OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: +43 732 7075-18004
Fax: +43 732 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / www.lvwg-ooe.gv.at
DVR: 4011090

Geschäftszeichen:
LVwG-450301/5/MB/MA

Datum:
Linz, 24. April 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Dr. Brandstetter über die Beschwerde des A G, K, O, gegen den Bescheid des Gemeinderates der Marktgemeinde S vom 7.9.2017, GZ: 770-1-2017-Hr, betreffend Tourismusabgabe nach dem Oö. Tourismusabgabegesetz 1991

zu Recht:

I. Der angefochtene Bescheid wird ersatzlos aufgehoben.

II. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision zulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. Verfahrensgang

I.1. Mit Schreiben vom 13.4.2017 übermittelte der Bürgermeister der Marktgemeinde S dem Bf ein Parteiengehör zur beabsichtigten Vorschreibung einer Tourismuspauschale für seine Wohnung in O, S.
Dazu brachte der Bf vor, dass es sich bei der Wohnung nicht um eine Ferienwohnung, sondern um einen land- und forstwirtschaftlichen Betrieb handle, für den er auch Landwirtschaftskammerumlage und Abgaben für die Land- und Forstwirtschaft an das Finanzamt zahle. Der Betrieb würde seit 25 Jahren ständig bewirtschaftet und gliedere sich in Waldbestand, Wiesen, Acker sowie eine kleine Apfelplantage (Obstgarten) mit einem Ertrag von bis zu 2 Tonnen auf. Die Wiesen seien jahrelang zur Eigenviehhaltung genützt worden, die künftige Planung sehe Weidegänse vor. Das Holz aus dem Waldbestand werde in Fremdarbeit eingebracht, weshalb die Ausgaben für Fremdarbeit den Einnahmen aus dem Holzverkauf überwiegen. Eine bessere Einnahmesituation würde sich darstellen, wenn eine großflächige Schlägerung mit Neuaufforstung durchgeführt würde. In den Jahren 2012 bis 2016 seien Acker und Wiesenflächen von Nachbarn in Bittleihe bewirtschaftet worden.
Insgesamt gesehen habe noch nie ein Überschuss aus dieser Landwirtschaft erzielt werden können, wobei die Bewirtschaftung künftig dennoch aufrechterhalten werde.
Die Nachbarn, welche die Acker- und Wiesenflächen in Bittleihe bewirtschaften, würden aufgrund der unmittelbaren Nähe nicht am Hof des Bf übernachten. Er selbst nächtige nicht zu Erholungszwecken am Hof, denn die wenigen Tage, die er am Hof verbringe, seien mit einem mindestens zehnstündigen Arbeitstag verbunden.

I.2. Mit nicht näher bezeichneten Bescheid des Bürgermeisters der Marktgemeinde S vom 22.5.2017 wurde Herrn A G (im Folgenden „Bf“) eine Tourismusabgabe (Tourismuspauschale) für die in seinem Eigentum stehende Wohnung in O, S, für die Jahre 2012 bis 2016 in Höhe von EUR 22,50 pro Jahr, sohin insgesamt EUR 112,50, festgesetzt.
Begründend wurde ausgeführt, dass für die Inanspruchnahme einer Befreiung von der Tourismuspauschale eine Erwerbstätigkeit vorliegen müsse. Diese sei nur dann gegeben, wenn mit dieser Tätigkeit aus der Landwirtschaft auch Einnahmen erzielt würden. Erfolge diese Tätigkeit nur im Rahmen eines Hobby`s bzw. werde das Holz nur für den Eigenbedarf benötigt, liege keine Erwerbstätigkeit vor. Laut den Richtlinien des Landes Oberösterreich liege ein landwirtschaftlicher Betrieb dann vor, wenn die Produktion über die Eigenversorgung hinausgehen, und nachhaltig und planvoll mit dem Ziel erfolge, dauerhaft einen landwirtschaftlichen Betriebserfolg als maßgeblichen Einkommensbeitrag zu erzielen. Die landwirtschaftliche Tätigkeit müsse vom Betriebsführer auf eigene Rechnung und

Gefahr durchgeführt werden. Da der Bf die Kosten mit den Einnahmen durch den Holzverkauf nicht einmal zum Bruchteil decken könne, und insgesamt noch nie ein Überschuss aus dieser Landwirtschaft erzielt werden konnte, würde hier kein landwirtschaftlicher Betrieb vorliegen bzw. würde diesem als Hobby nachgegangen werden.

