumreinigung in regelmäßig wiederkehrenden Zeitabständen, Sorge für das regelmäßige Wäschewechseln, bediene sich der Mietwäsche, habe einen Raum als Wäschelager angemietet, stelle Verbrauchsmaterial wie Toilettenpapier, Seife, Shampoos, Kaffee kapseln, Teebeutel, Zucker, Salz, Pfeffer, Internet, Kabelfernsehen, Reisebetten etc zur Verfügung. Dazu wurden entsprechende Rechnungen und Verträge vorgelegt. Die ständige Erreichbarkeit einer Ansprechperson sei ebenfalls über das Firmenhandy gesichert, da von 07:00 bis 23:00 Uhr alle eingeteilten Mitarbeiter online oder telefonisch für die Gäste erreichbar seien. Von 23:00 bis 07:00 Uhr gebe es die Gästekommunikationsmitarbeiter online und die hauptverantwortliche Standortleiterin sei stets Telefonnummer erreichbar. Dazu wurde beispielhaft eine Monatsrechnung von A1 für das angegebene Firmenhandy vorgelegt.

Die Baubehörde wies das Bauansuchen wegen der Schaffung eines neuen Freizeitwohnsitzes als unzulässig ab.

Daraufhin erhob die Bauwerberin Beschwerde, in welcher sie zusammengefasst vorbrachte, dass die Baubehörde den eindeutigen Wortlaut des § 13 TROG 2016 unrichtig ausgelegt habe, weshalb der angefochtene Bescheid rechtswidrig ist. Unstrittig dürfe sein, dass ein Wohnzimmer in einer Wohnung ein Gemeinschaftsraum sei, der zum gemeinsamen Aufenthalt diene. Aus dem weiteren wortwörtlichen Beisatz zu § 13 TROG 2016, in welchem ausdrücklich festgehalten werde, welche Räumlichkeiten nicht als Gemeinschaftsräume angesehen werden können, ergebe sich, dass der Gesetzgeber lediglich die Qualität solcher Gemeinschaftsräume festlegen wollte, nicht jedoch deren Situierung.

Das LVwG Tirol führte in seinem Erkenntnis vom 04.02.2021 zunächst aus, dass es gemäß § 29 Abs 4 TBO 2018 der Bauwerberin obliegt im Bauansuchen nachzuweisen oder, soweit dies nicht möglich ist, anderweitig glaubhaft zu machen, dass eine Verwendung als Freizeitwohnsitz nicht beabsichtigt ist. Die Ausnahmebestimmung des § 13 Abs 1 lit a TROG 2016, wird von der Bauwerberin geltend gemacht. Die Voraussetzungen dieser Bestimmung müssen kumulativ vorliegen. Die beantragte Verwendungszweckänderung der Tops 24 und 26 lassen keine Gemeinschaftsräume außerhalb dieser beiden Tops erkennen und wird diese auch nicht geplant. Die in den Tops befindlichen „allgemeine Wohnraum“ und Küche sei als Gemeinschaftsräume gem § 13 Abs 1 lit a Z 1 TROG 2016 zu werten, vermeint die Beschwerdeführerin. Nach dieser Gesetzesbestimmung müssen Gemeinschaftsräume abhängig von der Bettenanzahl eine bestimmte Mindestgröße aufweisen, womit Umgehungen besser vorgebeugt werden soll. Gewisse Räume, wie etwas Wellness-Bereiche, Schi- und Abstellräume, Sanitarräume oder ähnliche Räume kommen jedenfalls nicht als Gemeinschaftsräume in Betracht.

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

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

Eine weitere Form der Umgehung bestand darin, dass verschiedentlich versucht wurde, Räume als Gemeinschaftsräume zu deklarieren, denen diese Funktion tatsächlich nicht zugekommen ist. In diesem Sinn wird klargestellt, dass Wellness-Bereiche, Schi- und Abstellräume, Sanitarräume und ähnliche Räume nicht als Gemeinschaftsräume gelten (Z 13). Eine weitere Klarstellung erfolgt im neuen Abs. 1a dahingehend, dass Räume, die zwar aufgrund der gewerbebehördlichen Betriebsanlagengenehmigung Teil des gewerblichen Beherbergungsbetriebes sind, die jedoch aufgrund ihres tatsächlichen Verwendungszweckes nicht in gewerbetypischer Weise verwendet werden, im Rahmen des Freizeitwohnsitzregimes des Tiroler Raumordnungsgesetzes 2011 außer Betracht zu bleiben haben. Dabei handelt es sich einerseits um Räumlichkeiten im Wohnungseigentum, die vom Eigentümer bzw. seiner Familie selbst genutzt werden (lit. a) und andererseits um Räume, an denen dingliche oder vertragliche Verfügungsrechte bestehen, die für eine gastgewerbliche Vermietung untypisch sind (lit. b). Dies bedeutet nicht, dass solche Räumlichkeiten per se als Freizeitwohnsitze gelten, weil dies von ihrer tatsächlichen Verwendung abhängt; sie sind aber nicht vorweg allein aufgrund dessen, dass sie Teil einer gewerblichen Betriebsanlage sind, vom Freizeitwohnsitzregime ausgenommen (Z 14).“

Für das LVwG Tirol ergab sich daraus, dass ein bloßes Überlassen von Wohnräumen zum Gebrauch nicht eine Verwendung in gewerbetypischer Weise darstellt. Für eine gewerbetypische Nutzung wiederum fehlt evidentermaßen die Ausstattung mit Gemeinschaftsräumen gemäß § 13 Abs 1 lit a Z 1 TROG 2016, zumal sämtliche oben angeführte Räume auf den „Allgemeinflächen“ ausschließlich innerhalb den Tops 24 und 26 und auch die als „Gemeinschaftsraum“ bezeichneten Räume ausschließlich innerhalb der Top 24 und 26 gemäß der

Legaldefinition des § 13 Abs 1 lit a TROG 2016 nicht als Gemeinschaftsräume anzusehen sind. Eine vertiefende Auseinandersetzung hinsichtlich des Vorliegens der Z 2 und 3 leg cit konnte daher auf Grund des kumulativen Charakters dieser Voraussetzungen entfallen.

