

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS
NIILO JÄÄSKINEN
vom 20. Mai 2010¹

I — Einleitung

1. Im Land Vorarlberg (Österreich) werden zwei Sätze der Jagdabgabe angewandt. Für Staatsangehörige von Drittländern gilt ein höherer Satz, während auf Unionsbürger und auf Personen mit Wohnsitz in Österreich ein niedrigerer Satz angewandt wird. Auf zwei schweizerische Staatsangehörige mit Wohnsitz in der Schweiz, die ein Jagdgebiet gepachtet haben, wird auf diese Weise ein höherer Satz als auf Jagdpächter mit Wohnsitz in Österreich angewandt. Gegen diese unterschiedliche Behandlung gingen sie bei der Verwaltung des Landes Vorarlberg unter Berufung auf das Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit (im Folgenden: Abkommen oder Abkommen EG–Schweiz)² vor. Nachdem ihrer Berufung keine Folge gegeben worden war, erhoben sie Klage beim vorlegenden Gericht mit der Begründung, dass der ungünstigere Abgabensatz die Niederlassungsfreiheit verletze, die sie aufgrund des EG-Vertrags genossen. Der Verwaltungsgerichtshof

(Österreich) möchte wissen, ob die Ausübung der Jagd unter den Umständen des Ausgangsverfahrens als selbständige Erwerbstätigkeit im Sinne von Art. 43 EG zu betrachten ist.

II — Rechtlicher Rahmen

A — Das Wiener Übereinkommen

2. Das Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969 (im Folgenden: Wiener Übereinkommen)³ findet nach seinem Art. 1 („Geltungsbereich des Übereinkommens“) auf Verträge zwischen Staaten Anwendung.

1 — Originalsprache: Französisch.
2 — ABl. 2002, L 114, S. 6.

3 — *Recueil des traités des Nations unies*, Bd. 1155, S. 331 (BGBL. 1980/40).

3. Art. 31 („Allgemeine Auslegungsregel“) des Wiener Übereinkommens bestimmt:

„(1) Ein Vertrag ist nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, seinen Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und im Lichte seines Zieles und Zweckes auszulegen.

(2) Für die Auslegung eines Vertrags bedeutet der Zusammenhang außer dem Vertragswortlaut samt Präambel und Anlagen

a) jede sich auf den Vertrag beziehende Übereinkunft, die zwischen allen Vertragsparteien anlässlich des Vertragsabschlusses getroffen wurde;

b) jede Urkunde, die von einer oder mehreren Vertragsparteien anlässlich des Vertragsabschlusses abgefasst und von den anderen Vertragsparteien als eine sich auf den Vertrag beziehende Urkunde angenommen wurde.

...

B — Der EG-Vertrag

4. Art. 43 EG verbietet Beschränkungen der freien Niederlassung von Staatsangehörigen

eines Mitgliedstaats im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats. Nach Art. 43 Abs. 2 EG umfasst die Niederlassungsfreiheit die Aufnahme und Ausübung selbständiger Erwerbstätigkeiten sowie die Gründung und Leitung von Unternehmen.

C — Das Abkommen EG–Schweiz über die Freizügigkeit

1. Das Abkommen

5. Das Abkommen wurde am 21. Juni 1999 in Luxemburg unterzeichnet und trat am 1. Juni 2002 in Kraft. Es gehört zu sieben unterschiedlichen sektoriellen Abkommen, die die Beziehungen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft regeln⁴.

⁴ — Die sieben Abkommen beziehen sich auf die Freizügigkeit, den Luftverkehr, den Güter- und Personenverkehr auf Schiene und Straße, den Handel mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen, die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen, bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens sowie die wissenschaftliche und technologische Zusammenarbeit. Vgl. Beschluss 2002/309/EG, Euratom des Rates und — bezüglich des Abkommens über die wissenschaftliche und technische Zusammenarbeit — der Kommission vom 4. April 2002 über den Abschluss von sieben Abkommen mit der Schweizerischen Eidgenossenschaft (ABl. L 114, S. 1).

6. Art. 1 des Abkommens, der zu dessen Kapitel I gehört, sieht vor:

„Ziel dieses Abkommens zugunsten der Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft und der Schweiz ist Folgendes:

- a) Einräumung eines Rechts auf Einreise, Aufenthalt, Zugang zu einer unselbständigen Erwerbstätigkeit und Niederlassung als Selbständiger sowie des Rechts auf Verbleib im Hoheitsgebiet der Vertragsparteien;
- b) Erleichterung der Erbringung von Dienstleistungen im Hoheitsgebiet der Vertragsparteien, insbesondere Liberalisierung kurzzeitiger Dienstleistungen;

...“

7. Art. 2 („Nichtdiskriminierung“) des Abkommens lautet:

„Die Staatsangehörigen einer Vertragspartei, die sich rechtmäßig im Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei aufhalten, werden bei der Anwendung dieses Abkommens gemäß den Anhängen I, II und III nicht aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit diskriminiert.“

8. Art. 4 des Abkommens bestimmt:

„Das Recht auf Aufenthalt und Zugang zu einer Erwerbstätigkeit wird vorbehaltlich des Artikels 10 nach Maßgabe des Anhangs I eingeräumt.“

9. Art. 5 („Dienstleistungserbringer“) des Abkommens sieht in Abs. 3 vor:

„Natürlichen Personen, die Staatsangehörige eines Mitgliedstaates der Europäischen Gemeinschaft oder der Schweiz sind und sich nur als Empfänger einer Dienstleistung in das Hoheitsgebiet einer Vertragspartei begeben, wird das Einreise- und Aufenthaltsrecht eingeräumt.“

