

**A A, X;
Bauvorhaben auf Gst 1**, KG Y;
Verfahren nach der Tiroler Bauordnung 2011 – Beschwerde**

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Tirol hat durch seine Richterin Dr. Doris Mair über die Beschwerde des Herrn A A, Adresse, X, vertreten durch die Rechtsanwälte, Adresse, gegen den Bescheid des Bürgermeisters der Marktgemeinde Y vom 18.02.2016, Zahl ****1,

zu Recht erkannt:

1. Der Beschwerde wird **Folge gegeben** und im Spruch des Bescheides **folgender Absatz ersatzlos gestrichen**:

„Auflage der Baubehörde:

Das Gebäude bzw die Wohnung darf nicht als Freizeitwohnsitz im Sinne des TROG 2011 verwendet werden. Das Gebäude hat der Befriedigung eines ganzjährigen, mit dem Mittelpunkt der Lebensbeziehungen verbundenen Wohnbedürfnisses zu dienen (Erst-bzw Hauptwohnsitz) und darf nicht zum Aufenthalt während des Urlaubs, der Ferien, des Wochenendes oder zu sonst nur zeitweiligen Erholungszwecken verwendet werden.“

2. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine **ordentliche Revision** an den Verwaltungsgerichtshof nach Art 133 Abs 4 B-VG **unzulässig**.

Hinweis:

Das Einfamilienwohnhaus mit Doppelgarage auf Gst Nr 1**, KG Y, darf nicht als Freizeitwohnsitz iSd § 13 Abs 1 TROG 2011 verwendet werden.

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

Gegen diese Entscheidung kann binnen sechs Wochen ab der Zustellung Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof, Freyung 8, 1010 Wien, oder außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof erhoben werden. Die Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist direkt bei diesem, die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist beim Landesverwaltungsgericht Tirol einzubringen.

Die genannten Rechtsmittel sind von einem bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw einer bevollmächtigten Rechtsanwältin abzufassen und einzubringen, und es ist eine Eingabegebühr von Euro 240,00 zu entrichten.

E n t s c h e i d u n g s e r w ä g u n g e n

I. Entscheidungswesentlicher Sachverhalt:

Mit Ansuchen vom 25.11.2015, eingelangt bei der Behörde am 26.11.2015, suchte Herr A A, X, Adresse, (im Folgenden: Beschwerdeführer) um Erteilung der baubehördlichen Bewilligung für den Neubau eines Einfamilienhauses mit Doppelgarage auf Grundstück Nr 1**, KG Y, an.

Nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 27.01.2016 erteilte der Bürgermeister der Marktgemeinde Y mit Bescheid vom 18.02.2016, ZI ****1, die Baubewilligung für das beantragte Bauvorhaben.

Der Spruch dieses Bescheides lautet:

„Spruch

Der Bürgermeister der Marktgemeinde Y als Baubehörde I. Instanz erteilt für das vorstehend beschriebene Bauvorhaben gemäß § 27 Abs 7 der Tiroler Bauordnung 2011 – TBO 2011, LGBl 57/2011, die Baubewilligung nach Maßgabe der eingereichten Planunterlagen (Pläne und Baubeschreibung) für den Verwendungszweck als „Neubau eines Einfamilienhauses mit Doppelgarage“ unter nachstehenden Auflagen:

Auflage der Baubehörde:

Das Gebäude bzw die Wohnung darf nicht als Freizeitwohnsitz im Sinne des TROG 2011 verwendet werden. Das Gebäude hat der Befriedigung eines ganzjährigen, mit dem Mittelpunkt der Lebensbeziehungen verbundenen Wohnbedürfnisses zu dienen (Erst- bzw Hauptwohnsitz) und darf nicht zum Aufenthalt während des Urlaubs, der Ferien, des Wochenendes oder zu sonst nur zeitweiligen Erholungszwecken verwendet werden.

..."

