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

Geschäftszeichen:
LVwG-450836/15/Kü/VEP

Datum:
Linz, 18. Jänner 2023

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Kühberger über die Beschwerde der I. GmbH, X, X, vertreten durch Rechtsanwalt Mag. M. M., X, X, gegen den Bescheid des Bürgermeisters der Stadt Linz und des Magistrats der Stadt Linz vom 17.12.2020, GZ: 0051434/2019 AS KF, betreffend Festsetzung der Freizeitwohnungspauschale samt Zuschlag für die Kalenderjahre 2019 und 2020, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 15.07.2021

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird stattgegeben und der angefochtene Bescheid wird ersatzlos aufgehoben.

II. Gegen diese Entscheidung ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. Der Bürgermeister der Stadt Linz und der Magistrat der Stadt Linz (in der Folge: belangte Behörden) setzten mit Bescheid vom 17.12.2020, GZ: 0051434/2019 AS KF, gegenüber der Beschwerdeführerin (in der Folge: Bf) für zwei Wohnungen an der Adresse X und zwei Wohnungen an der Adresse X, mit jeweils im Bescheid angegebenen Nutzflächen, die Freizeitwohnungspauschale für die Jahre 2019 und 2020 in der Höhe von insgesamt 681 Euro und den Zuschlag zur Freizeitwohnungspauschale für die gleichen Jahre in Höhe von insgesamt 1.341 Euro fest.

I.2. Dagegen wurde von der Bf rechtzeitig Beschwerde erhoben. Mit Beschwerdevorentscheidung vom 02.04.2021, GZ: 0051434/2019 AS KF, wurde der Beschwerde insofern stattgegeben, als die Freizeitwohnungspauschale sowie der Zuschlag zur Freizeitwohnungspauschale für das Jahr 2019 nur mehr für das Objekt X und die Freizeitwohnungspauschale und der Zuschlag anteilig für das Jahr 2020 für die Objekte X und X festgesetzt wurden. Überdies wurde in der Beschwerdevorentscheidung ein zweiprozentiger Säumniszuschlag für den nicht fristgerecht entrichteten Zuschlag zur Freizeitwohnungspauschale für das Jahr 2020 (Berechnungsgrundlage 54 Euro + 198 Euro in Summe 252 Euro) in Höhe von 5,04 Euro festgesetzt.

I.3. Aufgrund des rechtzeitig eingebrachten Vorlageantrages entschied das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich mit Erkenntnis vom 23.02.2022, GZ: LVwG-450836/6/Kü/Ka, und gab der Beschwerde insofern statt als die Freizeitwohnungspauschale samt Zuschlag (nur mehr) für das Objekt X für das Jahr 2020 und für das Objekt X für die Jahre 2019 und 2020 festgesetzt wurde. Dazu führte das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich aus, dass das Objekt X der Berufsausübung diene und das Objekt X im verfahrensgegenständlichen Zeitraum durchgehend als Hauptwohnsitz von der Mieterin genutzt worden wäre, sodass keine Festsetzung der Freizeitwohnungspauschale samt Zuschlag zu erfolgen habe. Hinsichtlich der Festsetzung der Freizeitwohnungspauschale samt Zuschlag betreffend das Objekt X wurde begründend ausgeführt, dass im Jahr 2020 für den Zeitraum von mehr als 26 Wochen weder ein Hauptwohnsitz gemeldet gewesen sei noch ein solcher faktisch bestanden habe und auch kein sonstiger Ausnahmegrund des § 54 Abs. 2 Oö. Tourismusgesetz 2018 als erfüllt zu werten sei. Hinsichtlich der Festsetzung der Freizeitwohnungspauschale samt Zuschlag betreffend das Objekt X wurde im Wesentlichen begründend ausgeführt, dass die Herbeiführung einer Änderung des Bebauungsplans nicht bedeute, dass baubehördliche Bewilligungen vorliegen würden, die allenfalls zu einer Unterbrechung der 26-Wochen-Frist des § 54 Abs. 2 Z 2 Oö. Tourismusgesetz 2018 führen würden. Die Begriffsbestimmung „Wohnung“ im GWR-Gesetz sei vom WEG 2002 übernommen worden, wobei im WEG 2002 der Begriff „Wohnung“

entsprechend der dazu ergangenen Judikatur umschrieben werde und insbesondere auch eine vorübergehende und durch Sanierungsmaßnahmen behebbare (momentane) Unbenützbarkeit der Qualifikation als „Wohnung“ nicht schade.