10. Nach Art. 15 des Abkommens sind die Anhänge und Protokolle Bestandteile dieses Abkommens.

11. Art. 16 des Abkommens lautet:

„1. Zur Erreichung der Ziele dieses Abkommens treffen die Vertragsparteien alle erforderlichen Maßnahmen, damit in ihren Beziehungen gleichwertige Rechte und Pflichten wie in den Rechtsakten der Europäischen Gemeinschaft, auf die Bezug genommen wird, Anwendung finden.“

2. Soweit für die Anwendung dieses Abkommens Begriffe des Gemeinschaftsrechts herangezogen werden, wird hierfür die einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung berücksichtigt. Über die Rechtsprechung nach dem Zeitpunkt der Unterzeichnung dieses Abkommens wird die Schweiz unterrichtet. Um das ordnungsgemäße Funktionieren dieses Abkommens sicherzustellen, stellt der Gemischte Ausschuss auf Antrag einer Vertragspartei die Auswirkungen dieser Rechtsprechung fest.“

Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, insbesondere im Hinblick auf Entlohnung, Kündigung und, falls er arbeitslos geworden ist, im Hinblick auf berufliche Wiedereingliederung oder Wiedereinstellung nicht anders behandelt werden als die inländischen Arbeitnehmer.

2. Ein Arbeitnehmer und seine in Artikel 3 dieses Anhangs genannten Familienangehörigen genießen dort die gleichen steuerlichen und sozialen Vergünstigungen wie die inländischen Arbeitnehmer und ihre Familienangehörigen.

...“

2. Anhang I des Abkommens

12. Anhang I („Freizügigkeit“) enthält sieben Kapitel: I. Allgemeine Bestimmungen, II. Arbeitnehmer, III. Selbständige, IV. Erbringung von Dienstleistungen, V. Personen, die keine Erwerbstätigkeit ausüben, VI. Erwerb von Immobilien und VII. Übergangsbestimmungen und Weiterentwicklung des Abkommens.

13. Kapitel II („Arbeitnehmer“) des Anhangs I umfasst u. a. Art. 9 („Gleichbehandlung“), der vorsieht:

„1. Ein Arbeitnehmer, der Staatsangehöriger einer Vertragspartei ist, darf aufgrund seiner Staatsangehörigkeit im Hoheitsgebiet der anderen Vertragspartei hinsichtlich der

14. Kapitel III („Selbständige“) des Anhangs I umfasst fünf Artikel (Art. 12 bis 16). Art. 12 des Anhangs I bestimmt die Voraussetzungen für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis wie folgt:

„1. Ein Staatsangehöriger einer Vertragspartei, der sich zwecks Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit im Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei niederlassen will (im Folgenden ‚Selbständiger‘ genannt), erhält eine Aufenthaltserlaubnis mit einer Gültigkeitsdauer von mindestens fünf Jahren, gerechnet ab dem Zeitpunkt der Erteilung, sofern er den zuständigen nationalen Behörden nachweist, dass er zu diesem Zweck niedergelassen ist oder sich niederlassen will.

2. Die Aufenthaltserlaubnis wird automatisch um mindestens fünf Jahre verlängert, sofern der Selbständige den zuständigen nationalen Behörden nachweist, dass er eine selbständige Erwerbstätigkeit ausübt.

3. Für die Erteilung der Aufenthaltserlaubnisse dürfen die Vertragsparteien vom Selbständigen nur folgende Unterlagen verlangen:

- a) den Ausweis, mit dem er in ihr Hoheitsgebiet eingereist ist;
- b) den in den Absätzen 1 und 2 genannten Nachweis.

4. Die Aufenthaltserlaubnis gilt für das gesamte Hoheitsgebiet des Staates, der sie erteilt hat.

5. Aufenthaltsunterbrechungen, die sechs aufeinanderfolgende Monate nicht überschreiten, sowie eine durch Militärdienst gerechtfertigte Abwesenheit berühren nicht die Gültigkeit der Aufenthaltserlaubnis.

...“

15. Art. 15 („Gleichbehandlung“) des Anhangs I lautet:

„1. Dem Selbständigen wird im Aufnahmestaat hinsichtlich des Zugangs zu einer selbständigen Erwerbstätigkeit und deren Ausübung eine Behandlung gewährt, die nicht weniger günstig ist als die den eigenen Staatsangehörigen gewährte Behandlung

2. Artikel 9 dieses Anhangs gilt sinngemäß für die in diesem Kapitel genannten Selbständigen.“

16. Art. 23 („Dienstleistungsempfänger“) des Anhangs I bestimmt:

„1. Für Aufenthalte von höchstens drei Monaten benötigt der Dienstleistungsempfänger nach Artikel 5 Absatz 3 dieses Abkommens keine Aufenthaltserlaubnis. Für Aufenthalte von mehr als drei Monaten erhält er eine Aufenthaltserlaubnis, deren Gültigkeitsdauer der Dauer der Dienstleistung entspricht. Der Dienstleistungsempfänger kann während der Dauer seines Aufenthalts von der Sozialhilfe ausgeschlossen werden.

2. Die Aufenthaltserlaubnis gilt für das gesamte Hoheitsgebiet des Staates, der sie erteilt hat.“

D — *Regionaler rechtlicher Rahmen*

17. § 2 des Gesetzes des Landes Vorarlberg über das Jagdwesen in der auf das Ausgangsverfahren anwendbaren Fassung⁵ sieht Folgendes vor:

„Verpachtung der Jagd

⁵ — LGBI Nr. 32/1988 mit späteren Änderungen.

(1) Grundlage jeder Jagdausübung ist das Jagdrecht. Es ist mit dem Eigentum an Grund und Boden verbunden und umfasst das Recht, das Wild zu hegen, zu jagen und sich anzueignen....“

18. § 20 dieses Gesetzes lautet:

„Inhalt und Ausübung des Jagdrechts

(1) Die Verpachtung der Jagd kann durch freihändige Vergabe, durch Vergabe aufgrund öffentlicher Ausschreibung oder im Wege einer öffentlichen Versteigerung erfolgen. Die Jagdverfügungsberechtigten müssen bei der Verpachtung der Jagd auf eine den Grundsätzen des § 3 entsprechende Ausübung des Jagdrechts bedacht sein.