In seiner Beschwerde vom 17.03.2016 bekämpft der Beschwerdeführer den Bescheid vom 18.02.2016 insoweit, als auf Seite 2 als Auflage im zweiten Satz festgehalten sei, dass das Gebäude der Befriedigung eines ganzjährigen, mit Mittelpunkt der Lebensbeziehung verbundenen Wohnbedürfnisses (Erst- bzw Hauptwohnsitz) zu dienen habe. Der Beschwerdeführer gesteht zu, dass von der belangten Behörde zu Recht festgehalten werde, dass das Gebäude bzw die Wohnung nicht als Freizeitwohnsitz im Sinne des TROG 2011 verwendet werden dürfe. Die von der Baubehörde verfügte Auflage schieße jedoch über die gesetzliche Definition des Freizeitwohnsitzes hinaus, wenn sie in gesetzeswidriger Weise eine Verwendung lediglich zur Befriedigung der Wohnbedürfnisse als Erst- bzw Hauptwohnsitz vorschreibe. Dies verstoße gegen §§ 13 iVm 38 Abs 1 und 2 TROG 2011 (das Grundstück sei als gemischtes Wohngebiet gewidmet), übersehe die Behörde so nämlich, dass die Wohnung nicht nur als Erst- oder Hauptwohnsitz verwendet werden dürfe, sondern etwa auch eine Nutzung als beruflicher Zweitwohnsitz zulässig wäre. Eine derartige Nutzung dürfe seitens der Behörde nicht untersagt werden. Habe offensichtlich die Intention der belangten Behörde im Hinweis bestanden, dass eine Nutzung als Freizeitwohnsitz unzulässig wäre, ergäbe sich dies aber schon aus § 13 TROG 2011, und habe der Beschwerdeführer gegenüber der Grundverkehrsbehörde im Rahmen des Erwerbs der Liegenschaft eine verbindliche Erklärung abgegeben, dass keine Nutzung als Freizeitwohnsitz erfolge. Jede andere Nutzung iSd § 38 Abs 1 und 2 TROG 2011 wäre hingegen zulässig. Ergebe sich ein Verbot der Nutzung als Freizeitwohnsitz ohnehin bereits aus dem Gesetz, bestehe für die Auflage keine gesetzliche Notwendigkeit. Erachte es die Baubehörde für notwendig, diese Anordnung in Form eines Hinweises in den Baubescheid aufzunehmen, habe sie sich an die gesetzliche Definition des § 13 Abs 1 TROG 2011 zu halten.

Der Beschwerdeführer stellt den Antrag, die Auflage der belangten Behörde dahingehend zu ändern, dass deren zweiter Satz zur Gänze zu entfallen habe, in eventuelle, dass als zweiter Satz der Gesetzeswortlaut des § 13 Abs 1 TROG 2011 in die Auflage aufgenommen werde.

II. Rechtslage:

Es gilt folgende maßgebliche Bestimmung des Tiroler Raumordnungsgesetzes 2011 – TROG 2011, LGBl Nr 56/2011 in der Fassung LGBl Nr 82/2015:

„3. Abschnitt
Freizeitwohnsitze
§ 13

Beschränkungen für Freizeitwohnsitze

(1) Freizeitwohnsitze sind Gebäude, Wohnungen oder sonstige Teile von Gebäuden, die nicht der Befriedigung eines ganzjährigen, mit dem Mittelpunkt der Lebensbeziehungen verbundenen Wohnbedürfnisses dienen, sondern zum Aufenthalt während des Urlaubs, der Ferien, des Wochenendes oder sonst nur zeitweilig zu Erholungszwecken verwendet werden. Als Freizeitwohnsitze gelten nicht:

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

b) Kur- und Erholungsheime, die von öffentlichen oder gemeinnützigen Einrichtungen oder Betrieben oder Einrichtungen der freien Jugendwohlfahrt erhalten werden,

c) Gebäude mit höchstens drei Wohnungen mit insgesamt höchstens zwölf Betten, die während des Jahres jeweils kurzzeitig an wechselnde Personen vermietet werden (Ferienwohnungen); entsprechende Neubauten, für die die Baubewilligung erst nach dem 1. Februar 1996 rechtskräftig erteilt worden ist, gelten jedoch nur dann nicht als Freizeitwohnsitze, wenn der Vermieter der Ferienwohnungen im betreffenden Gebäude seinen Hauptwohnsitz hat; Ferienwohnungen in Gebäuden, die in einem räumlichen Naheverhältnis stehen und eine einheitliche Gesamtplanung aufweisen, sind zusammenzuzählen,

d) Wohnräume, die der Privatzimmervermietung dienen.

Sind in einem Gebäude oder in Gebäuden, die in einem räumlichen Naheverhältnis stehen und eine einheitliche Gesamtplanung aufweisen, Ferienwohnungen und Wohnräume, die der Privatzimmervermietung dienen, untergebracht, so darf die Zahl der Betten insgesamt zwölf nicht überschreiten.

(2) ...