I.3. Gegen diesen Bescheid erhob der Bf rechtzeitig Berufung und brachte vor, dass sehr wohl Einnahmen aus der Holzwirtschaft erzielt würden, da jedoch das Holz aufgrund einer 80 % Behinderung des Bf (defekte Hüftprothese) in Fremdarbeit vergeben werden müsse, kein Überschuss aus der Holzwirtschaft erzielt werde. Wäre er in der Lage, das Holz selbst einzubringen, würde sehr wohl ein Überschuss erzielt werden. Der Eigenbedarf am eingebrachten Holz liege bei nicht einmal 10 %.
Der land- und forstwirtschaftliche Betrieb stelle für den Bf keinesfalls ein „Hobby“ dar, was allein aufgrund seiner Behinderung unmöglich wäre und auch keinesfalls seinen privaten Interessen entspräche.

I.4. Mit Bescheid des Gemeinderates der Marktgemeinde S vom 7.9.2017, Zahl: 770-1-2017-Hr, wurde der erstinstanzliche Bescheid des Bürgermeisters bestätigt.
Begründend wurde ausgeführt, dass bei der Beurteilung des Ausnahmetatbestands auch die Bestimmung des § 3 Abs 7 Tourismusabgabe-Gesetz 1991 zu beachten ist, welche die Nutzfläche regelt. Demnach sind unter anderem jene Räume von der Nutzfläche ausgenommen, welche für landwirtschaftliche Zwecke spezifisch ausgestattet sind. Daraus gehe hervor, dass der Betrieb einer Landwirtschaft nicht per se eine Ausnahmeregelung darstelle, sondern nur insoweit, als sie (neben)beruflich erfolgt. Ein bloßer Hobbybetrieb sei nicht ausreichen. Zur Abgrenzung zum (neben)beruflichem Betrieb seien analog die zum Raumordnungsrecht entwickelten Maßstäbe bezüglich einem landwirtschaftlichen Nebenerwerbsbetrieb heranzuziehen. Demnach müsse ein gewisser Bewirtschaftungserfolg erzielt werden, was nicht gegeben sei, wenn die Einnahmen auf Dauer unter den Ausgaben liegen würde.

I.5. Gegen diesen Bescheid erhob der Bf rechtzeitig Beschwerde und verwies auf seine Berufungsgründe, welche im nunmehr angefochtenen Bescheid keine Berücksichtigung gefunden hätten. Zudem brachte er zusammengefasst vor, dass die Abgabenbehörde im Zusammenhang mit dem geforderten Bewirtschaftungserfolg nicht auf die Umstände des Einzelfalls, nämlich die Behinderung des Bf, eingegangen wäre. Diese Behinderung sei der Grund, warum kein positives, sondern ein negative Betriebsergebnis erwirtschaftet würde. Zur Vermeidung von unbilligen Härten würde das Gesetz in § 5 Abs 2 eine Regelung schaffen, welche hier aufgrund seiner Behinderung anzuwenden wäre. Als Beweis wurde der Beschwerde eine Kopie des Behindertenpass mit der Nr. x vom 24.8.2005 angeschlossen.

I.6. Mit Stellungnahme vom 8.2.2017 teilte der Bf nach Anfrage des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich mit, dass er in den Jahren 2012 bis 2016 keiner anderen Tätigkeit außer der Führung des gegenständlichen land- und forstwirtschaftlichen Betriebs nachging. Er sei bis zum 31.12.2010 auch noch einer kaufmännischen Tätigkeit nachgegangen, wobei er auch hier infolge seiner Behinderung ab Mitte 2005 nur mehr eingeschränkt tätig sein konnte. Sein Behindertenpass Nr. x sei am 22.6.2005 vom Bundessozialamt ausgestellt und am 30.7.2007 auf 80 % amtlich berichtigt worden.

II. Sachverhalt und Beweiswürdigung

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorgelegten Verwaltungsakt der belangten Behörde und in die von den Parteien ergänzend vorgelegten Schriftstücke sowie durch Einholung eines Grundbuchauszugs. Der Sachverhalt ergibt sich daraus widerspruchsfrei. Die Durchführung einer mündlichen Verhandlung wurde von der Bf nicht beantragt und schien auch nicht erforderlich, weshalb eine solche gemäß § 274 Abs 1 BAO unterbleiben konnte.