...

(6) Die Landesregierung hat durch Verordnung nähere Vorschriften über das Verfahren bei der Verpachtung der Jagd zu erlassen.“

19. Nach § 1 des Gesetzes des Landes Vorarlberg über die Erhebung einer Jagdabgabe⁶ ist für die Ausübung des Jagdrechts eine Abgabe zu entrichten. Abgabenschuldner ist gemäß § 2 dieses Gesetzes

der Jagdverfügungsberechtigte, im Fall der Übertragung der Nutzung an Pächter der Jagdnutzungsberechtigte.

20. § 3 dieses Gesetzes sieht vor, dass bei gepachteten Jagden die Abgabe nach dem Jahrespachtzins zuzüglich des Wertes allenfalls vertraglich vereinbarter Nebenleistungen zu bemessen ist. Aufwendungen für die Jagdaufsicht sowie für Jagd- und Wildschäden gelten nicht als Nebenleistungen.

21. Nach § 4 Abs. 1 dieses Gesetzes beträgt die Abgabe für Personen mit Hauptwohnsitz in Österreich und Unionsbürger sowie für natürliche und juristische Personen, die diesen nach dem Recht der Union gleichgestellt sind, 15 % der Bemessungsgrundlage. Nach § 4 Abs. 2 dieses Gesetzes beläuft sich der Satz für alle anderen Personen auf 35 % der Bemessungsgrundlage.

III — Ausgangsverfahren und Vorlagefragen

22. Am 8. Januar 2002 schlossen Herr Hengartner und Herr Gasser, schweizerische Staatsangehörige, einen Jagdpachtvertrag über ein Jagdgebiet in Österreich für eine Pachtzeit von sechs Jahren (d. h. vom 1. April 2002 bis 31. März 2008).

6 — LGBl Nr. 28/2003.

23. Um ihrer Jagdtätigkeit nachzugehen, unterhalten die Beschwerdeführer des Ausgangsverfahrens eine Hütte im Land Vorarlberg. Sie halten sich dort regelmäßig einmal wöchentlich zur Jagd auf. Sie haben einen Kühlraum mit Metzgerei zum Verkauf des erlegten Wildbrets angemietet. Ferner zahlen sie zwei Personen, die als Jagdschutzorgane tätig sind, eine Aufwandsentschädigung und haben die Kosten für die Wildfütterung übernommen.

24. Mit Bescheid des Landesabgabenamts für Vorarlberg vom 1. April 2007 wurde den Beschwerdeführern des Ausgangsverfahrens eine Jagdabgabe zum Satz von 35 % der Bemessungsgrundlage, somit in Höhe von 4.359,30 Euro, für das Jagdjahr vom 1. April 2007 bis zum 31. März 2008 vorgeschrieben. Die Betroffenen erhoben gegen diesen Bescheid Berufung.

25. Mit Bescheid vom 17. Oktober 2007 gab das Landesabgabenamt der Berufung mit der Begründung keine Folge, dass die Anwendung des höheren Abgabensatzes auf die Beschwerdeführer des Ausgangsverfahrens rechtskonform sei. Das Abkommen EG-Schweiz sei auf die Ausübung der Jagd und damit verbundene Abgaben nicht anwendbar.

26. Herr Hengartner und Herr Gasser riefen daraufhin den Verwaltungsgerichtshof an und machten im Wesentlichen eine Verletzung ihrer Rechte auf Niederlassungsfreiheit und Gleichbehandlung geltend. Die Jagd sei ebenso wie die Fischerei oder die Landwirtschaft eine wirtschaftliche Tätigkeit,

insbesondere bei jährlichen Abschüssen von mehr als 50 Stück Wild und dem Verkauf von über einer Tonne Fleisch. In diesem Zusammenhang sei es unbeachtlich, ob sie aus der streitigen Tätigkeit einen Gewinn erzielten oder nicht.

27. Nach Ansicht der Beschwerdeführer des Ausgangsverfahrens hätte das Landesabgabenamt Vorarlberg unter diesen Umständen zur Vermeidung einer unionsrechtswidrigen Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit einen Abgabensatz von 15 % anwenden müssen.

28. Demgegenüber vertrat das Landesabgabenamt die Ansicht, die Jagd sei als Sport zu bewerten, der nicht der nachhaltigen Erzielung von Einnahmen diene, und im vorliegenden Fall erfolge die Verwertung des Wildbrets nicht gewerbsmäßig. Der Ankauf von Wildfutter und der Verkauf des Wildbrets durch die Beschwerdeführer des Ausgangsverfahrens stellten keine selbständige Erwerbstätigkeit dar.

29. Nach den Ausführungen des Verwaltungsgerichtshofs wird der Anwendungsbe- reich von Art. 43 EG durch die Merkmale Niederlassung und selbständige Erwerbstätigkeit geprägt. Es erscheine nicht ausgeschlossen, dass eine feste Einrichtung auf zumindest längere Zeit im Beschwerdefall gegeben sei und dass die Merkmale der Selbständigkeit vorlägen. Somit stelle sich die Frage, ob die Ausübung der Jagd eine Erwerbstätigkeit sei, insbesondere dann, wenn der Erwerbszweck nicht im Vordergrund stehe. Ein relevanter

Faktor könnte jedoch auch die Absicht sein, mit dem allenfalls als Erwerbstätigkeit anzusprechenden fraglichen Tätigkeitsbereich Gewinn zu erzielen.