Nach dem klaren Wortsinn, der im Übrigen auch dem Duden zu entnehmen ist, gilt als Gemeinschaftsraum ein Aufenthaltsraum und für Veranstaltungen genutzter Raum (in Heimen, Betrieben, Wohnblocks und dergleichen). In § 13 Abs 1 lit a Z 1 TROG 2016 wird als Voraussetzung vorgesehen, ebenso nach dem klaren Wortlaut, dass „Gemeinschaftsräume mit einer Gesamtfläche [...] vorhanden sind“. Nicht dagegen wird vorgesehen, Wohnzimmer etwa oder ähnliche Räume, die nicht gemeinschaftlich genutzt werden, sondern auch nur von einer Person der jeweiligen Wohneinheit zur Verfügung steht.

Folgte man der Auffassung der Beschwerdeführerin wäre etwa auch eine Konstellation umfasst, bei der in einer Top ein Wohnzimmer im Ausmaß der Gesamtfläche im Sinne des § 13 Abs 1 lit a Z 1 TROG 2016 vorgesehen wird, in der anderen Top wäre es dann – dieser Rechtsansicht folgend – zulässig, kein Schlafzimmer vorzusehen, da ja die Gesamtfläche erfüllt sei und nicht vorgesehen sei, dass jeweils Gemeinschaftsräume geschaffen werden müssten. Es kann jedoch nicht nachvollzogen werden, dass Wohnzimmerflächen innerhalb mancher Tops als Gemeinschaftsräume zusammenzurechnen wären, sodass auch Tops ohne Wohnzimmer zulässig wären, sofern nur die Gesamtfläche der in den anderen Tops vorhandenen Wohnzimmer das erforderliche Ausmaß erreichen würde. Diese widerspricht dem Wortsinn und auch eklatant einer Ausstattung, die für Gastgewerbebetriebe typischerweise gemeinsam und allgemein von jedem Gast gleichermaßen genutzt wird.

Es ist sohin für die Gemeinschaft und sohin für alle gleichermaßen eine Nutzung unter Gemeinschaftsräume zu verstehen, wie etwa die Lobby, Frühstücksbereich etc. Ein Wohnzimmer oder eine ähnlich zu nutzende Fläche innerhalb einer Wohneinheit (Top) zur Nutzung nur für den/die jeweiligen Bewohner dieser Wohneinheit, kann nicht darunterfallen, andernfalls wäre die Fläche auch als Wohnzimmer in dieser Bestimmung angeführt worden. Die Ausstattung des Gastgewerbebetriebs ist für einen Gastgewerbebetrieb typischerweise mit eben für alle gemeinsam nutzbare Räume, eben Gemeinschaftsräume, gesetzlich vorgesehen, um überhaupt unter dieser Bestimmung zu fallen. Ein Wohnzimmer etc., auch wenn es als „Gemeinschaftsraum“ in den Top 24 und 26 jeweils bezeichnet wird, jedoch nicht gemeinsam, für alle gewerbetypisch als Gastgewerbe für alle gleichermaßen nutzbar ist, fällt nicht darunter.

Vielmehr sind unter Gemeinschaftsräume gemeinschaftlich genutzte Aufenthaltsräume, wie etwa auch ein Frühstücksraum, zu verstehen, wie dies auch bereits im Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichts Tirol vom 16.11.2016 zu LVwG-2016/31/2164 ausgeführt wurde. Der Ansicht der Beschwerdeführerin, dass Räume innerhalb einer Wohneinheit darunterfallen sollten, kann sohin nicht gefolgt werden.

Auf Grund der obigen Ausführungen kam das LVwG Tirol zum Schluss, dass die Beschwerdeführerin die nach § 29 Abs 4 TBO 2018 geforderte Glaubhaftmachung, dass eine Verwendung als Freizeitwohnsitz nicht beabsichtigt ist, nicht erbringen konnte.

g) Zusammenlegung von Freizeitwohnsitzen:

Auslöser für die mit der Novelle LGBl. Nr. 114/2021 erfolgte Klarstellung im § 15 Abs. 3 TROG 2016, nämlich

„Werden Freizeitwohnsitze zusammengelegt, so darf keiner der betroffenen Freizeitwohnsitze über das nach Abs. 1 bzw. 2 jeweils zulässige Ausmaß hinaus vergrößert werden“,

war eine Entscheidung des Landesverwaltungsgerichtes Tirol vom 27.05.2021, LVwG-2021/22/0975-2:

Mit dem angefochtenen Bescheid sei ausgesprochen worden, dass die mit Bescheiden des Bürgermeisters festgestellte Freizeitwohnsitzeigenschaft der Wohnungen Appartement 7 und 9 im bestehen Gebäude als erloschen anzusehen sei. Im Spruchpunkt II. sei die Zusammenlegung der beiden Wohnungen bewilligt worden.

Begründend habe sich die belangte Behörde auf die Bestimmungen des § 15 Abs 2 und 3 bzw. § 16 Abs 1 und Abs 3 TROG 2016 gestützt. In der dagegen erhobenen Beschwerde werde zusammenfassend argumentiert, dass durch die bloße Zusammenlegung von zwei Freizeitwohnsitzen nicht gegen die genannten Bestimmungen verstoßen werde.

Das LVwG Tirol kam zu folgendem Schluss:

„Ausgangspunkt der folgenden Überlegungen ist, dass hier eine bloße Zusammenlegung von zwei Wohnungen vorliegt, die beide (!) völlig unstrittig konsentiertere Freizeitwohnsitze sind. Damit unterscheidet sich diese Fallkonstellation, wie im oben zitierten Schreiben eingehend dargelegt, von jenen, in denen etwa eine – große – Freizeitwohnsitzwohnung in zwei Wohnungen geteilt wird oder etwa eine Wohnung, die bisher kein Freizeitwohnsitz war, einer Freizeitwohnsitzwohnung zugeschlagen (also mit dieser vereint) wird.

In der gegenständlichen Fallkonstellation wird also die Anzahl der Freizeitwohnsitze reduziert, wenngleich eine der bestehenden Freizeitwohnsitze denklogisch dadurch vergrößert wird. Ein an und für sich raumordnerisch gewünschtes Ergebnis, würde ja gerade in der Stadtgemeinde Z die Neubegründung eines Freizeitwohnsitzes an der 8-Prozent Klausel (§ 13 Abs 4 TROG 2016) scheitern.