In Ergänzung zu Punkt I. steht folgender entscheidungswesentliche S a c h v e r h a l t fest:

Der Bf hat mit Kaufvertrag vom 1.10.1986 gemeinsam mit C G je zur Hälfte das landwirtschaftliche Anwesen „E“ mit einer Gesamtfläche von ca. 7,4 ha Nutzgrund erworben. Es besteht aus Wald-, Acker- und Wiesenflächen sowie einem Obstgarten mit Apfelbäumen mit bis zu zwei Tonnen Ertrag pro Jahr. Der Waldflächenanteil beträgt ca. 5,3 ha, der Acker- und Wiesenanteil ca. 2,1 ha.
Der Hauptwohnsitz des Bf befindet sich in 2304 O, K. Am landwirtschaftlichen Anwesen in O, S, befindet sich ein Wohngebäude. Der Bf hat dort seit 16.7.1987 seinen Nebenwohnsitz gemeldet. Die Wegstrecke zwischen Haupt- und Nebenwohnsitz beträgt ca. 200 Kilometer.
Aufgrund einer defekten Hüftprothese leidet der Bf an einer Gehbehinderung im Ausmaß von 80 %, welche ihm mit Behindertenpass vom 24.8.2005 (Ausweis Nr. 048316) bescheinigt wurde.
Hauptberuflich ging der Bf bis 31.12.2010 einer kaufmännischen Tätigkeit nach, wobei er aufgrund seiner Gehbehinderung (defekte Hüftprothese) ab Mitte 2005 nur mehr eingeschränkt tätig sein konnte. Der Bf ist Betriebsführer des landwirtschaftlichen Betriebs mit der Adresse O, S und bewirtschaftet diesen seit dem Jahr 1986 selbst. In den Jahren 2012 bis 2016 wurden die Acker- und Wiesenflächen von benachbarten Landwirten in (unentgeltlicher) Bittleihe bearbeitet und geerntet. Der Wald wurde grundsätzlich vom Bf selbst bewirtschaftet, wobei das Einbringen des Holzes aufgrund der Behinderung des Bf

in Fremdarbeit vergeben wurde. Der Eigenbedarf am eingebrachten Holz liegt bei unter 10%. Die Apfelbäume wurden immer vom Bf selbst bewirtschaftet.
Durch den Holzverkauf wurden Einnahmen erzielt, wobei die Ausgaben für das Einbringen des Holzes in Fremdarbeit diesen Einnahmen überwogen.
Insgesamt gesehen konnte kein Überschuss aus der Landwirtschaft erzielt werden.
Der Bf nächtigt nur wenige Tage im Jahr in der Wohnung am landwirtschaftlichen Gut, um dort notwendige Arbeiten am Betrieb zu erledigen. Er nutzt die Wohnung nicht zu Erholungszwecken.
Die Marktgemeinde S ist eine Tourismusgemeinde der Ortsklasse C.

III. Rechtliche Beurteilung

III.1. Gesetzliche Grundlagen

III.1.1. Die maßgeblichen Bestimmungen des Tourismusabgabe-Gesetz 1991, LGBl. Nr. 53/1991 idF LGBl. Nr. 117/2012, lautet auszugsweise wie folgt:

„§ 1
Tourismusabgabe; Tourismusförderungsbeitrag

(1) Die Tourismusgemeinden (§ 1 Z 2 Oö. Tourismus-Gesetz 1990) haben zur Deckung des Aufwands für die Tourismusförderung durch Verordnung des Gemeinderats

1. eine Tourismusabgabe zu erheben und
2. einen Anteil des Ertrags aus dieser Tourismusabgabe an den jeweiligen Tourismusverband (Kurverband) als Tourismusförderungsbeitrag zu leisten.

(2) Die Höhe des Tourismusförderungsbeitrags beträgt:

1. 95 % der nach Abzug der Prüfpauschale (§ 6a Abs. 3) verbleibenden Erträge aus der Tourismusabgabe gemäß § 2 Abs. 1 lit. a und Abs. 1a;
2. 95% der Erträge aus der Tourismusabgabe gemäß § 2 Abs. 1 lit. b.

(3) Der Tourismusförderungsbeitrag ist von den jeweils bis zum Monatsletzten eingegangenen Abgabenerträgen zu berechnen und bis zum 15. des Folgemonats zu überweisen.

§ 2
Abgabenpflicht

(1) Der Abgabenpflicht unterliegen alle Personen, die in einer Tourismusgemeinde

a) in einer Gästeunterkunft (§ 1 Z 4 Oö. Tourismus-Gesetz 1990) oder

b) in einer Ferienwohnung (Abs. 4)

nächtigen und nicht in der Tourismusgemeinde ihren Hauptwohnsitz haben.