30. Das vorlegende Gericht hat Zweifel an der Auslegung des Unionsrechts in diesem Punkt. Es hat daher beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof die folgende Frage zur Vorabentscheidung vorzulegen:

Ist die Ausübung der Jagd, wenn der Jagdausübungsberechtigte das geschossene Wild im Inland verkauft, eine selbständige Erwerbstätigkeit im Sinne des Art. 43 EG, auch wenn aus dieser Tätigkeit insgesamt kein Gewinn erzielt werden sollte?

IV — Vorgeschlagene Antworten

31. Nach Ansicht der Beschwerdeführer des Ausgangsverfahrens ist auf die Vorlagefrage wie folgt zu antworten:

Mit der Ausübung der Jagd liegt eine selbständige Erwerbstätigkeit im Sinne des Art. 43 EG vor, auch wenn aus dieser Tätigkeit insgesamt

kein Gewinn erzielt wird; insbesondere wenn der Jagdausübungsberechtigte das geschossene Wild im Inland verkauft, oder die dafür notwendigen Anschaffungen (z. B. Wildfutter) im Inland erwirbt, oder die Jagd über mindestens sechs Jahre ausübt (Dauer des Jagdpachtvertrags) oder dieser feste und dauerhafte Einrichtungen in einem anderen Mitgliedstaat unterhält (Jagdhütte, Kühlhaus und Jagdaufseher).

32. Die Vorarlberger Landesregierung schlägt dem Gerichtshof vor, auf die Vorlagefrage wie folgt zu antworten:

Die Ausübung der Jagd, auch wenn der Jagdausübungsberechtigte das Wild im Inland verkauft, damit aber keinen Gewinn erzielt und die Jagd in erster Linie als Freizeitbeschäftigung und nicht zu Erwerbszwecken ausgeübt wird, stellt keine selbständige Erwerbstätigkeit im Sinne des Art. 12 Anhang I des Abkommens dar.

33. Nach Ansicht der österreichischen Regierung ist die vorgelegte Frage wie folgt zu beantworten:

Die Ausübung der Jagd, auch wenn der Jagdausübungsberechtigte das Wild im Inland verkauft, damit aber keinen Gewinn erzielt und die Tätigkeit aufgrund des vorliegenden Sachverhalts primär als Hobby und nicht zu Erwerbszwecken ausgeübt wird, stellt keine selbständige Erwerbstätigkeit im Sinne des Art. 12 des Anhangs I des Abkommens zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits

und der Schweizer Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit in Verbindung mit Art. 16 des Abkommens und Art. 43 EG dar.

34. Die Europäische Kommission schlägt vor, wie folgt für Recht zu erkennen:

Die Ausübung der Jagd im Rahmen eines Jagdpachtvertrags stellt keine Erwerbstätigkeit im Sinne des Art. 43 EG dar, wenn sie in erster Linie der Freizeitgestaltung dient und dem Verkauf des erlangten Wildbrets lediglich untergeordnete Bedeutung zukommt.

V — Untersuchung

A — Die Anwendbarkeit von Art. 43 EG

35. Das vorliegende Gericht möchte mit der Vorlagefrage wissen, ob und inwieweit die Ausübung eines Jagdrechts eine selbständige Erwerbstätigkeit im Sinne von Art. 43 EG sein kann, auch wenn mit dieser Tätigkeit kein Gewinn erzielt werden soll.

36. Die Beschwerdeführer des Ausgangsverfahrens und die Kommission sind in ihren schriftlichen Erklärungen ebenfalls von dieser Rechtsgrundlage ausgegangen. Die Vorarlberger Landesregierung und die österreichische Regierung sind dagegen der Ansicht, dass das Abkommen EG–Schweiz auszulegen sei.

37. Es unterliegt keinem Zweifel, dass schweizerische Staatsangehörige als Staatsangehörige eines Drittlands sich in einer Lage wie der des Ausgangsverfahrens nicht auf Art. 43 EG berufen können, um die aus dieser Bestimmung ableitbaren Rechte geltend zu machen⁷.

38. Da Herr Hengartner und Herr Gasser schweizerische Staatsangehörige sind, wird ihre Situation nicht vom Anwendungsbereich von Art. 43 EG erfasst. Daher stellt sich im Ausgangsverfahren die Frage, ob die Ausübung eines Jagdrechts im Rahmen eines Jagdpachtvertrags eine Tätigkeit im Sinne von Art. 43 EG darstellt, nicht.

39. Es bleibt aber zu prüfen, ob der Gerichtshof andere dem vorlegenden Gericht zweckdienliche Auslegungshinweise geben kann.

40. Meines Erachtens kann er das. Angesichts der ausreichend detaillierten Angaben des vorlegenden Gerichts ist die Vorlagefrage dahin zu verstehen, dass sie nicht die

⁷ — Vgl. insbesondere Urteile vom 25. Juni 1992, Ferrer Laderer (C-147/91, Slg. 1992, I-4097, Randnr. 7), und vom 29. Oktober 1998, Awoyemi (C-230/97, Slg. 1998, I-6781, Randnr. 29).

Niederlassungsfreiheit im Rahmen des EG-Vertrags, sondern die Rechte der „Selbständigen“ im Sinne von Art. 12 des Anhangs I des Abkommens betrifft. Es erweist sich nämlich, dass das vorlegende Gericht im Kern wissen möchte, ob die Bestimmungen, die die Rechte der Selbständigen im Rahmen des Abkommens betreffen, der Erhebung einer Abgabe wie der im Ausgangsverfahren streitigen von Pächtern schweizerischer Staatsangehörigkeit entgegenstehen, wenn ein höherer als der für Staatsangehörige der Mitgliedstaaten geltende Satz angewandt wird.

B — *Das Abkommen*

1. Allgemeines zum Abkommen

41. Der Gerichtshof hat sich bereits mehrfach zur Auslegung dieses Abkommens geäußert, u. a. in der Rechtssache, die mit dem Urteil Grimme abgeschlossen worden ist⁸.