Die sowohl von der belangten Behörde als auch der Abteilung Bau- und Raumordnung angestellten Überlegungen sind mit dem klaren Wortlaut des TROG 2016 nicht in Einklang zu bringen und lassen keine andere Interpretation der hier maßgeblichen Gesetzesbestimmungen zu. Dies beginnt zunächst bei der klaren Diktion des § 15 Abs 2 TROG 2016, der unmissverständlich „lediglich“ und ausschließlich von „Zubau“ und „Verwendungszweckänderung“ spricht. Beides liegt hier nicht vor. Ein Zubau (§ 2 Abs 8 TBO 2018) ist immer eine Vergrößerung eines Gebäudes (!) durch die Herstellung neuer oder die Erweiterung bestehender Räume. Eine – bloße – Wohnungszusammenlegung kann nie ein Zubau sein. Hier wäre etwa an eine räumliche Erweiterung (z.B. Wintergarten oder sonstige neu erbaute Räumlichkeiten etc.) zu denken, diese liegt hier aber nicht vor. Eine Verwendungszweckänderung scheidet auch aus, liegen doch zwei bewilligte Freizeitwohnsitze vor, die zusammengelegt werden sollen. Der Verwendungszweck ändert sich also nicht. Eine hier maßgebliche Verwendungszweckänderung wäre etwa dann gegeben, wenn eine Wohnung, die bisher kein Freizeitwohnsitz war (also dem ganzjährigen Wohnbedarf diente), einem Freizeitwohnsitz zugeschlagen (also mit diesem vereint) wird. Ob also die hier vorgenommene Wohnungszusammenlegung aufgrund anderer bautechnischer Erwägungen (z.B. des Brandoder Lärmschutzes etc.) einer Baubewilligung bedarf oder nicht, ist sohin nicht von Belang.

Des Weiteren ist dem Argument - v.a. der belangten Behörde - entgegenzutreten, nach § 16 Abs 1 lit b TROG 2016 führe es in jedem Fall zum Erlöschen der Eigenschaft eines Wohnsitzes als Freizeitwohnsitz, wenn eine Baubewilligung für ein Bauvorhaben erteilt wird, mit dem die Baumasse und die Wohnnutzfläche eines Freizeitwohnsitzes um mehr als 25 % vergrößert werde. Hier wird übersehen, dass § 16 Abs 1 lit b TROG 2016 in untrennbaren Zusammenhang mit § 15 Abs 1 und 2 TROG 2016 steht (Nur ergänzend wird angemerkt, dass die vom Gesetzgeber augenfällig verpönte Vergrößerung der Baumasse und der Wohnnutzfläche in der vorliegenden Fallkonstellation insgesamt nicht verändert wird).

Dies erhellt sich zunächst schon allein darin, dass bereits § 15 Abs 3 TROG 2016 ausdrücklich auf Abs 1 oder 2 legcit verweist und ausführt, dass durch derartige Bauvorhaben (also – hier von Bedeutung - Zubauten und Verwendungszweckänderungen) die Anzahl der Freizeitwohnsitze nicht geändert werden darf. Ein Verringern der Anzahl an Freizeitwohnsitzen, wie es hier erfolgt, ist nun grundsätzlich, weil ja raumplanerisch jedenfalls erwünscht, darunter wohl nicht zu verstehen.

§ 16 Abs 1 lit b TROG 2016 setzt diese Bezugnahme insofern fort, als auch hier auf das nach § 15 Abs 1 oder 2 legcit zulässige Ausmaß verweist. Damit ist klargestellt, dass der Gesetzgeber selbstredend solche Bauvorhaben vor Auge hatte, die in § 15 Abs 1 oder 2 TROG 2016 geregelt sind, mithin also z.B. Zubauten oder Verwendungszweckänderungen. Ansonsten hätte es der Bezugnahme auf namentlich genannte Absätze, die bestimmte Bauvorhaben regeln, nicht gebraucht und hätte „ganz allgemein“ zum Ausdruck gebracht werden

können, dass jede Vergrößerung „eines“ Freizeitwohnsitzes um ein bestimmtes Ausmaß, mithin auch bei der bloßen Zusammenlegung von Wohnungen, die bisher konsentrierte Freizeitwohnsitze waren, als unzulässig angesehen wird. Dies ist jedoch ausdrücklich nicht erfolgt.

Die vorliegende Fallkonstellation ist daher nach Ansicht des Landesverwaltungsgerichts Tirol nicht unter die genannten Bestimmungen des TROG 2016 zu subsumieren und erweist sich die beantragte (und baubewilligte) „bloße“ Zusammenlegung der beiden Wohnung als nicht unzulässig. Sollte der Gesetzgeber – aus welchen raumordnungsrechtlichen Erwägungen auch immer – selbst eine „bloße“ Zusammenlegung von zwei „Freizeitwohnungen“ verbieten wollen, bedürfte es nach Ansicht des erkennenden Gerichts einer entsprechenden Änderung im Gesetz.“

- ➔ **Diese Änderung im Gesetz wurde mit der Novelle LGBl. Nr. 114/2021 entsprechend vorgenommen und ist mit 1.9.2021 in Kraft getreten. Mangels Vorliegens einer Übergangsbestimmung ist sie auf laufende Verfahren anzuwenden.**

Mit einer ähnlichen Frage hat sich das Landesverwaltungsgericht Tirol bei seiner Entscheidung vom 06.10.2021, LVwG-2021/22/2073-5, erneut auseinandergesetzt:

„Die wesentliche Rechtsfrage im vorliegenden Fall liegt nun darin, ob ein Gebäude, das nach (!) der Bewilligung für die Nutzung als Freizeitwohnsitz umgebaut wurde und in dem nach diesem Umbau, im Gegensatz zur rechtlichen Lage zuvor, nunmehr drei selbstständige Wohneinheiten bestehen, ebenfalls im vollen Umfang (als jede der drei Wohnungen) als Freizeitwohnsitz genutzt werden darf oder ob sich diese Nutzung lediglich auf eine der drei Wohneinheiten, hier (und siehe dazu unten) naheliegend auf jene im Erdgeschoß, beziehen kann.“

Hier ging es insbesondere um die Frage, ob bei einem Einfamilienwohnhaus, welches in seiner Gesamtheit als Freizeitwohnsitz genutzt werden darf, durch bauliche Änderungen dahingehend, dass drei selbstständige Wohneinheiten entstehen, alle drei Wohneinheiten als Freizeitwohnsitze genutzt werden dürfen.