(1a) Die Tourismusgemeinden werden ermächtigt, die Tourismusabgabe auch von Personen zu erheben, die aus Anlass der medizinischen Rehabilitation oder

Gesundheitsvorsorge in einer Sonderkrankenanstalt nächtigen und nicht in der Tourismusgemeinde den Hauptwohnsitz haben. Die Festsetzung der Abgabenhöhe und das Einhebungsverfahren richten sich nach den Bestimmungen für Nächtigungen in Gästeunterkünften.

(2) Die Abgabenpflicht beginnt bei Nächtigungen in Gästeunterkünften mit der ersten und endet mit der letzten Nächtigung, spätestens jedoch nach 60 unmittelbar aufeinanderfolgenden Nächtigungen. Bei Nächtigungen in Ferienwohnungen (Abs. 4) beginnt die Abgabenpflicht mit dem Zeitpunkt der Übernahme der Ferienwohnung und endet mit ihrer Aufgabe.

(3) Zur Entrichtung der Abgabe ist bei Nächtigungen in Gästeunterkünften die nächtigende Person selbst, bei Nächtigungen in Ferienwohnungen (Abs. 4) deren Inhaber verpflichtet. Bei einem Wechsel in der Person des Inhabers einer Ferienwohnung teilt sich die Verpflichtung zur Entrichtung der Abgabe auf die einzelnen Monate so auf, daß für jeden Monat ein Zwölftel der Abgabe zu entrichten ist, wobei der Monat, in dem die Übergabe erfolgt, dem neuen Inhaber anzurechnen ist; dies gilt für die erstmalige Übernahme einer neu errichteten Ferienwohnung sinngemäß.

(4) Ferienwohnungen sind Wohnungen (Wohnräume) und sonstige Unterkünfte, die nicht der Deckung eines ganzjährig gegebenen Wohnbedarfes dienen, sondern als Aufenthalt während des Wochenendes, des Urlaubs, der Ferien oder sonst nur zeitweilig als Wohnstätte benutzt werden (Zweitwohnungen); länger als zwei Monate auf Camping- oder Wohnwagenplätzen abgestellte Wohnwagen oder Mobilheime (Dauercamper) gelten als Ferienwohnungen.

§ 3
Höhe der Abgabe

(1) Die Tourismusabgabe ist vom Gemeinderat mit mindestens 0,23 Euro und höchstens 2 Euro je Nächtigung festzusetzen. Sie kann auch nach Gemeindeteilen oder Saisonen unterschiedlich festgesetzt werden, wobei Beginn und Ende einer Saison jeweils mit dem Beginn und Ende eines Kalendermonats festgesetzt werden müssen. Vor der Festsetzung der Höhe der Tourismusabgabe ist der Tourismusverband zu hören.

(2) (...)

(3) (...)

(4) Entfallen (Anm: LGBl.Nr. 117/2012)

(5) Für sämtliche unentgeltliche Nächtigungen hat der Inhaber der Ferienwohnung (§ 2 Abs. 4) eine jährliche Pauschale zu entrichten. Die Verpflichtung des Inhabers einer Ferienwohnung zur Abfuhr der von entgeltlich nächtigenden abgabenpflichtigen Personen zu entrichtenden Tourismusabgabe nach § 6 wird durch die Verpflichtung zur Entrichtung des Pauschales nicht berührt.

(6) Die Höhe des Pauschales gemäß Abs. 5 erster Satz beträgt

a) für Wohnungen (Wohnräume) bis zu 50 m2 Nutzfläche sowie für Dauercamper das 60fache,

b) für Wohnungen über 50 m2 Nutzfläche das 90fache

der für Personen ab dem vollendeten 15. Lebensjahr festgesetzten Abgabe. Wurde die Abgabe unterschiedlich festgesetzt (Abs. 1), so gilt für die Ermittlung des Pauschales der

saisonale Jahresdurchschnitt der für den betreffenden Gemeindeteil festgesetzten Abgabe für Personen ab dem vollendeten 15. Lebensjahr. *(Anm: LGBl.Nr. 117/2012)*

(7) Nutzfläche im Sinne des Abs. 6 ist die gesamte Bodenfläche einer Wohnung mit Ausnahme der Wandstärken und der im Verlauf der Wände befindlichen Durchbrechungen (Ausnehmungen), der Stiegen und Vorhäuser, Windfänge, offene Balkone bzw. Terrassen und der Räume innerhalb einer Wohnung, die für landwirtschaftliche oder berufliche Zwecke spezifisch ausgestattet sind.

§ 4

Abgabenschuld; Fälligkeit

(1) (...)