8 — Urteil vom 12. November 2009 (C-351/08, Slg. 2009, I-10777). Vgl. auch Urteile vom 22. Dezember 2008, Stamm und Hauser (C-13/08, Slg. 2008, I-11087), sowie vom 11. Februar 2010, Fokus Invest (C-541/08, Slg. 2010, I-1025). Alle diese Rechtssachen sind ohne Schlussanträge des Generalanwalts entschieden worden.

42. In diesem Urteil hat der Gerichtshof zunächst festgestellt, dass das Abkommen EG–Schweiz unterzeichnet wurde, nachdem die Schweizerische Eidgenossenschaft am 6. Dezember 1992 das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum vom 2. Mai 1992 (ABl. 1994, L 1, S. 3, im Folgenden: EWR-Abkommen) zurückgewiesen hatte, und dass die Schweizerische Eidgenossenschaft damit das Vorhaben eines integrierten wirtschaftlichen Ganzen mit einem einheitlichen Markt, gestützt auf gemeinsame Regeln für seine Mitglieder, abgelehnt und es vorgezogen hat, in bestimmten Bereichen bilaterale Vereinbarungen mit der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten abzuschließen⁹.

43. Aufgrund dieser Feststellungen ist der Gerichtshof zu dem Ergebnis gelangt, dass die Schweizerische Eidgenossenschaft nicht dem Binnenmarkt der Union beigetreten ist und dass daher die den unionsrechtlichen Bestimmungen über den Binnenmarkt gegebene Auslegung nicht automatisch auf die Auslegung des Abkommens übertragen werden kann, sofern dies nicht im Abkommen selbst vorgesehen ist¹⁰.

44. Ich weise darauf hin, dass ein völkerrechtlicher Vertrag nicht nur nach seinem Wortlaut, sondern auch im Licht seiner Ziele auszulegen ist. Art. 31 des Wiener Übereinkommens bestimmt hierzu, dass ein Vertrag nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, seinen Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden

9 — Vgl. in diesem Sinne Urteile Grimme, Randnr. 27, und Fokus Invest, Randnr. 27.

10 — Vgl. in diesem Sinne Urteil Grimme, Randnrn. 27 und 29 und die dort angeführte Rechtsprechung.

Bedeutung und im Licht seines Ziels und Zwecks auszulegen ist¹¹.

45. In Bezug auf das Abkommen EG–Schweiz ist daher zu beachten, dass es sich um die Auslegung eines völkerrechtlichen Vertrags handelt, den die Europäische Gemeinschaft und ihre Mitgliedstaaten mit einem Drittland geschlossen haben. Zwar gibt es auch zwischenstaatliche Übereinkünfte, deren erklärtes Ziel die Erstreckung der Grundfreiheiten auf Drittländer ist oder die eine spätere Perspektive eines Beitritts zur Union vorsehen¹². Dies gilt jedoch nicht für das mit der Schweizerischen Eidgenossenschaft geschlossene Abkommen. Nicht alle Freiheiten sind von dem Abkommen erfasst, und es enthält keine Beitrittsperspektiven. Somit ist das Abkommen EG–Schweiz als klassisches zwischenstaatliches Abkommen auszulegen, d. h. getreu seinem Wortlaut, wie im Wiener Übereinkommen vorgesehen¹³. Daher erscheint mir eine dynamische und teleologische Vorgehensweise im Rahmen der Auslegung der Bestimmungen des Abkommens nicht gerechtfertigt.

46. Ferner deckt das Abkommen zwar viele Bereiche des Unionsrechts ab, doch bleibt diese Abdeckung wegen der punktuellen

Natur der Bestimmungen und wegen des Vorhandenseins von Bestimmungen, die darauf abzielen, den sachlichen oder zeitlichen Anwendungsbereich des Abkommens zu begrenzen¹⁴ oder ihn klarzustellen, und die es im Unionsrecht nicht gibt¹⁵, begrenzt. Auch wenn ferner nach Art. 16 Abs. 2 des Abkommens die Rechtsprechung des Gerichtshofs heranzuziehen ist, bezieht sich dieser Verweis nur auf die Rechtsprechung vor der Unterzeichnung des Abkommens am 21. Juni 1999. Nach dieser Bestimmung wird die Schweizerische Eidgenossenschaft von der späteren Rechtsprechung unterrichtet, und auf Antrag einer Vertragspartei stellt der Gemischte Ausschuss die Auswirkungen dieser Rechtsprechung auf dieses nicht der Union angehörende Land fest.

47. Im Licht dieser Erwägungen ist die in der Vorlageentscheidung beschriebene Situation zu untersuchen.

2. Die Bestimmungen des Abkommens über die Rechte der Selbständigen

11 — Vgl. insbesondere Urteil vom 2. März 1999, Eddline El-Yasini (C-416/96, Slg. 1999, I-1209, Randnr. 47).

12 — So das EWR-Abkommen oder das Abkommen zur Gründung einer Assoziation zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Türkei, unterzeichnet am 12. September 1963 in Ankara von der Republik Türkei einerseits und den Mitgliedstaaten der EWG und der Gemeinschaft andererseits, das mit dem Beschluss 64/732/EWG des Rates vom 23. Dezember 1963 im Namen der Gemeinschaft geschlossen, gebilligt und bestätigt wurde (ABl. 1964 Nr. 217, S. 3685., im Folgenden: Assoziierungsabkommen EWG–Türkei).

13 — Nach Borghi, A., *La libre circulation des personnes entre la Suisse et l'UE*, Éditions Interuniversitaires Suisses, 2010, S. 2, wird diese Ansicht einhellig in der Lehre vertreten.

48. Die Bestimmungen des Abkommens über die Selbständigen sind knapp. Kapitel III

14 — Beispielsweise in Bezug auf die Dienstleistungserbringer, vgl. Art. 17 ff. des Anhangs I.