„Davon ist nach Ansicht des erkennenden Gerichts nicht auszugehen. Das Gesetz geht nämlich erkennbar nicht von Gebäuden allein, sondern vielmehr von abgeschlossenen Wohneinheiten/Wohnungen innerhalb von Gebäuden aus (die Beschwerdeführer vertraten offenkundig ursprünglich auch diese Rechtsansicht, sonst hätten sie nicht für drei Wohnungen die Freizeitwohnsitzabgabe bezahlt – siehe E-Mail der Bauamtsleitung der Gemeinde X vom 23.12.2020 und die Ausführungen im angefochtenen Bescheid). Selbstständige Wohnungen in Gebäuden sind sohin jeweils eigene Freizeitwohnsitze. In einem Gebäude können sohin – wie in der Praxis häufig vorkommend - mehrere Wohnungen respektive Freizeitwohnsitze situiert sein. Die Definition in § 13 Abs 1 TROG 2016 (siehe auch § 2 Abs 6 TBO 2018) erklärt nämlich neben Gebäuden ausdrücklich auch „Wohnungen“ (und sonstige Teile von Gebäuden) unter näheren Voraussetzungen zu Freizeitwohnsitzen.

Das ist nachvollziehbar, geht es doch bei der Beschränkung von Freizeitwohnsitzen um eine besondere, vom Gesetzgeber (aber auch von der Allgemeinheit) grundsätzlich sehr kritisch gesehene Nutzung von Baulichkeiten (siehe etwa § 13 Abs 4 und 4a TROG 2016). Aus den Bestimmungen über die Beschränkung beim Wiederaufbau und der Erweiterung bestehender Freizeitwohnsitze wird dies besonders deutlich, stellt doch der Gesetzgeber dabei ausdrücklich auch auf die Wohnnutzfläche des betreffenden Freizeitwohnsitzes ab.

Im gegenständlichen Fall wurden also nach der Bewilligung eines (!) Freizeitwohnsitzes im Jahre 2011 bereits konsenslos durchgeführte bauliche Änderungen (hier in erster Linie die Schaffung von drei selbstständigen Wohneinheiten) einer Baubewilligung zugeführt. Damit ist jedoch nicht verbunden, dass sich die Bewilligung des Freizeitwohnsitzes für ein Objekt auch für diese neugeschaffenen und erst im Jahre 2012 konsentrierten selbstständigen Wohnungen in diesem Objekt erstreckt.

Nun ist aus dem vorliegenden Bewilligungsbescheid vom 23.9.2011 – nachvollziehbar, zumal es sich – wie oben ausgeführt - zum damaligen Zeitpunkt um ein Einfamilienwohnhaus handelte - nicht ersichtlich, auf welche der drei nunmehr eigenständigen Wohnungen sich die Bewilligung zur Nutzung als Freizeitwohnsitz bezieht. Das Landesverwaltungsgericht Tirol ist in Übereinstimmung mit der Behörde der Ansicht, dass diesfalls die im Erdgeschoß befindliche Wohnung als jener Teil des Gebäudes anzusehen ist, der über eine Bewilligung zur Nutzung als Freizeitwohnsitz verfügt, zumal die darüber liegenden Wohnungen im Obergeschoß und Dachgeschoß jedenfalls erst nachträglich, nach der Bewilligung als Freizeitwohnsitz im Jahr 2011 bzw. der Baubewilligung im Jahre 2012 hinzugekommen sind.“

- ➔ Die Nutzung der beiden Wohnungen (OG und DG) als Freizeitwohnsitze wurde daher untersagt. Bei einem Einfamilienwohnhaus/Ferienhaus, das über eine Bewilligung zur Nutzung als Freizeitwohnsitz verfügt, bedeutet die bauliche Änderung dahingehend, dass drei selbstständige Wohnungen eingebaut werden, dass für die zwei neu geschaffenen Wohnungen keine Bewilligung zur Nutzung als Freizeitwohnsitz vorliegt (RS 1).

h) Widmung von Freizeitwohnsitzen:

In der Entscheidung des Landesverwaltungsgerichtes Tirol vom 20.9.2021, GZ: LVwG-2021/36/1708-1, ging es um die Frage der Zulässigkeit einer Änderung des Flächenwidmungsplanes von Wohngebiet gemäß § 38 Abs. 1 TROG 2016 in Wohngebiet gemäß § 38 Abs. 1 TROG 2016 mit der Zulässigkeit von zwei Freizeitwohnsitzen gemäß § 13 Abs. 3 TROG 2016 sowie von Wohngebiet gemäß § 38 Abs. 1 TROG 2016 in Wohngebiet gemäß § 38 Abs. 1 TROG 2016 mit der Zulässigkeit von 4 Freizeitwohnsitzen gemäß § 13 Abs. 3 TROG 2016.

Dieser Änderung wurde nämlich die aufsichtsbehördliche Genehmigung, mit der Begründung versagt, dass sich aus den Ausführungen im raumordnungsfachlichen Gutachten in schlüssiger und nachvollziehbarer Form ergebe, dass die vorliegende Ausweisung von insgesamt sechs Freizeitwohnsitzen im Bereich von Grundstücken, die derzeit als Wohngebiet ausgewiesen sind und bisher auch als Hauptwohnsitz genutzt (Widmungswerber) wurden bzw als solcher geplant war (Sohn des Widmungswerbers) sowohl den Festlegungen des örtlichen Raumordnungskonzeptes der Gemeinde Z als auch den Zielen der örtlichen Raumordnung widerspreche.

Dagegen erhob die betroffene Gemeinde Beschwerde.

Das LVwG Tirol wies die Beschwerde als unbegründet ab und führte diesbezüglich aus, dass von der belangten Behörde zutreffend angenommen wurde, dass die gegenständliche Widmungsänderung im Widerspruch zum Örtlichen Raumordnungskonzept der Gemeinde Z steht und daher bereits aus diesem Grund die aufsichtsbehördliche Genehmigung gemäß § 68 Abs 7 lit a TROG 2016 zu Recht zu versagen war. Folgende Punkte wurden unter anderem festgestellt:

- Widerspruch zum § 2 Abs. 3 des Verordnungstextes des örtlichen Raumordnungskonzeptes der Gemeinde (Siedlungsentwicklung)
- Begründung für die Änderung des Flächenwidmungsplanes findet keine Deckung in den Festlegungen des örtlichen Raumordnungskonzeptes der betreffenden Gemeinde
- Das örtliche Raumordnungskonzept der betreffenden Gemeinde strebt die Überführung in Dauerwohnsitze an, auch hier liegt ein Widerspruch vor.
- Auch wenn einzelne Kriterien des § 13 Abs 4 TROG 2016 gegeben sind, steht die gegenständliche Widmungsänderung mit der Siedlungsentwicklung in der Gemeinde Z insbesondere im konkreten gegenständlichen Bereich im Widerspruch.