(2) Die Abgabenschuld für Ferienwohnungen entsteht jeweils mit 1. Dezember für das jeweilige Kalenderjahr. Wird eine Ferienwohnung vor diesem Zeitpunkt aufgegeben, so entsteht die Abgabenschuld mit dem Tag der Aufgabe; gleichzeitig wird die Abgabenschuld fällig.

§ 5

Abgabenbefreiung

(1) Von der Entrichtung der Tourismusabgabe sind befreit:

1. (...)
2. (...)

2a. (...)

3. (...)
4. Personen, die bei Inhabern von Ferienwohnungen unentgeltlich nächtigen;
5. Personen, die im Zusammenhang mit der Ausübung einer Berufstätigkeit bzw. Erwerbstätigkeit eine Zweitwohnung als zeitweilige Unterkunft benötigen (Wochenpendler);
6. (...)
7. (...)

(2) Darüber hinaus kann die Tourismusgemeinde zur Vermeidung unbilliger Härten oder aus sozialen Gründen für bestimmte Personengruppen durch Verordnung eine gänzliche oder teilweise Befreiung von der Abgabenpflicht vorsehen. Hiebei ist neben den in der Personengruppe gelegenen und für eine Befreiung maßgeblichen Umständen auch auf die Dauer und den Zweck des Aufenthaltes in der Tourismusgemeinde sowie auf den Zweck der Tourismusabgabe entsprechend Bedacht zu nehmen. Vor Erlassung einer Verordnung ist der Tourismusverband zu hören. *(Anm: LGBl.Nr. 117/2012)*

(3) Personen, die sich auf einen Befreiungsgrund nach Abs. 1 berufen, haben diesen glaubhaft zu machen.

§ 6

Einhebung und Entrichtung der Abgabe

(1) (...)

(2) (...)

(3) (...)

(4) (...)

(5) Die Inhaberin bzw. der Inhaber einer Ferienwohnung hat die Abgabe an die Tourismusgemeinde unaufgefordert unter Bekanntgabe der der Abgabe zugrunde gelegten Nutzfläche der Ferienwohnung (§ 3 Abs. 7) zu entrichten.

§ 9

Eigener Wirkungsbereich der Gemeinde

Die nach diesem Landesgesetz den Tourismusgemeinden zukommenden Aufgaben sind solche des eigenen Wirkungsbereiches."

III.1.2. Die maßgeblichen Bestimmungen der Tourismusabgabe-Verordnung des Gemeinderates der Marktgemeinde S vom 18.06.2010 lauten auszugsweise wie folgt:

„§ 1

Abgabenerhebung

Zur Deckung des Aufwandes für Tourismusförderung erhebt die Tourismusgemeinde eine Tourismusabgabe von allen Personen, die in der Gemeinde nicht den Hauptwohnsitz haben und in einer der nachstehenden Unterkünfte nächtigen:

1. in einer Gästeunterkunft (§ 1 Z. 4 Oö. Tourismus-Gesetz 1990)
2. in einer Ferienwohnung (§ 2 Abs. 4 Oö. Tourismusabgabe-Gesetz 1991)

§ 2

Höhe der Tourismusabgabe

Die Höhe der Tourismusabgabe wird wie folgt festgelegt:

1. für Personen vom vollendeten 6. bis zum vollendeten 15. Lebensjahr mit 0,15 Euro;
2. für Personen ab dem vollendeten 15. Lebensjahr mi 0,25 Euro.

§ 3

Fälligkeit

(1) Die Abgabe für Nächtigungen in einer Gästeunterkunft wird mit der letzten abgabenpflichtigen Nächtigung fällig.

(2) Als Fälligkeit der von den Unterkunftgebern bzw. Unterkunftgeberinnen an die Tourismusgemeinde abzuführende Tourismusabgabe wird festgelegt:

– bis zum 15. des Folgemonats."