15 — Vgl. die Nichtdiskriminierungsbestimmungen in den sieben Abkommen (siehe Fn. 19 der vorliegenden Schlussanträge).

des Anhangs I umfasst fünf Artikel. Schematisch betrifft Art. 12 des Anhangs lediglich die Voraussetzungen für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis, die für einen Selbständigen gelten, während die anderen Artikel (13 bis 16) nur Klarstellungen in Bezug auf dieses Recht vornehmen. Die in Rede stehenden Bestimmungen betreffen nur natürliche Personen¹⁶.

49. Das Abkommen beschränkt sich darauf, jedem Selbständigen ein Einreise- und Aufenthaltsrecht sowie das Recht zuzubilligen, im Aufnahmeland eine nicht weniger günstige als die den eigenen Staatsangehörigen gewährte Behandlung hinsichtlich des Zugangs zu einer selbständigen Erwerbstätigkeit und deren Ausübung zu erhalten.

50. Somit geht die Definition der Rechte, die den Selbständigen durch das Abkommen EG–Schweiz gewährt werden, deutlich weniger weit als die im EG-Vertrag geregelte Niederlassungsfreiheit, wie sie in der Rechtsprechung des Gerichtshofs ausgelegt wird.

16 — Im Urteil Fokus Invest hat der Gerichtshof bestätigt, dass die in Art. 1 definierten Ziele des Abkommens nach dieser Bestimmung zugunsten der Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten und derjenigen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und damit zugunsten natürlicher Personen verfolgt werden und dass alle von dem Abkommen betroffenen Kategorien von Personen — Gemeinschaftsangehörige und Schweizer —, mit Ausnahme der Dienstleistungserbringer und -empfänger, ihrem Wesen nach voraussetzen, dass es sich um natürliche Personen handelt (vgl. in diesem Sinne Urteile Grimme, Randnrn. 33 und 34, und Fokus Invest, Randnr. 29).

51. Abgabenrechtliche Fragen werden vom Abkommen EG–Schweiz nur punktuell erfasst. Zwar verweist Art. 15 Abs. 2 von Anhang I des Abkommens auf dessen Art. 9 Abs. 2. Die dort erwähnten steuerlichen Fragen stehen aber im Zusammenhang mit der sozialen Sicherheit und betreffen nur die Steuern, die mit der Ausübung besonderer Tätigkeiten wie derjenigen, um die es im Ausgangsverfahren geht, verbunden sind¹⁷. Die Bestimmungen von Art. 21 des Abkommens, die sich auf die Doppelbesteuerungsabkommen beziehen, sind für die Zwecke des vorliegenden Verfahrens ebenfalls nicht erheblich. Daher können weder die Ziele des Abkommens noch die Angaben in Bezug auf die Absichten der Vertragsparteien eine Auslegung des Abkommens in dem Sinne rechtfertigen, dass es ein Verbot der abgabenrechtlichen Diskriminierung in Bezug auf Selbständige enthielte, die sich in einer Situation wie derjenigen des Ausgangsverfahrens befinden.

52. Ohne dass daher die Frage geprüft zu werden braucht, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen die Jagd als selbständige wirtschaftliche Tätigkeit betrachtet werden könnte, bin ich der Ansicht, dass die Rechte, die den Selbständigen durch das Abkommen zugebilligt werden, hauptsächlich die Voraussetzungen für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis sowie den Zugang zu einer selbständigen Tätigkeit und deren Ausübung auf der Grundlage einer nicht

17 — Art. 9 Abs. 2 sieht vor, dass ein Arbeitnehmer und seine Familienangehörigen die gleichen steuerlichen und sozialen Vergünstigungen wie die inländischen Arbeitnehmer und ihre Familienangehörigen genießen. Es ist klarzustellen, dass sich der in diesem Artikel verwendete Begriff der „steuerlichen und sozialen Vergünstigungen“ auf Art. 7 Abs. 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 des Rates vom 15. Oktober 1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft (ABL L 257, S. 2) stützt.

diskriminierenden Behandlung betreffen. Auf alle Fälle ergibt sich aus diesen Bestimmungen nicht, dass die Erhebung einer Abgabe, die für Staatsangehörige eines Drittlands zu einem höheren Satz als für Staatsangehörige der Mitgliedstaaten berechnet wird, auf Jagdpachtverhältnisse in Österreich mit den Bestimmungen des Abkommens für Selbständige unvereinbar wäre.

53. Daher verbieten es die Art. 12 und 15 des Anhangs I nicht, dass schweizerische Staatsangehörige und Unionsbürger im Hinblick auf die streitige Abgabe abgabenrechtlich unterschiedlich behandelt werden.

54. Es ist jedoch zu prüfen, ob eine solche Behandlung nicht dem im Abkommen ausgesprochenen allgemeinen Diskriminierungsverbot zuwiderläuft.

3. Das Diskriminierungsverbot im Abkommen

55. Art. 2 des Abkommens spricht ein Verbot der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit aus. Nach diesem Artikel werden die Staatsangehörigen einer Vertragspartei, die sich rechtmäßig im Hoheitsgebiet einer

anderen Vertragspartei aufhalten, bei der Anwendung dieses Abkommens gemäß den Anhängen I bis III nicht aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit diskriminiert.

56. Es stellt sich daher die Frage, ob dieses Verbot dieselbe Tragweite wie das im Rahmen des EG-Vertrags vorgesehene hat.

57. Meines Erachtens ist das Diskriminierungsverbot in den Beziehungen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft beim gegenwärtigen Stand des anwendbaren rechtlichen Rahmens von relativer Bedeutung und hat nicht die gleiche Dimension wie in den Beziehungen innerhalb der Union oder des Europäischen Wirtschaftsraums. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass Art. 12 EG wie auch Art. 4 des EWR-Abkommens in ihrem jeweiligen Bereich jede Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit verbieten. Das Abkommen EG–Schweiz enthält ebenfalls ein Diskriminierungsverbot, jedoch beschränkt und bedingt.

