



An das
Amt der Tiroler Landesregierung
Verfassungsdienst
Eduard-Wallnöfer-Platz 3
6020 Innsbruck

E-Mail: verfassungsdienst@tirol.gv.at

**Entwurf eines Gesetzes über die Erhebung einer Zweitwohnsitzabgabe
(Tiroler Zweitwohnsitzabgabegesetz – TZWAG)**

GZ: VD-85/3-2019

Referent: RA Dr. Michael Sallinger, LL.M

Innsbruck, am 12. März 2019

Sehr geehrte Damen und Herren!

Die Tiroler Rechtsanwaltskammer dankt für die Übermittlung des Entwurfes eines Gesetzes über die Erhebung einer Zweitwohnsitzabgabe und erstattet in offener Frist nachstehende

STELLUNGNAHME:

1. Anlass

Mit Schreiben des Amtes der Tiroler Landesregierung, Verfassungsdienst, VD-85/3-2019 wurde der Entwurf eines Gesetzes über die Erhebung einer Zweitwohnsitzabgabe zur Begutachtung ausgesendet (VD-85/3-2019).

**DIE TIROLER
RECHTSANWÄLTE**

Wir sprechen für Ihr Recht

2. Anlass

2.1. Inhalt

Der „Gesetzesentwurf über die Erhebung einer Zweitwohnsitzabgabe“ kann nicht „isoliert“ betrachtet werden, sondern stellt – vielmehr – einen Teil des „Raumordnungspaketes“ dar, zu dessen Umsetzung sich die Tiroler Landesregierung zur Jahreswende 2019 verstanden hat.

Der vorliegende Gesetzesentwurf wurde mit Schreiben vom 11.02.2019 versandt und einem allgemeinen Begutachtungsverfahren unterzogen.

Inhaltlich wird mit dem vorliegenden Gesetz eine weitere „ausschließliche“ Gemeindeabgabe geschaffen.

Die Neuschöpfung der Abgabe bestehe darin, einen abgabenrechtlichen Tatbestand zu schaffen, der der Gemeinde als ausschließliche Gemeindeabgabe zukomme.

Ausgehend von der Vorjudikatur des Verfassungsgerichtshofes (ua V11/09) werden die Zweitwohnsitzabgaben als aufwandsbezogene Steuern qualifiziert, deren Ziel es ist, die in der Einkommensverwendung für den Lebensbedarf zum Ausdruck kommende wirtschaftliche Leistungsfähigkeit zu erfassen (erläuternde Bemerkungen, allgemeiner Teil).

2.2. Einordnung

Grundsätzlich seien diese **neben** der Tourismusabgabe zulässig; auch wäre „keine“ unzulässige Doppelbesteuerung gegeben, da eine klare Trennung zwischen der Zweitwohnsitzabgabe und der Fremdenverkehrsabgabe gegeben sei.

Während es nämlich das Tiroler Aufenthaltsabgabengesetz 2013 zum Ziel habe, Nüchtingungen im Rahmen des Tourismus zu besteuern, um diese Abgabe den Tourismusverbänden zugutekommen zu lassen, verfolge das ZweitwohnsitzabgabeG das Ziel, einen Ausgleich für Aufwendungen der Gemeinde zu schaffen, die hinsichtlich bestehender Freizeitwohnsitze nicht durch Ertragsanteile kompensiert werden.

3. Zu dem Gesetz als ganzem, zu der gewählten Rechtstechnik

3.1. Begriff des Ferienwohnsitzes

In diesem Zusammenhang darf aber, aus der Sicht des Referenten, **nicht** außer Acht gelassen werden, dass der Abgabegenstand des Entwurfes (§ 1 des Gesetzes) eine **ganz klare** Verbindung zu dem raumordnungsrechtlichen Begriff des „Freizeitwohnsitzes“ schafft und diesen in § 1 Abs. 2 des Entwurfes letztlich auch gleich definiert, wie dies bereits im Tiroler Raumordnungsgesetz (§ 13) der Fall ist.

3.2. Abgabegegenstand

Der Abgabegegenstand besteht nun in der Besteuerung der *Verwendung* eines Wohnsitzes als Freizeitwohnsitz.

Aus generellen rechtlichen Erwägungen erscheint zunächst der Begriff der „Verwendung“ als Abgabegegenstand für eine Steuer schon rein **sprachlich** schlecht gewählt.

Ob nämlich ein Freizeitwohnsitz „verwendet“ wird, hängt – letztlich – von faktischen Tätigkeiten bzw. faktischen Fragestellungen, also von Sachverhaltselementen ab, die einen **weiten** Spielraum dafür aufzeigen, die Steuerpflicht generell zu bestreiten. Wer aber die „Verwendung“ an einen Rechtstitel knüpft, das heißt, Verwendung und Verwendungsrecht miteinander verbindet, stellt auf den **Bestand** einer rechtlich gesicherten oder quasi rechtsähnlichen Benützungsbefugnis ab, die dann genau *kein* Verwenden ist, sondern ein Verfügen dürfen bzw. Verfügen.