5. Exkurs: Anbieten von Unterkünften über Internetplattformen wie Airbnb

a) Fallen Ferienwohnungen in die Gewerbeordnung?

Der VwGH hat sich in seiner Entscheidung vom 27.02.2019, GZ: Ra 2018/04/0144, mit der Frage auseinandergesetzt, ob es sich bei der Vermietung einer Ferienwohnung über eine Onlineplattform wie AirBnB um eine Vermietung (Raummiete) oder Beherbergung handelt. Der VwGH kommt zum Schluss, dass es sich um eine Beherbergung handelt und somit eine Gewerbeberechtigung erforderlich ist.

- Wer ein Ferienappartement mit Nebenleistungen wie Bettwäsche und WLAN-Zugang über Internetportale anbietet, braucht eine Gewerbeberechtigung (vgl. VwGH 17.12.2009, 2008/06/0050)

In einer weiteren Entscheidung hat der VwGH diese Judikatur weiterentwickelt:

Mit Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Lienz vom 25.07.2018 wurde über einen Vermieter mehrerer Ferienwohnungen eine Geldstrafe verhängt, da er in zumindest zwei Ferienwohnungen regelmäßig Gäste beherbergt hat und nicht im Besitz der nach Ansicht der BH dafür erforderlichen Gewerbeberechtigung gewesen ist. Die in Osttirol befindlichen Wohnungen wurden vom Beschwerdeführer, der seinen Lebensmittelpunkt in den USA hat, über Airbnb angeboten.

Mit Erkenntnis vom 25.02.2019 hat das Landesverwaltungsgericht Tirol die Höhe der Geldstrafe herabgesetzt, die Beschwerde im Übrigen jedoch abgewiesen. Begründet wurde die Entscheidung damit, dass für die kurzfristige Vermietung mehrerer Wohnungen zu touristischen Zwecken über Internetplattformen wie Airbnb eine Gewerbeberechtigung erforderlich sei. Grundsätzlich unterliegt die Vermietung von Wohnraum nicht der Gewerbeordnung. Bei Airbnb wird die Wohnung aber im Unterschied zu einem klassischen Mietverhältnis nur jeweils für eine kurze Zeit zu in der Regel touristischen Zwecken vermietet, was einen entsprechend hohen Verwaltungsaufwand für den Vermieter nach sich zieht. Statt einer getrennten Verrechnung von Miet-, Betriebs- und Energiekosten wird ein Pauschalpreis bezahlt, die Wohnung wird mitsamt dem Inventar vermietet. Auch werden regelmäßig Serviceleistungen, wie zumindest eine Endreinigung der Wohnung erbracht. Sowohl der Vermieter als auch der Mieter unterwerfen sich durch die Registrierung auf der Vermittlungsplattform Airbnb deren Nutzungs-, Stornierungs- und Rücktrittsbedingungen. Die Vertragsbeziehungen weichen daher insbesondere in Ansehung der Kündigung und Kündigungsfristen vom klassischen Mietvertrag ab und gleichen den Vertragsbedingungen, die üblicherweise im Zusammenhang mit der Nächtigung in einem Beherbergungsbetrieb geschlossen werden.

Insgesamt ist daher für die Vermietung mehrerer Ferienwohnungen über Internetplattformen wie Airbnb nach Ansicht des Landesverwaltungsgerichts eine Gewerbeberechtigung erforderlich. Da es zu dieser Frage noch keine explizite Judikatur der Höchstgerichte gibt, wurde die ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof zugelassen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat mit Erkenntnis vom 03.03.2020, Ro 2020/04/0019, die erhobene Revision als unbegründet abgewiesen und die Rechtsansicht des Landesverwaltungsgerichts bestätigt.

b) Abgrenzung zwischen Miete und Beherbergung

Die bloße Raummiete fällt nicht unter die Gewerbeordnung. Auch gewisse Nebenleistungen machen das Angebot noch nicht zum Gewerbebetrieb. So hat der VwGH entschieden, dass die Beistellung von Wäsche zu Mietbeginn eine reine Sachmiete ist und dass eine Endreinigung nicht dem Gast, sondern dem Vermieter dient, indem sie eine erneute Vermietung ermöglicht. Daher liegt in diesen Fällen eine Vermietung und keine Beherbergung vor. Würde hingegen die Wäsche während des Aufenthalts täglich gewechselt oder die Unterkunft ebenso oft gereinigt, kippt die Angelegenheit in Richtung Gastgewerbebetrieb. Mit der Folge, dass der Anbieter eine Gewerbeberechtigung benötigt.

In der Entscheidung des VwGH vom 27.02.2019, GZ: Ra 2018/04/0144, bot der Revisionswerber allerdings keine besonderen Nebenleistungen an. Und doch wurde eine Geldstrafe mit der Begründung verhängt, ein Gastgewerbe ausgeübt zu haben, ohne die dafür erforderliche Gewerbeberechtigung zu haben. Der VwGH bestätigte die Entscheidung des Landesverwaltungsgerichts mit der Begründung, dass der Revisionswerber die Grenze der bloßen Raummiete zwar nicht mit Nebenleistungen überschritten habe, aber damit, wie er nach außen aufgetreten ist: mit einem „Internetauftritt im Rahmen des Hotellerie- und Gastgewerbes“, mit einem gezielten Angebot an Touristen, indem er die gute Erreichbarkeit touristischer Attraktionen hervorhob, weiters mit einem Preis, der jenseits der normalen Wohnungsmiete lag, und mit Mietzeiträumen von maximal einigen Tagen.