III.1.3. Die maßgeblichen Bestimmungen der Oö. Tourismusgesetz 1990, LGBl. Nr. 81/1989 idF LGBl Nr. 90/2013 lauten auszugsweise wie folgt:

„§1

Begriffsbestimmungen

Im Sinne dieses Gesetzes sind zu verstehen unter:

1. Tourismus: der gesamte vorwiegend der Erholung, der Besichtigung von landschaftlichen Schönheiten, Sehenswürdigkeiten und historischen Stätten, dem Sport, der Volkstumspflege, dem wirtschaftlichen, kulturellen und gesellschaftlichen Leben und dem Vergnügen dienende vorübergehende Aufenthalt von Personen in einer Gemeinde des Landes und der damit zusammenhängende Reiseverkehr;
2. Tourismusgemeinden: Gemeinden, die in die Ortsklasse A, B, C oder „Statutarstadt“ eingestuft sind;

§ 3

Einstufung der Gemeinden in Ortsklassen

(1) Die Landesregierung hat durch Verordnung die Gemeinden in vier Ortsklassen (A, B, C, D) einzustufen. Die Städte Linz, Steyr und Wels bilden die Ortsklasse „Statutarstadt“, sofern nicht auf Grund eines Antrags gemäß Abs. 2 eine Einstufung in eine der Ortsklassen A, B oder C erfolgt. Vor Erlassung dieser Verordnung sind die Gemeinden zu hören.“

III.1.4. Gemäß Anlage 1 der Oö. Ortsklassenverordnung 2015, LGBl. Nr. 97/2014 idgF ist S in der Ortsklasse C eingestuft.

III.1.5. Nach § 279 Abs 1 Bundesabgabenordnung (BAO), BGBl. Nr. 194/1961 idF BGBl. I Nr. 20/2009, hat außer in den Fällen des § 278 BAO das Verwaltungsgericht immer in der Sache selbst mit Erkenntnis zu entscheiden. Es ist berechtigt, sowohl im Spruch als auch hinsichtlich der Begründung seine Anschauung an Stelle jener der Abgabenbehörde zu setzen und demgemäß den angefochtenen Bescheid nach jeder Richtung abzuändern, aufzuheben oder die Bescheidbeschwerde als unbegründet abzuweisen.

III.2. In rechtlicher Hinsicht ist Folgende auszuführen:

Der Bf hat seinen Hauptwohnsitz O und ging bis zum Jahr 2010 eine kaufmännische Tätigkeit nach. Zudem ist er Hälfteeigentümer und alleiniger Betriebsführer eines land- und forstwirtschaftlichen Betriebs in der vom Hauptwohnsitz ca. 200 km entfernten Tourismusgemeinde S. Für die am Betrieb in S befindliche Wohnung wurde dem Bf eine Tourismusabgabe (Pauschale für Ferienwohnung) festgesetzt.

Der Bf bringt in der Beschwerde vor, dass die gegenständliche Wohnung keine Ferienwohnung darstelle, sondern es sich um einen land- und forstwirtschaftlichen Betrieb handle. Er führe den Betrieb nicht als Hobbybetrieb, da ihm ein solches Hobby schon aufgrund seiner Gehbehinderung unmöglich wäre. Zudem sei das Betriebsergebnis nur aufgrund seiner Behinderung und der dadurch entstehenden Kosten für Fremdarbeit negativ.

Zu beurteilen ist die Frage, inwieweit diese Wohnung auf dem land- und forstwirtschaftlichen Betrieb des Bf unter Bedachtnahme auf die Umstände des gegenständlichen Sachverhalts eine Ferienwohnung darstellt und in der Folge einer Tourismusabgabe (Tourismuspauschale) zu unterwerfen ist.

III.2.1. Als Ferienwohnungen gelten gemäß § 2 Abs 4 Oö. Tourismusabgabe-Gesetz 1991 Wohnungen bzw. Wohnräume und sonstige Unterkünfte, die nicht der Deckung eines ganzjährig gegebenen Wohnbedarfes dienen, sondern als Aufenthalt während des Wochenendes, des Urlaubs, der Ferien oder sonst nur zeitweilig als Wohnstätte benutzt werden (Zweitwohnungen).

In Zusammenschau mit der Definition der Nutzfläche in § 3 Abs 7 ist erkennbar, dass Wohnungen auf landwirtschaftlichen Betriebe nicht per se aus dem Begriff „Ferienwohnung“ ausgenommen sind. In der Nutzflächendefinition hat der Gesetzgeber im Speziellen die „spezifisch für landwirtschaftliche Zwecke ausgestatteten Räume“ ausgenommen. Daraus muss e contrario geschlossen werden, dass solche nicht spezifisch für landwirtschaftliche Zwecke ausgestatteten Räume in die Bemessungsgrundlage miteinzubeziehen sind, auch wenn sie sich auf einem landwirtschaftlichen Betrieb befinden.

Daher kann eine Wohnung, die sich auf einem landwirtschaftlichen Betrieb befindet, grundsätzlich unter den Begriff „Ferienwohnung“ fallen.