Dies ist **nicht bloß** eine Haarspalterei, sondern stellt - in Hinblick auf den strengen Legalitätsgrundsatz, der bei abgabenrechtlichen Bestimmungen gilt, – eine wesentliche Sachfrage dar. Nach der Auffassung des Referenten ist die Bindung an eine Verwendung nicht sinnvoll, und auch im Gesetz in den Fällen der Gebrauchsüberlassung an Dritte nicht gemeint, weil dort auf einen Vertrag oder andere Formen der Übertragung und der Verfügung abgestellt wird.

3.3. Verbindung mit einer Legaldefinition

3.3.1. Zugleich zu berücksichtigen ist, dass Freizeitwohnsitze ja legal definiert sind und es – geht man von dem Umstand bzw. der Auffassung aus, dass ausschließlich rechtskonforme Zustände bestehen, - **nicht mehr** als die tatsächlich rechtmäßig bestehenden Freizeitwohnsitze geben darf, also jene, die etwa aufgrund der Anwendung von Übergangsbestimmungen Freizeitwohnsitze sind, solche, die eine bescheidmäßige Grundlage für deren Nutzung aufweisen können bzw. solche, die rechtzeitig angemeldet und in das entsprechende Verzeichnis eingetragen worden sind.

3.3.2. Alle anderen Freizeitwohnsitze dürfen ja – aufgrund der derzeit bestehenden und diesbezüglich rechtlichen Lage – als solche gar nicht verwendet werden, sodass – aufgrund der gesetzlichen Bestimmungen gedacht, auch die Besteuerung eines in sich verwaltungsrechtlich strafbaren Verhaltens fragwürdig erscheint, weil man ja einen Verstoß gegen gesetzliche Bestimmungen grundsätzlich – aus rechtsstaatlicher Sicht – bestraft bzw. einstellt, nicht aber besteuert.

3.3.3. Insoweit zeigt der Abgabegegenstand des nun vorliegenden Gesetzes **letztlich** das gesamte bestehende Dilemma, das zwischen der Rechtswirklichkeit und der Rechtslage in Tirol in Bezug auf Freizeitwohnsitze besteht. Es ist ein nicht gut gehütetes, sondern lange veröffentlichtes Geheimnis, dass die Anzahl der tatsächlich bestehenden Ferien- bzw. Freizeitwohnsitze bzw. Zweitwohnsitznutzungen wesentlich größer ist, als sie – unter Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen – je hätte werden dürfen bzw. heute ist.

3.3.4. Ferner ist auch die Verbindung mit dem Begriff des Freizeitwohnsitzes insoweit nicht rätlich, als dass alle bereits bekannten Einwendungen und Sachvorträge, warum in einem speziellen Falle gerade keine solche Nutzung gegeben sei, in das Abgabenverfahren übertragen werden, das, zufolge Anwendung der BAO nicht einfacher ist als das Ermittlungsverfahren nach dem AVG.

3.3.5. Wer nun meint, mit dem Zweitwohnsitzabgabegesetz die Möglichkeit zu schaffen, gleichsam „zwei Fliegen mit einer Klappe“ zu schlagen, nämlich **nicht nur** einen neuen Abgabegegenstand einzuführen und solcher Art die Gemeinden finanziell zu entlasten, sondern die Erhebungstätigkeit in Bezug auf das Vorliegen unbewilligter Freizeitwohnsitze und damit rechtlich unzulässiger Freizeitwohnsitznutzungen der Abgabenbehörde zu übertragen, der irrt.

3.4. Ergebnis zu dem Gegenstand des Gesetzes an sich

Aus der Sicht des Referenten wird auch die vorliegende **Abgabe** weder den unmittelbaren Zweck, nämlich einer tatsächlich tragfähigen Steigerung der Gemeindeertragsanteile bzw. des Steueraufkommens für die Gemeinde, **noch** einer Eindämmung der Freizeitwohnsitznutzung bewirken können, sondern – lediglich – im schlechteren Falle zu einem massiven Ansteigen der Finanzverfahren bzw. abgabenrechtlichen Gemeindeverfahren führen.

Abgesehen von dem – aus der Sicht des Referenten – ungünstig gewählten Abgabegegenstand, der schon sprachlich ins Leere geht, erscheint daher auch inhaltlich die Konstruktion der gegenständlichen Abgabe zweifelhaft.

4. Zu weiteren Bestimmungen

4.1. Die in § 3 des Entwurfes vorgesehene generelle Haftung des Grundstückseigentümers erscheint – von vornherein – als fragwürdig, weil dieser ja genau nicht den Freizeitwohnsitz „verwendet“, es wäre denn, es handelt sich um Wohnungseigentum, Häuser, Liegenschaften u.dgl., die zur Gänze als Freizeitwohnsitz verwendet werden.

4.2. Zu berücksichtigen ist, dass Fälle der Niederlassungsfreiheit, die nicht an eine Freizeitwohnsitznutzung gekoppelt sind, sondern eine Berufs-, Niederlassungs-, Dienstleistungs-, oder sonstige Nutzung Gefahr laufen, jedenfalls auch mit dem gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsverbot zu kollidieren.