58. Außerdem haben die sieben verschiedenen Abkommen, die die Beziehungen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft regeln, eindeutig sektoriellen Charakter¹⁸. Diese Abkommen wurden gleichzeitig, jedoch getrennt ausgehandelt. Weder ihre Struktur noch ihre Zielsetzungen stimmen überein. Was den Gleichbehandlungsgrundsatz

18 — Siehe Fn. 4 der vorliegenden Schlussanträge.

angeht, sind die gegebenenfalls bestehenden einschlägigen Bestimmungen der sieben Abkommen sowohl ihrem Inhalt und als auch ihrer Tragweite nach nicht identisch¹⁹.

Staatsangehörigen bei der Jagdpacht in Österreich vorsehen, nicht ohne Weiteres entgegen.

59. Zudem gehen in Bezug auf die Erhebung von Abgaben auf die Jagd die in zumindest zwei Vertragsstaaten, nämlich der Republik Österreich und der Schweizerischen Eidgenossenschaft, anwendbaren Regelungen offensichtlich davon aus, dass das Diskriminierungsverbot in diesem Bereich keine Anwendung findet²⁰.

4. Der Umfang der Rechte der Dienstleistungsempfänger im Rahmen des Abkommens

60. Daher steht das Diskriminierungsverbot, wie es im Abkommen vorgesehen ist, in der Auslegung gemäß dem Wiener Übereinkommen den in Rede stehenden Bestimmungen, die die Erhebung einer Abgabe zu einem höheren Satz von schweizerischen

61. Aus der Vorlageentscheidung geht hervor, dass im Verfahren vor der nationalen Verwaltung die Bestimmungen über den freien Dienstleistungsverkehr angeführt wurden. Zur Vervollständigung meiner Untersuchung erscheint es notwendig, auch diesen Gesichtspunkt zu prüfen.

62. Der Gerichtshof hat die rechtliche Qualifizierung eines ähnlichen Sachverhalts im Urteil Jägerskiöld geprüft²¹. In dieser Rechtssache ging es um die Übertragung des Fischereirechts und die Erteilung der entsprechenden Erlaubnisse. Der Gerichtshof hat festgestellt, dass die Tätigkeit, die darin besteht, Dritten gegen Entgelt und unter bestimmten Voraussetzungen ein Gewässer zum Fischen zur Verfügung zu stellen, eine Dienstleistung darstellt, die, wenn sie grenzüberschreitenden Charakter aufweist, unter die Art. 59 ff. EG-Vertrag (nach Änderung Art. 49 ff. EG) fällt. Der Gerichtshof hat auch zur Anwendbarkeit der anderen im Vertrag vorgesehenen Freiheiten Stellung genommen.

19 — In Bezug auf das Diskriminierungsverbot in den anderen Abkommen (in Fn. 4 der vorliegenden Schlussanträge angeführt) vgl. insbesondere Art. 3 und 23 des Abkommens über den Luftverkehr, Art. 1, 17, 20, 27, 28, 32, 38, 40 und 52 des Abkommens über den Güter- und Personenverkehr auf Schiene und Straße sowie Art. 3, 4 und 6 des Abkommens über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens.

20 — So hat die Beschwerdegegerin des Ausgangsverfahrens ihren schriftlichen Erklärungen den Bescheid der nationalen Behörden vom 17. Oktober 2007 (erwähnt in Nr. 25 dieser Schlussanträge) vorgelegt, der Gegenstand des Ausgangsverfahrens ist. In diesem Bescheid beziehen sich die österreichischen Behörden u. a. auf die in der Schweiz anwendbaren Bestimmungen. Daraus scheint hervorzugehen, dass die einschlägige Regelung nicht nur zwischen schweizerischen Staatsangehörigen und solchen anderer Länder, sondern auch zwischen schweizerischen Staatsangehörigen je nach ihrem Herkunftskanton unterscheidet. Einige Vertragsparteien waren somit der Ansicht, ihre einschlägigen nationalen Bestimmungen nicht ändern zu müssen, so dass die Praxis der Vertragsparteien nicht der von den Beschwerdeführern des Ausgangsverfahrens vertretenen Auslegung entspricht.

21 — Urteil vom 21. Oktober 1999 (C-97/98, Slg. 1999, I-7319).

Er hat klargelegt, dass der Umstand, dass das Fischereirecht oder die entsprechenden Erlaubnisse in Dokumenten festgehalten werden, die als solche Gegenstand des Handels sein können, keine ausreichende Grundlage dafür ist, sie in den Anwendungsbereich der Bestimmungen des Vertrags über den freien Warenverkehr fallen zu lassen.

63. Diese Rechtsprechung erscheint mir auf die Jagdpacht übertragbar.

64. Daher fällt die Tätigkeit, die darin besteht, Dritten gegen Entgelt und unter bestimmten Voraussetzungen ein Gebiet für die Ausübung der Jagd zur Verfügung zu stellen, wenn sie grenzüberschreitenden Charakter aufweist, in den Bereich des freien Dienstleistungsverkehrs.

65. Im vorliegenden Fall sind Herr Hengartner und Herr Gasser jedoch keine Dienstleistungserbringer, sondern Dienstleistungsempfänger. Daher ist die Auslegung der im Abkommen enthaltenen spezifischen Bestimmungen für die Rechte der Dienstleistungsempfänger zu prüfen.

66. Unstreitig hat das Abkommen, auch wenn es den freien Dienstleistungsverkehr erfasst, nicht dieselbe Tragweite wie die entsprechenden Bestimmungen des EG-Vertrags.