Der Bf nächtigt nur wenige Tage im Jahr am landwirtschaftlichen Betrieb. Er hat diesen 1986 gemeinsam mit seiner Frau durch Kaufvertrag erworben und seit 1987 dort seinen Nebenwohnsitz gemeldet. Es handelt sich daher um eine Wohnung, die nur zeitweilig als Wohnstätte benutzt wird und nicht der Deckung eines ganzjährig gegebenen Wohnbedarfes dient. Die Wohnung am landwirtschaftlichen Betrieb in x erfüllt daher den Begriff „Ferienwohnung“.

III.2.2. Zur Ausnahme von der Abgabepflicht

Gemäß § 5 des Oö. Tourismusabgabe-Gesetz 1991 sind Personen, die im Zusammenhang mit der Ausübung einer Berufstätigkeit bzw. Erwerbstätigkeit eine Zweitwohnung als zeitweilige Unterkunft benötigen (Wochenpendler), von der Abgabepflicht befreit.

Fraglich ist, inwieweit diese Befreiung auf die Ferienwohnung am landwirtschaftlichen Betrieb des Bf zutrifft, welche er einige Tage im Jahr für seine Tätigkeit im Zusammenhang mit seinem land- und forstwirtschaftlichen Betrieb nützt.

Nach den Materialien zum Oö. Tourismusabgabe-Gesetz 1991 sei eine generelle Abgabenbefreiung für Nächtigungen aus Anlass der Berufsausübung nicht vorgesehen, da sie mit den Intentionen des Oö. Tourismusgesetzes 1990 nicht vereinbar wäre (BlgOöLT AB 432/1991, 23. GP 4).
Die Materialien nehmen dabei Bezug auf das Oö. Tourismusgesetz, in welchem der dem „wirtschaftlichen Leben“ dienende vorübergehende Aufenthalt als Tourismus definiert wird. Darunter ist beispielsweise der Besuch von Messen und ähnlichen Veranstaltungen, die Besorgung von Einkäufen, die Anbahnung und der Abschluss von Geschäften, die Teilnahme an Tagungen und Kongressen etc. zu verstehen (BlgOöLT AB 300/1989, 23. GP 4).

Da jedoch der gesamte „dem wirtschaftlichen Leben dienende vorübergehende Aufenthalt“ im Tourismusabgabegesetz nicht geregelt werden konnte, wurde darüber hinaus eine Verordnungsermächtigung für die Gemeinden geschaffen (vgl. BlgOöLT AB 432/1991, 23. GP 4).
Von dieser Verordnungsermächtigung hat die Marktgemeinde S bisher keinen Gebrauch gemacht.
Der vorliegende Sachverhalt ist daher alleine anhand des Oö. Tourismusabgabegesetzes 1991 zu beurteilen.

Darin ist eine Befreiung für Personen vorgesehen, welche im Zusammenhang mit der Ausübung einer Berufstätigkeit bzw. Erwerbstätigkeit eine Zweitwohnung als zeitweilige Unterkunft benötigen. Zur Konkretisierung wird in Klammer der Wochenpendler angeführt.
Aus dieser Darstellung lässt sich schließen, dass der Gesetzgeber jedenfalls jene Personen von der Abgabe befreien wollte, welche in der Tourismusgemeinde nur deshalb eine Zweitwohnung bewohnen, weil diese in räumlicher Nähe zum Ort ihrer Erwerbstätigkeit liegt, wo aufgrund der dort anfallenden Arbeit die persönliche Anwesenheit dieser Person nötig ist und ein tägliches Pendeln vom Arbeitsort zum Hauptwohnsitzort nicht zumutbar ist. Nicht unter diese Ausnahme fallen beruflich bedingte Aufenthalte auf Messen, Kongressen, Tagungen und ähnlichen Veranstaltungen.

Für den zu beurteilenden Sachverhalt bedeutet dies, dass die Befreiung dann zutrifft, wenn der Bf die Zweitwohnung für die Ausübung einer Berufs- bzw. Erwerbstätigkeit benötigt, er am Arbeitsort persönlich anwesend sein muss und ihm ein Pendeln zum Hauptwohnsitzort nicht zumutbar ist, und es sich dabei nicht

um einen (beruflich bedingten) Aufenthalt auf einer Messe, Tagung oder sonstigen Veranstaltung handelt.