Auch hier erweist sich das Anknüpfen an den innerstaatlichen Freizeitwohnsitzbegriff aus der Sicht des Referenten als wesentlich kritischer, als ein Anknüpfen an einer vorübergehenden Nutzung als Zweitwohnsitz wäre.

4.3. Die Beschreibung des Überlassens in § 3 Abs. 3 des Entwurfes ist – zudem – nicht ausreichend geregelt, da es längst andere Formen der rechtlich gesicherten Gebrauchsüberlassung als Miete oder Pacht oder sonstige Überlassung gibt und der Begriff der sonstigen Überlassung schrankenlos ist. Überlassen ist, in einem rechtlichen Sinne, aus der Sicht dessen, dem überlassen wurde, auch kein *verwenden*.

4.4. Die subsidiäre Haftung des Eigentümers und Baurechtnehmers erscheint ebenfalls **problematisch**.

4.5. Es darf auch bezweifelt werden, dass die Meldepflicht in § 3 Abs. 4 des Entwurfes häufig „von sich aus“ wahrgenommen wird.

4.6. Die Bestimmungen des § 6 über die Abgabenerklärung sind – in Hinblick auf moderne Erfassung abgabenrechtlicher Tatbestände – als wenig zureichend zu beurteilen und erscheinen, wenn sie nicht durch eine entsprechende Verordnung „verbessert“ werden, schon im Grunde dafür geeignet, entsprechenden unterschiedlichen Verwaltungsbrauch in mehr als 200 Gemeinden zu erfordern.

4.7. Dass man – darüber hinaus – den Gemeinden in § 7 des Entwurfes, den eigenen Wirkungsbereich eröffnet ist zutreffend und entspricht der Konstruktion der Abgabe als ausschließliche Gemeindeabgabe.

Es darf damit aber auch angenommen werden, dass erheblicher finanzieller Aufwand entstehen wird.

5. Stellungnahme

a) Es ist einem Gesetzgeber – im Rahmen der verfassungsgesetzlichen Möglichkeiten – unter Zugrundelegung der Kompetenzverteilung und insbesondere der Bestimmungen der Finanz-Verfassung grundsätzlich unbenommen, von seinem Abgabenerfindungsrecht Gebrauch zu machen, dies vor allem dann, wenn damit öffentliche Zwecke verwirklicht werden sollen, die zB sachlich begründet, im Allgemeininteresse liegend – und damit auch einem solchen Interesse dienlich sind.

b) Dass die Gemeinden – als Trägerin einer Fülle von Aufgaben, gleichwohl aus dem Bereiche der Hoheits- und der Privatwirtschaftsverwaltung, - **erhebliche** zusätzliche Aufwendungen zu tragen haben, wenn in ihnen eine große Zahl von Freizeitwohnsitzen besteht und dass ein angemessenes Entgelt für die Inanspruchnahme der gemeindeseits beizustellenden Infrastruktur mittelbar oder unmittelbar als ein Beitrag der Nutzung der Infrastruktur geleistet werden soll, erscheint als gesetzlicher Zweck durchaus nicht nur verständlich, sondern auch tragfähig.

c) Eindeutig abzulehnen ist aber – auch aus rechtsstaatlicher Sicht – die Verknüpfung des Abgabengegenstandes mit „Freizeitwohnsitzen“ als Rechtsbegriff, der durch ein Auseinanderklaffen zwischen tatsächlicher Lebenswirklichkeit und rechtlicher Situation **derart** von Auslegungs-, Verfahrens- und Erfassungsschwierigkeiten erfasst sein wird, dass dem öffentlichen Zweck kaum genüge getan wird.

d) Zudem:

Wer befürchten muss, durch ein abgabenrechtliches Verfahren zur Erhebung einer Zweitwohnsitzabgabe gleichzeitig das Nutzungsrecht, das ihm eigentlich gar nicht zukommt, zu verlieren, wird – davon darf ausgegangen werden – alles Mögliche unternehmen, sich gegen die abgabenrechtliche Verpflichtung, mit der – gleichsam im Vorbeigehen – auch die Vorfrage der verbotenen Nutzung eines Freizeitwohnsitzes als Vorfrage geklärt werden soll, zur Wehr zu setzen.

e) Wenn man also – aus dem Gesichtspunkt des öffentlichen Interesses – eine Abgabe auf Zweitwohnsitznutzungen einheben möchte, so wäre **diesbezüglich** ein Anknüpfen an den melderechtlichen Tatbeständen wesentlich sinnvoller und eine, sachlich gestufte, wirtschaftlich angemessene und vorausberechnete, maßvolle Besteuerung der Zweitwohnsitznutzung aus der Sicht der Gemeinden wesentlich sinnvoller, als die unglückselige Verbindung der verpönten „Freizeitwohnsitznutzung“ mit einem – neuen – abgabenrechtlichen Tatbestand, der **zudem** schon durch die eigentliche Formulierung des Abgabengegenstandes belastet erscheint.

Damit kann also dem vorliegenden Entwurf in seiner jetzigen Fassung nicht zugestimmt werden.

Mit freundlichen Grüßen
Für die Tiroler Rechtsanwaltskammer
Der Präsident:

Dr. Markus Heis