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

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

a) die Siedlungsentwicklung,

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

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

- d) die Gegebenheiten am Grundstücks- und Wohnungsmarkt sowie die Auswirkungen der Freizeitwohnsitzentwicklung auf diesen Markt,
- e) die Art, die Lage und die Anzahl der bestehenden Freizeitwohnsitze,
- f) die Auslastung der Verkehrsinfrastruktur sowie der Einrichtungen zur Wasserversorgung, Energieversorgung und Abwasserbeseitigung, die Auswirkungen der Freizeitwohnsitze auf diese Infrastruktur und deren Finanzierung sowie allfällige mit der Schaffung neuer Freizeitwohnsitze entstehende Erschließungserfordernisse.

Die Schaffung neuer Freizeitwohnsitze darf nicht mehr für zulässig erklärt werden, wenn der Anteil der aus dem Verzeichnis der Freizeitwohnsitze nach § 14 Abs. 1 sich ergebenden Freizeitwohnsitze an der Gesamtzahl der Wohnungen entsprechend dem endgültigen Ergebnis der jeweils letzten Häuser- und Wohnungszählung 8 v. H. übersteigt. Dabei bleiben Freizeitwohnsitze, für die eine Ausnahmegewilligung im Sinn des Abs. 5 erster Satz vorliegt, außer Betracht.

(4) Die Baubewilligung für Neubauten, die ganz oder teilweise als Freizeitwohnsitze verwendet werden sollen, sowie für Zu- und Umbauten und die Änderung des Verwendungszweckes von bisher anderweitig verwendeten Gebäuden, Wohnungen oder sonstigen Gebäudeteilen, durch die Freizeitwohnsitze neu geschaffen werden sollen, darf unbeschadet der sonstigen Bewilligungsvoraussetzungen nur erteilt werden, wenn für das betreffende Grundstück eine Festlegung nach Abs. 2 zweiter und dritter Satz vorliegt und die höchstzulässige Anzahl an Freizeitwohnsitzen nicht überschritten wird. Maßgebend ist die Anzahl der Freizeitwohnsitze aufgrund des Verzeichnisses der Freizeitwohnsitze nach § 14 Abs. 1. Auf Sonderflächen für Gastgewerbebetriebe zur Beherbergung von Gästen dürfen Neubauten, die ganz oder teilweise als Freizeitwohnsitze verwendet werden sollen, nicht errichtet werden.

(...)"

Es gilt folgende Bestimmung des Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes 1991 – AVG, BGBl Nr 51/1991 (WV) in der Fassung BGBl I Nr 161/2013:

*„ III. Teil: Bescheide
Erlassung von Bescheiden*

.....

§ 59

(1) Der Spruch hat die in Verhandlung stehende Angelegenheit und alle die Hauptfrage betreffenden Parteianträge, ferner die allfällige Kostenfrage in möglichst gedrängter, deutlicher Fassung und unter Anführung der angewendeten Gesetzesbestimmungen, und zwar in der Regel zur Gänze, zu erledigen. Mit Erledigung des verfahrenseinleitenden Antrages gelten Einwendungen als miterledigt. Lässt der Gegenstand der Verhandlung eine Trennung nach mehreren Punkten zu, so kann, wenn dies zweckmäßig erscheint, über jeden dieser Punkte, sobald er spruchreif ist, gesondert abgesprochen werden.

..."

III. Erwägungen:

Die belangte Behörde hat den in Rede stehenden Inhalt als Auflage („Auflage der Baubehörde“) in den Spruch ihres Bescheides aufgenommen.

Auflagen stellen ihrer Rechtsnatur nach als Nebenbestimmungen eines behördlichen Abspruchs Willensäußerungen der Behörde dar, die von ihr dem Hauptinhalt des Spruches beigefügt werden (vgl etwa VwGH 13.10.1993, 92/03/0191, 17.05.2004, 2002/06/0003). Nebenbestimmungen sind normative Aussprüche der Behörde. Nebenbestimmungen gestalten die Hauptsache näher. Als hoheitliche Anordnungen unterliegen Nebenbestimmungen dem Legalitätsprinzip des Art 18 B-VG, bedürfen also einer gesetzlichen Grundlage in den maßgeblichen Verwaltungsvorschriften. Ohne explizite Ermächtigung sind sie zulässig, wenn sie vom Inhalt des Gesetzes gedeckt sind.