Mit diesen Fragen hat sich das Landesverwaltungsgericht Tirol in seiner Entscheidung vom 13.4.2021, GZ: LVwG-2020/32/2642-7 und LVwG-2020/32/2643-7, ebenfalls auseinandergesetzt (**Almhütten-Erkenntnis**):

Hier wurde dem Beschwerdeführer seitens der Bezirkshauptmannschaft als Strafbehörde zur Last gelegt, er habe im Ferienhaus ohne Gewerbeberechtigung durch die entgeltliche, selbständige und regelmäßige touristische Vermietung von 2 Doppelzimmern, 3 Einzelzimmer, mit dem Angebot von Bettwäsche und Handtücher, Endreinigung usw. das Gastgewerbe ausgeübt, obwohl er nicht im Besitz der hierfür erforderlichen Gewerbeberechtigung gewesen sei, sowie dass er das mit Baubescheid bewilligte Gebäude zu einem anderen als dem bewilligten bzw. aus der baulichen Zweckbestimmung hervorgehenden Verwendungszweck benütze bzw. zur Benützung überlasse, indem das als kombiniertes Alpegebäude genehmigte Gebäude nunmehr als Ferienwohnungen zur touristischen Gästevermietung benützt werde bzw. den Gästen zur Benützung überlasse.

Der Beschwerdeführer brachte in seiner dagegen erhobenen Beschwerde insbesondere vor, dass es sich im gegenständlichen Fall um eine reine Raumvermietung handle.

Das LVwG Tirol führt eingangs aus, dass die Gewerbeordnung gemäß § 1 Abs 1 GewO 1994 für alle gewerbsmäßig ausgeübten und nicht gesetzlich verbotenen Tätigkeiten, soweit die §§ 2 bis 4 GewO 1994 nichts Anderes bestimmen, gilt. Nach § 1 Abs 2 leg cit wird eine Tätigkeit gewerbsmäßig ausgeübt, wenn sie selbstständig, regelmäßig und in der Absicht betrieben wird, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, gleichgültig für welchen Zwecke dieser bestimmt ist. Allerdings sind gewisse Tätigkeiten, unter anderem die gemäß § 2 Abs 1 Z 9 GewO 1994 als häusliche Nebenbeschäftigung ausgeübte Privatzimmervermietung, vom Geltungsbereich der Gewerbeordnung ausgenommen. Auch die reine Raumvermietung unterliegt nicht den Vorschriften der Gewerbeordnung. Gerade darauf beruft sich der Beschwerdeführer in der mündlichen Verhandlung vor dem Landesverwaltungsgericht Tirol.

Beide Ausnahmen liegen jedoch laut LVwG Tirol nicht vor. Unter Berufung auf die ständige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Gewerbeordnung stellte das Gericht folgende Punkte fest, welche auf eine gewerbliche Beherbergung schließen lassen:

- Vermietung an ständig wechselnde Gäste
- teilweises Anbieten einer Endreinigung durch den Beschwerdeführer
- Wohnung wurde möbliert vermietet
- Anmeldung erfolgte über Gästebücher
- Müllsäcke wurden den Gästen vom Beschwerdeführer zur Verfügung gestellt und die Müllgebühren vom Beschwerdeführer beglichen
- Stromkosten wurden vom Beschwerdeführer getragen
- Abwasserbeseitigungsanlage wurde vom Beschwerdeführer betrieben
- für Reparaturen, mit Ausnahme von geringfügigen, war der Beschwerdeführer verantwortlich

Weitergehende Dienstleistungen, wie zum Beispiel das der Zurverfügungstellung von Speisen und Getränken erfolgten nicht.

Insbesondere aus der Gesamtschau der angeführten Punkte leitete das LVwG Tirol ab, dass es sich um keine reine Raumvermietung mehr handelt, sondern um eine gewerbliche Beherbergung.

„Den Gästen wurde Bettwäsche angeboten und kann die Vorgehensweise im Zusammenhang der Endreinigung nur so verstanden werden, dass diese letztlich vom Beschwerdeführer angeboten wurde. Die Betriebskosten wurden vom Beschwerdeführer getragen, der auch für den Erhalt der Räumlichkeiten bzw des Gebäudes aufkommt. Auch wenn keine Zusatzleistungen in Form von Speisen und Getränken angeboten werden und auch weder Internet noch TV verfügbar waren, ergibt sich für das Verwaltungsgericht dennoch, dass eine gewerbliche Beherbergung stattgefunden hat.“

c) Widmungsrelevante Aspekte

Im Falle des Bestehens eines Gewerbes zur Beherbergung von Gästen ist dieses nicht in der Widmungskategorie „reines“ Wohngebiet gemäß § 38 Abs. 1 TROG 2016 zulässig. Im Falle des gewerblichen Anbietens einer Unterkunft ist zumindest die Widmungskategorie gemischtes Wohngebiet gemäß § 38 Abs. 2 TROG 2016 notwendig. Eine Ausnahme bilden die Fälle nach § 38 Abs. 3a TROG 2016, nämlich, wenn am 31. August 2021 rechtmäßig Gebäude bestehen, in denen höchstens drei Wohnungen mit insgesamt höchstens zwölf Betten zur gewerblichen Beherbergung von Gästen verwendet werden, so dürfen diese weiterhin entsprechend verwendet werden.

- Sollte ein Gewerbe zur Beherbergung von Gästen im Wohngebiet gemäß § 38 Abs. 1 TROG 2016 vorliegen, ist vom Bürgermeister als zuständige Baubehörde im Sinne der TBO 2018 die Benützung umgehend zu untersagen, es sei denn, es handelt sich um einen Fall des § 28 Abs. 1 lit. c letzter Halbsatz TBO 2018 (siehe dazu Ausführungen unter Pkt. d) oder des § 38 Abs. 3a TROG 2016.
- Gemäß § 38 Abs. 1 TROG 2016 ist jedoch das Anbieten von Ferienwohnungen oder die Privatzimmervermietung im Wohngebiet zulässig.
- Ausnahme nach § 38 Abs. 3a TROG 2016: Um den Bestand einer großen Anzahl älterer Gebäude mit Wohnungen, die seinerzeit als Ferienwohnungen iSd § 13 Abs. 1 lit. c TROG 2016 baurechtlich bewilligt und entsprechend vermietet worden sind, abzusichern, ist die Vermietung der darin bestehenden Wohnungen ungeachtet des mittlerweile gastgewerblichen Charakters der Vermietung weiter zulässig, wenn diese am 31. August 2021 (dem Vortag des Inkrafttretens der Novelle LGBl. Nr. 114/2021) bereits erfolgt ist.

d) Baurechtliche Aspekte – Änderung des Verwendungszwecks

Gemäß § 28 Abs. 1 lit c TBO 2018 bedürfen einer Baubewilligung 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.