I.4. Dieses Erkenntnis wurde aufgrund der Erkenntnisbeschwerde der Bf mit Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes vom 19.09.2022, E 979/2022, aufgehoben. Begründend wurde dazu unter Verweis auf das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshof vom 23.06.2022, E 710/2021, im Wesentlichen festgehalten, dass nach dem System des § 54 Oö. Tourismusgesetz 2018 die Abgabenbehörde bzw. das Verwaltungsgericht für eine Wohnung, die länger als 26 Wochen keinen Hauptwohnsitz darstelle und nicht den in § 54 Abs. 2 Z 3 leg. cit. genannten Zwecken überwiegend diene, zunächst vom Bestehen einer Abgabepflicht ausgehen könne. Aus der verfassungskonformen Auslegung des § 54 Abs. 1 und Abs. 2 Oö. Tourismusgesetz 2018 ergebe sich jedoch, dass eine Freizeitwohnung dann nicht vorliege und daher eine Abgabepflicht für solche Wohnungen nicht eintreten könne, wenn keine Umstände ersichtlich seien, die eine Nutzung der Wohnung für Freizeitzwecke indizieren und eine solche nach der Lage des Falles auszuschließen sei.

I.5. Im fortgesetzten Verfahren wurde den Parteien mit Schreiben ON 14 u.a. mitgeteilt, dass das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vorläufig davon ausgeht, dass im vorliegenden Fall keine Freizeitwohnsitznutzung gegeben sei. Weiters wurde den Parteien mit diesem Schreiben freigestellt, ein allfälliges ergänzendes Vorbringen zu erstatten. Seitens der rechtsfreundlich vertretenen Bf wurde mitgeteilt, dass kein weiteres, ergänzendes Vorbringen erstattet wird. Von den belangten Behörden erfolgten keine Stellungnahmen.

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 15.07.2021, an welcher ein Vertreter der Bf in Begleitung der Rechtsvertretung sowie ein Vertreter der belangten Behörden teilgenommen haben.

Es steht demnach folgender Sachverhalt fest:

Punkt „Zweitens“ des Gesellschaftsvertrages der Bf in der Fassung vom 01.12.2010 lautet wie folgt:

„Gegenstand des Unternehmens ist:

a) die Ausübung der Gewerbe eines Immobilienmaklers der Immobilienverwaltung, der Vermögensberatung, des Versicherungsmaklers und Versicherungsberaters;
b) die treuhändige Abwicklung von Immobiliengeschäften; der An- und Verkauf von unbebauten und bebauten Grundstücken; die Adaptierung und Neuerrichtung von Objekten, besonders die Altstadterneuerung;

die Schaffung von Wohnungseigentum;
die Bestandgabe und der Verkauf von geschaffenen Wohn- und Geschäftsräumlichkeiten;
der Verkauf von Anteilsscheinen; die Anschaffung, Bestandgabe und Weiterveräußerung von beweglichen Sachen (Waren und Einrichtungen) und Liegenschaften;
die Gesellschaft ist berechtigt alle damit in Zusammenhang stehenden Nebengeschäfte zu tätigen und Geschäfte aller Art abzuschließen, die dem Gesellschaftszweck unmittelbar oder mittelbar dienen;

c) der Handel mit Waren aller Art, insbesondere mit Immobilien
d) Die Gesellschaft ist berechtigt, sich an Unternehmen mit gleichem oder ähnlichem Gegenstand zu beteiligen.“

Die Bf ist grundbücherliche Eigentümerin der Grundstücke Nr. X und X, je KG X, auf denen die Gebäude mit den Liegenschaftsadressen X und X, X, situiert sind. In beiden Gebäuden befinden sich eine Reihe von Wohnungen, die im Gebäude- und Wohnungsregister eingetragen sind.

Im Bestandsobjekt X hat im Jahr 2020 bis 17.06.2020 eine Hauptwohnsitzmeldung bestanden. Ab diesem Zeitpunkt war im Jahr 2020 für dieses Objekt keine Person mit Hauptwohnsitz gemeldet, wobei sich die Bf im zweiten Halbjahr 2020 intensiv um eine Neuvermietung bemühte.

Das Bestandsobjekt x ist seit 01.03.2018 an Herrn G. H. vermietet. Der Mieter war im Zeitraum von 01.03.2016 bis 22.03.2020 bei einem Einzelunternehmer, der in Linz eine Bar betreibt, als Kellner beschäftigt. Um den Beruf als Kellner ausüben zu können, wurde die Wohnung von Herrn H. am 01.03.2018 angemietet. Nachdem das besagte Dienstverhältnis aufgrund des Lockdowns einvernehmlich aufgelöst wurde, war Herr H. weiter auf Arbeitssuche in Linz, wobei er die Wohnung zu diesen Zwecken weiter benutzte. Mit 30.11.2020 meldete Herr H. den Hauptwohnsitz im Bestandsobjekt X an.