Der Beschwerdeführer war im Abgabenzeitraum Betriebsführer eines land- und forstwirtschaftlichen Betriebs mit einer Gesamtfläche von knapp 7,5 ha und hat in diesem Zeitraum Einnahmen durch Holzverkauf erzielt. Für die Beurteilung einer Erwerbstätigkeit kommt es drauf an, ob es sich um eine nachhaltige Tätigkeit handelt, welche die Schaffung von Einkünften in Geld oder Güterform bezweckt und aus der ständigen Wiederholung eine Erwerbsquelle erschlossen werden soll (VwGH 11.12.1992, 88/17/0104 zum Oö. Fremdenverkehrsgesetz 1965). Auch die Verwaltung eines Forstgutes ist als Erwerbstätigkeit zu verstehen (VwGH 18.3.1994, 92/17/0071). Dasselbe gilt, wenn diese Tätigkeit nur im Nebenerwerb ausgeführt wird (VwGH 18.3.1994, 92/17/0077).
Der Bf verfolgt das Ziel, langfristig zumindest mit der Bewirtschaftung des Waldes, welcher den Großteil seines Betriebs darstellt, einen Überschuss und somit eine Einkommensquelle zu erzielen. Für die Zukunft zieht er die Haltung von Weidegänsen in Erwägung. Der land- und forstwirtschaftliche Betrieb war im Abgabenzeitraum nicht verpachtet sondern wurde vom Bf selbst bewirtschaftet, wenngleich der Bf Arbeiten, insbesondere das Einbringen des Holzes, an andere Personen gegen Entgelt in Auftrag gegeben hat. Dass aufgrund der Gehbehinderung des Bf im Ausmaß von 80% und der damit verbundenen notwendigen Ausgaben für die Lohnarbeit tatsächlich kein Gewinn aus der Land- und Forstwirtschaft erzielt wird, beruht auf diesen besonderen Umständen der körperlichen Einschränkung der Arbeitskraft. Dies ändert jedoch nichts an der Eigenschaft der land- und forstwirtschaftlichen Tätigkeit als Erwerbstätigkeit, da sie (ihrem Typus nach) die Schaffung von Einkünften in Geld bezweckt (vgl VwGH 03.07.2002, 2002/08/0013). Zudem kann ein land- und forstwirtschaftlicher Betrieb im Ausmaß von ca. 7,5 ha Grundfläche, welcher mehr als 5 ha Waldfläche beinhaltet, im Regelfall auch als gewinnbringende Erwerbsquelle geführt werden.

Der Bf verbringt nur wenige Tage im Jahr am Hof, und zwar nicht für Zwecke der Freizeitgestaltung, sondern zur Erledigung notwendiger Arbeiten am Betrieb. Sein Hauptwohnsitz befindet sich in einer Entfernung von rund 200 km, weshalb der Bf in der gegenständlichen Wohnung am Betrieb nächtigt.
Er benötigt daher die Wohnung als zeitweilige Unterkunft im Zusammenhang mit seiner Erwerbstätigkeit, da ihm ein tägliches Pendeln zum Arbeitsort aufgrund der Entfernung nicht zumutbar ist. Zudem liegt es in der Natur einer Land- und Forstwirtschaft, dass die dafür erforderlichen Arbeiten vor Ort zu erledigen sind.
Bei den Nächtigungen am Betrieb handelt es sich auch nicht um (beruflich bedingte) Aufenthalte zur Teilnahme an einer Messe, Tagung oder sonstigen Veranstaltung, weshalb hier die Ausnahmeregelung zum Tragen kommt.

Somit ist für den Bf der Tatbestand der Abgabenbefreiung gemäß § 5 Abs 1 Z 5 Oö. Tourismusabgabegesetz 1991 erfüllt und der Bescheid war ersatzlos zu beheben.

Auf das Vorbringen des Bf betreffend eine Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes nach Art. 7 BV-G aufgrund seiner körperlichen Behinderung war deshalb nicht weiter einzugehen.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

IV. Zulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist zulässig, da es bisher keine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs zur Frage gibt, inwieweit eine Zweitwohnung auf einem land- und forstwirtschaftlichen Betrieb bei gleichzeitiger eigener Bewirtschaftung des Betriebs unter den Tatbestand einer Ferienwohnung iSd § 2 Abs 4 Oö. Tourismusabgabegesetz 1991 bzw. unter den Ausnahmetatbestand des § 5 Abs 1 Z 5 Oö. Tourismusabgabegesetz 1991 fällt und diese Frage eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung darstellt.

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

Gegen dieses Erkenntnis besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer ordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin oder durch einen bevollmächtigten Steuerberater oder Wirtschaftsprüfer bzw. eine bevollmächtigte Steuerberaterin oder Wirtschaftsprüferin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann.

H i n w e i s

Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer außerordentlichen Revision sind unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Brandstetter