Das Wesen einer Auflage besteht darin, dass mit einem nach dem Hauptinhalt für den Antragsteller begünstigenden rechtsgestaltenden, also Rechte begründenden Bescheid auch konkrete belastende Ge- oder Verbote verbunden werden (vgl etwa VwGH 21.02.2002, 2001/07/0106, 02.07.1998, 97/06/0057). Durch eine Auflage wird der Träger des im Bescheid eingeräumten Rechts zu einem bestimmten Verhalten, also zu einem Tun, Unterlassen oder Dulden verpflichtet. Bei einer Auflage handelt es sich damit um eine zum Hauptinhalt des Bescheides akzessorische Verpflichtung. Auflagen sind bedingte Polizeibefehle, es hängt die Wirksamkeit dieser akzessorischen Verpflichtung von der Gebrauchmachung der Bewilligung ab.

Handelt es sich bei Nebenbestimmungen um normative Aussprüche, kann etwa – so die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes – der bloßen Wiederholung von Rechtsfolgen, die bereits durch das Gesetz festgelegt sind bzw die sich bereits aus dem Gesetz ergeben, hingegen nicht der Charakter einer Nebenbestimmung, damit auch nicht der Charakter einer Auflage, zugemessen werden und kann in dieser Form daher nicht dem Hauptinhalt eines Spruchs beigefügt werden. Auch Maßnahmen, zu denen bereits das Gesetz unmittelbar verpflichtet, können rechtens nicht Gegenstand einer Bescheidaufgabe sein.

Als Verwendungszweck gibt der Beschwerdeführer den Neubau eines Einfamilienhauses an. Mit diesem so definierten und sodann derart bewilligten Wohnzweck ist der Beschwerdeführer jedenfalls nicht berechtigt, den Wohnsitz als Freizeitwohnsitz im Sinne des Gesetzes zu nutzen. § 13 Abs 1 TROG 2011 definiert Freizeitwohnsitze als Gebäude, Wohnungen oder sonstige Teile von Gebäuden, die nicht der Befriedigung eines ganzjährigen, mit dem Mittelpunkt der Lebensbeziehungen verbundenen Wohnbedürfnisses dienen, sondern zum Aufenthalt während des Urlaubs, der Ferien, des Wochenendes oder sonst nur zeitweilig zu Erholungszwecken verwendet werden.

Die Schaffung neuer Freizeitwohnsitze (unter anderem – wie hier vorliegend – durch die Errichtung von Neubauten) findet (unter raumordnungsrechtlichen Gesichtspunkten) ausdrückliche Regelung in § 13 Abs 2 zweiter und dritter Satz und Abs 3 TROG 2011. Baurechtliche Regelungen enthält § 13 Abs 4 TROG 2011, als dieser die Voraussetzungen für die Erteilung von Baubewilligungen ua für (vorliegend gegenständlich) Neubauten, die ganz

oder teilweise als Freizeitwohnsitze verwendet werden sollen, regelt. Gemäß § 21 Abs 1 lit a TBO 2011 bedarf die Errichtung von Neubauten von Gebäuden einer Baubewilligung. § 22 Abs 1 TBO 2011 schreibt vor, dass bei Neu-, Zu- oder Umbauten von Gebäuden im Bauansuchen der vorgesehene Verwendungszweck anzugeben ist. § 13 Abs 4 TROG 2011 ist in engem inhaltlichem Regelungszusammenhang mit den allgemeinen baurechtlichen Bestimmungen des § 21 Abs 1 lit a TBO 2011 und des § 22 Abs 1 TBO 2011 zu sehen. Im Falle der Schaffung eines neuen Freizeitwohnsitzes wäre daher unter ausdrücklicher Angabe ebendieses vorgesehenen Verwendungszweckes ‚Freizeitwohnsitz‘ um entsprechende Baubewilligung anzusuchen. Für ebendiesen Verwendungszweck wäre – bei Zutreffen der im Abs 4 des § 13 TROG 2011 näher geforderten Voraussetzungen – die baurechtliche Genehmigung zu erteilen.

Eine derartige Freizeitwohnsitznutzung wurde gegenständlich jedoch nicht beantragt und gilt damit mit vorliegendem Bescheid auch nicht als genehmigt.

Wäre künftig entgegen der derzeitigen Genehmigung eine Verwendung des Gebäudes zu Freizeitwohnsitzzwecken beabsichtigt, bedürfte dies einer eigenen darauf gerichteten Baubewilligung nach § 21 Abs 1 lit d erster Teilsatz TBO 2011 (Verwendung von bisher anderweitig verwendeten Gebäuden, Wohnungen oder sonstigen Gebäudeteilen als Freizeitwohnsitz ...) und wären diesfalls im entsprechenden Genehmigungsverfahren seinerseits (neben einer Abklärung der weiteren Bewilligungsvoraussetzungen) die Genehmigungsvoraussetzungen bzw -maßstäbe des Abs 4 des § 13 TROG 2011 zu prüfen bzw anzulegen.