Der VwGH hat schon in seiner Entscheidung 27.6.1996, 96/06/0156, ausgesprochen, dass eine Änderung des im Bewilligungsbescheides angegebenen Verwendungszwecks „Wohnhaus mit zwei Wohnungen und zwei Garagen“ in den beantragten Verwendungszweck „Ferienwohnungen“ bewilligungspflichtig ist. Aus dieser Entscheidung ergibt sich, dass Formen touristischer Nutzungen eine Änderung des Verwendungszwecks „Wohnen“ darstellen und einer Baubewilligung bedürfen. Umso mehr unterliegt die Nutzung von bisherigen Ferienwohnungen der Bewilligungspflicht, wenn sie nach der dargestellten Rechtsprechung nunmehr als gewerbliche Beherbergung anzusehen sind.

Da von der Auslegung des VwGH in Tirol tausende bestehende touristisch genutzte Wohneinheiten betroffen sind, war es aus Gründen der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes für bestehende touristische Nutzungen im Rahmen der Kurzzeitvermietung erforderlich geworden, die bestehenden Regelungen zu bewilligungspflichtigen Verwendungszweckänderungen zu präzisieren. Dies ist durch eine Ergänzung des § 28 Abs. 1 lit. c TBO 2018 mit dem Gesetz LGBl. Nr. 46/2020 dahingehend erfolgt, dass die Verwendung von Wohnungen zur gewerblichen Beherbergung von Gästen unter bestimmten Voraussetzung keine baubewilligungspflichtige Änderung des Verwendungszweckes derselben darstellt; dies nur dann, wenn

- im betreffenden Gebäude höchstens drei Wohnungen mit insgesamt höchstens zwölf Betten gastgewerblich vermietet werden,
- der Gewerbetreibende (Vermieter) im betreffenden Gebäude seinen Hauptwohnsitz hat und
- in diesem keine weiteren Wohnungen bestehen, die der Befriedigung eines ganzjährigen, mit dem Mittelpunkt der Lebensbeziehungen verbundenen Wohnbedürfnisses dienen; außer Betracht bleiben allfällige Wohnungen für die Angehörigen des Gewerbetreibenden (Vermieters).

→ dies gilt jedoch aufgrund der Änderungen mit der Novelle LGBl. Nr. 114/2021 nur noch für Nutzungen, wenn die gewerbliche Beherbergung vor dem 1.9.2021 begonnen wurde.

§ 28 Abs. 1 lit. c dritter Halbsatz TBO 2018 musste dem neuen § 38 Abs. 3a TROG 2016 (vgl. Art. 1 Z 10) angepasst werden und dementsprechend auf jene Fälle eingeschränkt werden, in denen die gewerbliche Gästebeherbergung bereits vor dem 1. September 2021 begonnen wurde.

Diese Regelungen stehen vor folgendem Hintergrund:

Die Vermietung von Wohnraum zu gastgewerblichen Zwecken, worunter – wie dargelegt – regelmäßig auch das Anbieten von Wohnraum über Online-Buchungsplattformen fällt, stellt grundsätzlich eine nach § 28 Abs. 1 lit. c TBO 2018 bewilligungspflichtige Änderung des Verwendungszweckes dar. Diese Form der Vermietung ist im Wohngebiet – anders als im gemischten Wohngebiet und in Mischgebieten – raumordnungsrechtlich vorweg unzulässig und damit baurechtlich nicht bewilligungsfähig. Liegt aber eine Baubewilligung für eine gastgewerbliche Vermietung nicht vor, so ist dagegen auf der Grundlage der TBO 2018 baupolizeilich und verwaltungsstrafrechtlich vorzugehen; dies unabhängig davon, ob der Vermieter über eine entsprechende Gastgewerbeberechtigung verfügt oder nicht.

Konkret werden jene Formen der gastgewerblichen Vermietung von Wohnraum, die seit jeher ausgeübt werden und die raumordnungsfachlich unproblematisch sind, von der Baubewilligungspflicht ausgenommen. Es handelt sich dabei um die „gewerblichen Ferienwohnungen“, auf die im Folgenden näher einzugehen ist. Auf diese Weise werden die Baubehörden von unnötigen Verfahren entlastet werden. Gleichzeitig soll gegen die – raumordnungsfachlich problematischen – sonstigen Formen touristischer Vermietung, so diese bau- und raumordnungsrechtlich unzulässig erfolgt, baupolizeilich und verwaltungsstrafrechtlich entschieden vorgegangen werden.

Ferienwohnungen im Sinne des § 13 Abs. 1 lit. c TROG 2016 sind nach § 38 Abs. 1 lit. b TROG 2016 im Wohngebiet zulässig. Kennzeichnend für die Ferienwohnung ist jedoch, dass diese nicht im Rahmen eines Gastgewerbebetriebes zur Beherbergung von Gästen besteht (vgl. dbzgl. § 13 Abs. 1 TROG 2016, wonach Gastgewerbebetriebe zur Beherbergung von Gästen unter den Voraussetzungen nach lit. a und Ferienwohnungen unter den – davon gänzlich verschiedenen – Voraussetzungen nach lit. c vom Freizeitwohnsitzbegriff ausgenommen sind). Dazu kommt, dass auch im Rahmen der Widmungskategorien Wohngebiet und Mischgebiete zwischen beiden Begrifflichkeiten unterschieden wird. Während Gebäude für Ferienwohnungen nach § 38 Abs. 1 lit. b im Wohngebiet zulässig sind, sind Gebäude für Gastgewerbebetriebe nur im gemischten Wohngebiet im Umfang des § 38 Abs. 2 und in Mischgebieten nach Maßgabe des § 40 TROG 2016 zulässig.

Die eingangs bezogene Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, die den Gastgewerbebegriff sehr weit zieht, indem sie hierfür – wie dargelegt – bereits ein beschränktes Ausmaß an gewerbetypischen Dienstleistungen von Vermieterseite genügen lässt, hat dazu geführt, dass ehemalige Ferienwohnungsgebäude, wie sie in Tirol in sehr großer Anzahl bestehen, zusehends als Gastgewerbebetriebe zu Beherbergung von Gästen gelten. Dies umso mehr, als heute auch deren Vermarktung weithin über Online-Buchungsplattformen erfolgt, was nach dieser Rechtsprechung einen weiteren für eine gewerbliche Nutzung sprechenden Gesichtspunkt darstellt. Auch wenn die vormals bereits bestandenen Ferienwohnungsgebäude in ihrem rechtmäßigen Bestand davon nicht berührt sind, bedeutet dies dennoch, dass solche Formen der Vermietung von Wohnungen raumordnungsrechtlich im Übrigen nur mehr unter den eingeschränkteren Voraussetzungen, welche für Gastgewerbebetriebe zur Beherbergung von Gästen gelten, zulässig sind. Für die raumordnungsfachlichen Auswirkungen solcher Gebäude bzw. Wohnungen spielt diese gewerberechtlich motivierte Judikatur hingegen keine Rolle.