Beim Bestandsobjekt X war in den Jahren 2019 und 2020 eine Person durchgehend mit Hauptwohnsitz gemeldet.

Beim Bestandsobjekt X handelt es sich um eine Dachgeschosswohnung. Die Bf beabsichtigt eine Aufstockung des Gebäudes und hat aus diesem Grund im Jahr 2017 bei der Baubehörde die Änderung des Bebauungsplanes angeregt. Aus diesen Gründen war die Dachgeschosswohnung im Zeitraum 2019, 2020 nicht vermietet.

II.2. Der unter Punkt II.1. festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem vorliegenden Verfahrensakt sowie dem schriftlichen Vorbringen der Bf und den Ausführungen in der mündlichen Verhandlung.
Die Feststellungen hinsichtlich des Gesellschaftszweckes der Bf ergeben sich aus dem vorliegenden Gesellschaftsvertrag.

Aus dem Zentralen Melderegister ergibt sich, dass die Wohnung X in den Jahren 2019 und 2020 einen Hauptwohnsitz gebildet hat. Zudem steht aufgrund der Meldedaten im Zentralen Melderegister und den Angaben der Bf fest, dass in der Wohnung X der Mieter erst ab 30.11.2020 mit Hauptwohnsitz gemeldet war und der Mieter der Wohnung X mit 17.06.2020 eine Abmeldung des Hauptwohnsitzes vorgenommen hat.
Aus den von der Bf, insbesondere mit Schreiben ON 4, vorgelegten Unterlagen folgt zudem für das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich, dass sich die Bf im zweiten Halbjahr 2020 durch die Hausverwaltung intensiv um eine Neuvermietung des Objektes X bemühte.
Die Feststellung über die Beschäftigungsverhältnisse des Mieters der Wohnung X ergibt sich aus den von der Bf im Zuge des Beschwerdeverfahrens vorgelegten Unterlagen. Daraus ist ersichtlich, dass der Mieter in Linz als Kellner tätig war und eigenen Angaben zu Folge die Wohnung für die Berufsausübung, aber auch für die nach einvernehmlicher Auflösung notwendige Jobsuche in Linz, benötigte. An diesen Angaben bestehen insgesamt keine Zweifel. Im Übrigen erscheint es für das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich nachvollziehbar, dass aufgrund einer beruflichen Tätigkeit als Kellner in Linz auch eine Wohnung in Linz benötigt wird, um weitere Pendlerfahrten zu vermeiden.

Dass es in Bezug auf das Objekt X zu einer Änderung des Bebauungsplans kommt, ergibt sich aus den von der Bf in der Beschwerde vorgelegten Unterlagen. Dass das verfahrensgegenständliche Objekt nach der Änderung des Bebauungsplans gemeinsam mit dem Dachausbau neu gestaltet werden soll und daher bis dahin frei bleiben muss, folgt für das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich aus den Angaben der (zur vollständigen und wahrheitsgemäßen Offenlegung im Abgabenverfahren verpflichteten) Bf (vgl. dazu *Ritz/Koran*, BAO[7], § 115 Rz 7) an den sich im Übrigen aus dem vorliegenden Akt keine Zweifel ergeben haben.

III. Rechtliche Beurteilung:

III.1. Gemäß § 54 Abs. 2 Oö. Tourismusgesetz 2018 liegt eine abgabepflichtige Freizeitwohnung grundsätzlich dann vor, wenn diese in das Gebäude- und Wohnungsregister eingetragen ist, länger als 26 Wochen keinen Hauptwohnsitz darstellt und nicht überwiegend zu den in Z 3 genannten Zwecken benötigt wird.

Wie sich aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt, waren die Objekte X und X im verfahrensgegenständlichen Zeitraum in das Gebäude- und Wohnungsregister eingetragen, stellten länger als 26 Wochen keinen Hauptwohnsitz dar und wurden auch nicht überwiegend zu den in § 54 Abs. 2 Z 3 Oö. Tourismusgesetz 2018 genannten Zwecken benötigt. Während sich die Bf hinsichtlich des Wohnobjektes X durch die Hausverwaltung intensiv um eine Vermietung bemühte, fand im

Hinblick auf das Objekt X als Dachgeschosswohnung keine Vermietung statt, da eine Aufstockung des Gebäudes geplant ist.