Vorliegend ergibt sich somit die Unzulässigkeit der Nutzung des Einfamilienhauses zu Freizeitwohnsitzzwecken bereits auf Grund der Baubewilligung selbst. War eine Freizeitnutzung nicht Antragsgegenstand, ist eine solche somit auch nicht Inhalt des Spruches.

Jenem ersten Teil der Auflage, der eine Verwendung des Gebäudes bzw der Wohnung als Freizeitwohnsitz verbietet, kann bei derart gestalteter Genehmigungslage damit Bedeutung etwa in der Art zugemessen werden, dass damit in näherer Interpretation ebendieses konkreten Genehmigungsinhaltes eine in diesem Inhalt nicht erfasste Nutzung als Freizeitwohnsitz deklariert werden soll. Unzulässig hingegen, da weder aus dem genehmigten Verwendungszweck ableitbar noch in der gesetzlichen Rechtslage entsprechend gedeckt, ist die von der belangten Behörde in vorliegender Ausschließlichkeit weitere aufgetragene Verpflichtung, den Wohnsitz ausschließlich ganzjährig zu Erst- bzw Hauptwohnsitzzwecken nutzen zu dürfen. In diesem Umfang wurde der Beschwerdeführer jedenfalls in seinen subjektiven Rechten verletzt.

Wäre der erste Satz der Auflage andernfalls in der Weise zu interpretieren, dass damit auf die gesetzliche Rechtslage (§§ 13 ff TROG 2011), ohne entsprechende baurechtliche Genehmigung eben keine Freizeitnutzung im besagten Gebäude ausführen zu dürfen, hingewiesen werden sollte, wäre dies aber in der gewählten Form einer (ihrem eigentlichen Rechtscharakter nach als normativer Ausspruch vorgesehenen) Auflage unzulässig. Der erste

Teil des zweiten Satzes der Auflage (Verpflichtung zur ganzjährigen Nutzung als Erst- bzw Hauptwohnsitz) ist in der Gesetzeslage schon für sich nicht gedeckt.

Lässt der genehmigte Verwendungszweck eine Freizeitwohnsitznutzung nicht zu, hätte auf die sich daraus ergebende Unzulässigkeit, diesen Wohnsitz als Freizeitwohnsitz zu nutzen, (bloß) hingewiesen oder (sonst) rechtsbelehrt werden dürfen.

Gesamt gesehen ist dem ersten Teil der beigesetzten Auflage kein normativer Inhalt zuzumessen. Die Einschränkung im zweiten Teil entspricht nicht der geltenden Rechtslage. Das Tiroler Raumordnungsgesetz 2011 verbietet lediglich die Schaffung neuer Freizeitwohnsitze im Sinne der gesetzlichen Begriffsdefinition und bindet diese an eine entsprechende Genehmigung. Diese Rechtswidrigkeit war vom Landesverwaltungsgericht Tirol entsprechend aufzugreifen.

Nähere Erörterungen in der Hinsicht, welchen konkreten zulässigen Nutzungsumfang der Beschwerdeführer im Genehmigungsinhalt berechtigter Weise gedeckt sieht bzw daraus ableitet, brauchen an dieser Stelle – da nicht primär gegenständlich – nicht erfolgen. Das Vorbringen des Beschwerdeführers, wonach jede in § 38 Abs 1 und 2 TROG 2011 eingeräumte Nutzung zulässig wäre, wird wohl nicht in der Hinsicht zu verstehen sein, dass er damit sämtliche der in diesen Bestimmungen als zulässig angeführten Nutzungstypen als im Bewilligungsinhalt gedeckt ansieht.

Das erkennende Gericht sah sich seinerseits veranlasst, in der vorliegenden Entscheidung einen an obiger Stelle dargelegten (nicht normativen) Hinweis auf die Unzulässigkeit der Verwendung des Gebäudes als Freizeitwohnsitz im Sinne des Gesetzes aufzunehmen.

Vorliegend war eine reine Rechtsfrage zu lösen. Die Akten haben erkennen lassen, dass die mündliche Erörterung eine weitere Klärung der Rechtssache nicht erwarten lässt. Einem Entfall der Verhandlung stand weder Art 6 Abs 1 EMRK noch Art 47 GRC entgegen.

Die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung wurde vom Beschwerdeführer auch nicht beantragt.

IV. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage iSd Art 133 Abs 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor. Auf die unter Punkt III zitierte Rechtsprechung wird verwiesen

Landesverwaltungsgericht Tirol

Dr. Doris Mair
(Richterin)