Dies lässt es naheliegend scheinen, anknüpfend an die für Ferienwohnungen geltenden Obergrenzen auch die gastgewerbliche Vermietung von Wohnungen zuzulassen. Mit dem vorliegenden Abänderungsantrag soll dies dadurch erreicht werden, dass – korrespondierend mit § 13 Abs. 1 lit. c TROG 2016 betreffend die Ferienwohnungen – die Verwendung von höchstens drei Wohnungen mit insgesamt höchstens zwölf Betten zur gewerblichen Beherbergung keine bewilligungspflichtige Änderung des Verwendungszweckes im Sinn von § 28 Abs. 1 lit. c TBO 2018 darstellt. Dies jedoch nur unter den weiteren Voraussetzungen, dass der Gewerbetreibende (Vermieter) im betreffenden Gebäude seinen Hauptwohnsitz hat und darin auch keine Wohnungen bestehen, die von Personen, die nicht Angehörige des Vermieters sind, zu dauernden Wohnzwecken verwendet werden.

Mit diesen weiteren Voraussetzungen ist sichergestellt, dass von der in Rede stehenden Privilegierung nur „gewerbliche Ferienwohnungsgebäude“ im hergebrachten Sinn umfasst sind. Für diese ist zum einen kennzeichnend, dass der Vermieter seinen Hauptwohnsitz im betreffenden Gebäude hat und zum anderen, dass die gastgewerbliche Nutzung von Wohnungen eigenständig, und nicht im Verbund mit dauernden Wohnzwecken von Personen, die in keinerlei Beziehung zum Vermieter und dessen Familie stehen, erfolgt. Mit anderen Worten gesagt: Die gastgewerbliche Vermietung einzelner Wohnungen in typischen Wohngebäuden oder Wohnanlagen, wie sie heute nicht selten vor allem über Online-Buchungsplattformen erfolgt, hat mit den in Rede stehenden „gewerblichen Ferienwohnungsgebäuden“ nichts gemein. Im Gegenteil sind diese neuen Formen der kurzfristigen Vermietung zu touristischen Zwecken raumordnungsfachlich problematisch, weil die gastgewerbliche Nutzung von Wohnungen in unmittelbarer Nachbarschaft zu Wohnungen, die Dauerwohnzwecken dienen, ein hohes Konfliktpotenzial in sich birgt. Das ständige „Kommen und Gehen“ von kurzfristig wechselnden Gästen führt nicht nur zu einer erhöhten Belastung der übrigen Bewohner durch Lärm, sondern belastet das nachbarschaftliche Zusammenleben insgesamt. Demgegenüber ist ein zentrales Raumordnungsziel die Vermeidung von Nutzungskonflikten und wechselseitigen Beeinträchtigungen beim Zusammentreffen verschiedener Widmungen. Aus diesem Grund ist im Wohngebiet die gewerbliche Beherbergung von Gästen grundsätzlich unzulässig. Im Unterschied dazu besteht aber im Hinblick auf die dargelegte, gewerberechtlich motivierte Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes kein Grund, eine Baubewilligungspflicht allein für die Verwendung von Ferienwohnungsgebäuden in gewerblicher Form aufrecht zu erhalten. Durch die vorgesehene Abgrenzung zu anderen Formen der gewerblichen Beherbergung wird dem Rechnung getragen.

Mit der Privilegierung ausschließlich von „gewerblichen Ferienwohnungsgebäuden“ im hergebrachten Sinn soll weiters verhindert werden, dass Wohnraum, der für Dauerwohnzwecke geschaffen wurde, dieser Verwendung entzogen wird, was insbesondere der Zielsetzung nach § 27 Abs. 2 lit. b TROG 2016 widerspricht, ausreichende Flächen zur Befriedigung des dauernden Wohnbedarfes der Bevölkerung zu leistbaren Bedingungen zu schaffen. Dieser Zielsetzung kommt gerade im Wohngebiet besondere Bedeutung zu, was es rechtfertigt, andere Formen der gewerblichen Beherbergung strenger zu reglementieren. Dies betrifft im gegebenen Zusammenhang besonders etwa Anlegerwohnungen in Wohnanlagen, die nicht für Dauerwohnzwecke, sondern zu touristischen Zwecken kurzfristig an wechselnde Personen vermietet werden.

Zusätzlich wird mit der gewählten Regelungstechnik, nämlich der Ausnahme von der Bewilligungspflicht, im Interesse der Verfahrensökonomie sichergestellt, dass eine Vielzahl sonst erforderlicher Baubewilligungsverfahren entfällt.

Die Änderung ist als *lex specialis* zu § 28 Abs. 1 lit. d TROG 2016 zu verstehen, weshalb die von der Baubewilligungspflicht nunmehr ausgenommen Fälle der gastgewerblichen Vermietung von Wohnraum nicht auch unter jene Bestimmung zu subsumieren sind.

Gleichzeitig wird mit der Änderung klargestellt, dass alle anderen Formen der Verwendung von Wohnungen zur gewerblichen Beherbergung nur aufgrund einer entsprechenden Baubewilligung zulässig sind und dabei die Widmungskonformität zu überprüfen ist. Andererseits erfüllt die Nutzung als „nichtgewerbliche Ferienwohnung“ im Sinne des § 13 Abs. lit. c TROG 2016 kraft Größenschluss nicht den Tatbestand einer bewilligungspflichtigen Verwendungszweckänderung.

6. Weiterführender Link

Der Tiroler Gemeindeverband hat in der Ausgabe 06/2019 Tirol.Kommunal auf den Seiten 32 – 34 einen Artikel von RA MMag. Dr. Wallnöfer und RA Mag. Pöschl veröffentlicht, der sich mit dem Thema was die Gemeinde hinsichtlich Freizeitwohnsitzen, Airbnb und Co. tun kann, auseinandersetzt. Es darf ergänzend zu den obigen Ausführungen auf den entsprechenden Link verwiesen werden:

https://www.gemeindeverband-tirol.at/uploads/Tirol_kommunal_06_2019/TKOM_06_2019_Einzelseiten.html