



Leitfaden zur Feststellung eines Freizeitwohnsitzes

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) Benützung untersagung

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

- a) Parteistellung der Gemeinden
- b) Mitwirkungspflicht des Eigentümers bzw. Verfügungsberechtigten

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

4. Relevante Judikatur

- a) Frage des Bestehens eines Arbeits- bzw. „Lern“wohnsitzes oder Notwendigkeit der Durchführung von Wartungsarbeiten
 - 1. Beispiel (Arbeitswohnsitz)
 - 2. Beispiel (Lernwohnsitz)
 - 3. Beispiel (Wartungsarbeiten)

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. Weiterführender Link

1. Rechtliche Grundlagen

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
- höchstens 3 Ferienwohnungen mit insgesamt 12 Betten
 - ❖ Vermietung 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
- Wohnräume zur Privatzimmervermietung
 - ❖ nur als Teil der Wohnung des Vermieters
 - keine abgeschlossenen Wohneinheiten zulässig
 - ❖ keine familienfremden Dienstnehmer zulässig
 - ❖ Speisen und Getränke dürfen verabreicht werden
 - ❖ 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. 144/2018

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
 - ❖ 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
 - ❖ 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
- 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 Ausnahmebewilligungen nach § 13 Abs. 7 TROG 2016
- Verwendung von im Freiland gelegenen Freizeitwohnsitzen zu anderem Zweck ist ebenfalls bewilligungspflichtig
 - ❖ Freizeitwohnsitzeigenschaft erlischt nicht

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

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

- Eigentümer oder Benützer ist die weitere Benützung zu untersagen, wenn Wohnsitz rechtswidrig als Freizeitwohnsitz verwendet wird

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

a) 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 eingeräumt. 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.

b) 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.

3. Umfang der Auskunftsrechte für Gemeinden

a) Gemeinde als Abgabenbehörde im Sinne Bundesabgabenordnung (BAO)

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.

Die BAO ermöglicht es der Gemeinde Daten zur Feststellung der Abgabenschuld einzufordern. Die Gemeinde ist Abgabenbehörde im Sinne der BAO zum Beispiel bei der Erhebung der Freizeitwohnsitzabgabe nach dem Tiroler Freizeitwohnsitzabgabengesetz – TFWAG. Die Gemeinde *hat* mit 1. Jänner 2020 gemäß § 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.

Zur Beurteilung der Frage, ob eine Freizeitwohnsitzabgabe einzuheben ist, ist die Gemeinde berechtigt beim Eigentümer bzw. Verfügungsberechtigten der Wohneinheit Auskünfte einzuholen.

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 im Sinne der BAO 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), 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 Ver- 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.

Konkret bedeutet dies, dass die Abgabenbehörde in Bezug auf einen konkreten Abgabepflichtigen Verbrauchsdaten vom jeweiligen Ver- bzw. Entsorgungsunternehmen erheben darf. Es bedeutet jedoch nicht, dass Ver- bzw. Entsorgungsunternehmen Daten ihrer Kunden den Abgabenbehörden „in Bausch und Bogen“ zur Verfügung stellen müssen, damit diese potenzielle Abgabepflichtige überhaupt erst identifizieren können.

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.

3. Relevante Judikatur

a) Frage des Bestehens eines Arbeits- bzw. „Lern“wohnsitzes oder Notwendigkeit der Durchführung von Wartungsarbeiten

1. Beispiel(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

2. Beispiel (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, ZI 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.

3. Beispiel (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.**

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)

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.

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.

- 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.
- Gemäß § 38 Abs. 1 TROG 2016 ist jedoch das Anbieten von Ferienwohnungen oder die Privatzimmervermietung im Wohngebiet zulässig.

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 und somit einer behördlichen Kontrolle unterliegen.

- Die Änderung des Verwendungszwecks von bestehenden Wohnungen ist nur mit einer baurechtlichen Bewilligung zulässig. Als Änderung des Verwendungszwecks gilt die Verwendung einer Wohnung für touristische Beherbergungen.
- Für touristische Beherbergungen gelten strengere Voraussetzungen in Hinblick auf die technischen Bauvorschriften (zB Brandschutz).
- Mit einer Änderung des Verwendungszwecks kann wie bereits unter c) ausgeführt auch die Unvereinbarkeit mit der Widmungskategorie einhergehen.

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