III.2. Der Verfassungsgerichtshof führt in seiner Entscheidung vom 19.09.2022, E 979/2022, aus, dass in verfassungskonformer Auslegung des § 54 Oö. Tourismusgesetz 2018 eine Abgabepflicht dann nicht entstehen könne, wenn keine Umstände ersichtlich seien, die eine Freizeitwohnsitznutzung indizieren und somit eine solche nach der Lage des Falles auszuschließen sei. Ein solcher Fall liege nach Ansicht des Verfassungsgerichtshofes etwa auch vor, wenn eine in der Vergangenheit laufend vermietete Wohnung nach Auszug des Mieters trotz ernsthafter Vermietungsabsicht und nach intensiver Bemühungen vom Vermieter längere Zeit nicht vermietet werden kann. Gleiches gilt für ein Objekt, für das eine Vermietung im Hinblick auf einen ernsthaft beabsichtigten Umbau nicht vorgenommen wird.

III.3. Unter Zugrundelegung der dargestellten Rechtsansicht des Verfassungsgerichtshofes ergibt sich daher, dass die verfahrensgegenständlichen Objekte X und X keine der Abgabepflicht unterliegenden Freizeitwohnungen darstellen.

Da im verfahrensgegenständlichen Zeitraum das Objekt X überwiegend zur Berufsausübung benötigt wurde und das Objekt X in den Jahren 2019 und 2020 einen Hauptwohnsitz bildete, liegen diesbezüglich ebenfalls keine der Abgabepflicht unterliegenden Freizeitwohnungen vor.

III.4. Es ist somit spruchgemäß zu entscheiden.

Zu dem in der Beschwerdevorentscheidung erstmals festgesetzten Säumniszuschlag ist im Übrigen Folgendes anzumerken:

Sache des Beschwerdeverfahrens ist die Angelegenheit, über die im Spruch des angefochtenen Bescheides abgesprochen worden ist.
Aufgrund einer Beschwerde kann die belangte Behörde in der Beschwerdevorentscheidung gemäß § 263 Abs. 1 BAO den angefochtenen Bescheid nach jeder Richtung abändern, diesen aufheben oder die Bescheidbeschwerde als unbegründet abweisen. Sie ist aber dabei stets an die Sache des Beschwerdeverfahrens gebunden. Vorliegend ist Gegenstand des angefochtenen Bescheides die Festsetzung der Freizeitwohnungspauschale und des Zuschlags zur Freizeitwohnungspauschale für die Jahre 2019 und 2020 für bestimmte Wohnungen.

Gemäß § 263 Abs. 3 BAO wirkt eine Beschwerdevorentscheidung wie ein Beschluss (§ 278) bzw. ein Erkenntnis (§ 279) über die Beschwerde. Im Zuge einer Abänderung des angefochtenen Bescheides iSd § 279 BAO darf weder ein Bescheidadressat noch eine Abgabenart ausgetauscht oder erweitert werden. Dies

hat gemäß § 263 Abs. 3 BAO gleichermaßen auch für die Erlassung der Beschwerdevorentscheidung durch die belangte Behörde zu gelten.

Die bescheidmäßige Vorschreibung des Säumniszuschlages wurde nach der Aktenlage erstmals im Spruch der Beschwerdevorentscheidung bewirkt. Die Festsetzung eines Säumniszuschlages ist daher nicht Sache des Beschwerdeverfahrens. Der belangten Behörde ist es aber verwehrt, in der Beschwerdevorentscheidung erstmals einen Säumniszuschlag auszusprechen, der vom angefochtenen Bescheid nicht umfasst war. Diesbezüglich hätte ein gesonderter Festsetzungsbescheid zu ergehen.

Durch die Entscheidung des Landesverwaltungsgerichts in der Sache selbst iSd § 279 Abs. 1 BAO ist die Wirksamkeit der Beschwerdevorentscheidung beendet. Diese Rechtsfolge trifft sohin auch den erstmals in der Beschwerdevorentscheidung festgesetzten Säumniszuschlag. Im gegenständlichen Verfahren ist sohin ein Säumniszuschlag nicht rechtswirksam festgesetzt.

IV. Die ordentliche Revision ist unzulässig, da die Beurteilung der entscheidungswesentlichen Rechtsfrage der Abgabepflicht nach § 54 Abs. 1 und Abs. 2 Oö. Tourismusgesetz 2018 entsprechend der für dieses Verfahren verbindlich festgelegten Rechtsansicht des Verfassungsgerichtshofes (vgl. VfGH 19.09.2022, E 979/2022) anhand der konkreten Umstände des vorliegenden Einzelfalles erfolgte. Es liegen auch keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

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

Gegen diese Entscheidung besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen 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 müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Die Abfassung und Einbringung der 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, soweit nicht gesetzlich etwas anderes bestimmt ist.

H i n w e i s

Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof sind innerhalb der Rechtsmittelfrist unmittelbar beim Verfassungsgerichtshof einzubringen. Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer außerordentlichen Revision an den Verwaltungsgerichtshof sind innerhalb der Rechtsmittelfrist unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Kühberger