67. Im Urteil Grimme hat der Gerichtshof hervorgehoben, dass Ziel des Abkommens nach dessen Art. 1 Buchst. b die Erleichterung der Erbringung von Dienstleistungen im Hoheitsgebiet der Vertragsparteien, insbesondere die Liberalisierung kurzzeitiger Dienstleistungen, ist²². Er hat jedoch hinzugefügt, dass das Recht, im Gebiet einer anderen Vertragspartei Dienstleistungen zu erbringen, durch Art. 5 Abs. 1 des Abkommens und Art. 17 Buchst. a des Anhangs I des Abkommens auf 90 tatsächliche Arbeitstage pro Kalenderjahr beschränkt ist. Nach Art. 19 des Anhangs I darf der Aufnahmestaat während dieser Zeit Dienstleistungserbringern nach Maßgabe der Anhänge I bis III des Abkommens nicht weniger günstige Bedingungen auferlegen, als sie für seine eigenen Angehörigen gelten²³.

68. Was Dienstleistungsempfänger angeht, beziehen sich die Rechte, die das Abkommen ihnen garantiert, im Wesentlichen auf das Aufenthaltsrecht. Es ist vorgesehen, dass Dienstleistungsempfänger für Aufenthalte von höchstens drei Monaten keine Aufenthaltserlaubnis benötigen. Für Aufenthalte von mehr als drei Monaten erhalten Dienstleistungsempfänger eine Aufenthaltserlaubnis, deren Gültigkeitsdauer der Dauer der Dienstleistung entspricht. In diesem Zusammenhang sei daran erinnert, dass Art. 2 des Abkommens nicht jede Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit verbietet,

22 — Urteil Grimme, Randnr. 40.

23 — Ebd., Randnr. 42.

sondern nur „gemäß den Anhängen I, II und III“.

69. Das Abkommen EG–Schweiz enthält keinen Hinweis darauf, dass mit ihm auch bezweckt gewesen wäre, bei Abgaben, die auf Dienstleistungen wie die Jagdpacht erhoben werden, eine abgabenrechtliche Gleichbehandlung zu gewährleisten. Es sei darauf hingewiesen, dass ein Verbot jeder diskriminierenden Abgabenerhebung im Rahmen des Handels mit Dienstleistungen weder im Allgemeinen Abkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS)²⁴ noch in den Verträgen über die Gründung der Union — im Unterschied zur Regelung für den Warenhandel²⁵ — ausdrücklich vorgesehen ist.

70. In Ermangelung einer ausdrücklichen Bestimmung, die jede abgabenrechtliche Diskriminierung der Staatsangehörigen der anderen Vertragsparteien im Rahmen des Abkommens EG–Schweiz verbietet, ist ein solches Verbot nur anzunehmen, wenn die Auslegung der von anderen Bestimmungen dieses Abkommens gewährleisteten Rechte dies rechtfertigt. Im Rahmen der Union ergibt sich dies aus den Bestimmungen über die Grundfreiheiten.

24 — Vgl. Beschluss 94/800/EG vom 22. Dezember 1994 über den Abschluss der Übereinkünfte im Rahmen der multilateralen Verhandlungen der Uruguay-Runde (1986–1994) im Namen der Europäischen Gemeinschaft in Bezug auf die in ihre Zuständigkeiten fallenden Bereiche (Abl. L 336, S. 1), mit dem der Rat das Übereinkommen zur Errichtung der Welthandelsorganisation sowie die Übereinkünfte in den Anhängen 1 bis 3 dieses Übereinkommens, zu denen das GATS gehört, genehmigt hat. Art. XIV GATS schließt bestimmte abgabenrechtliche Maßnahmen von den Anwendungsbereichen der in diesem Übereinkommen vorgesehenen allgemeinen Verpflichtungen aus.

25 — Vgl. Art. III:2 GATT, Art. 90 EG und Art. 14 des EWR-Abkommens.

71. Was das Abkommen angeht, könnte dieses einer Abgabe oder einer pauschalen Zahlung entgegenstehen, die von Leistungsempfängern bei der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis erhoben würde und deren Betrag ohne objektive Rechtfertigung den für inländische Staatsbürger vorgesehenen Tarif für die Ausstellung von Bescheinigungen in einer allgemein vergleichbaren Situation überstiege. Meines Erachtens würde eine solche Abgabe, die in engem Zusammenhang mit den vom Abkommen gewährleisteten Rechten steht, unmittelbar die Rechte beeinträchtigen, die dieses für Leistungsempfänger vorsieht²⁶. Allerdings ist die Abgabe, um die es im Ausgangsverfahren geht, von ganz anderer Natur.

72. Vorsorglich möchte ich allerdings hinzufügen, dass es mir mit dem Ideal einer Gleichheit aller vor dem Gesetz unvereinbar erscheint, wenn natürliche Personen aus Drittländern, die sich rechtmäßig in der Union aufhalten, nur wegen ihrer Staatsangehörigkeit in Situationen diskriminiert werden, die im Übrigen völlig vergleichbar sind. Ich bin der Ansicht, dass eine Diskriminierung dieser Art durch unsere Verfassungswerte ausgeschlossen sein sollte. Eine solche unmittelbare Diskriminierung ausländischer Staatsangehöriger, die Leistungsempfänger sind, wäre gegebenenfalls in einem wirtschaftlich schwachen Land, das an einem Mangel an Devisen leidet, verständlich, jedoch nicht in der Union. Mit Bedauern muss ich daher feststellen, dass die Verwirklichung dieses Ideals beim gegenwärtigen Stand des

26 — Der Gerichtshof hat bereits zu einer nicht ganz unähnlichen Situation im Rahmen eines anderen Abkommens, nämlich des Assoziierungsabkommens EWG–Türkei und der Türkei entschieden: Urteil vom 17. September 2009, Sahin (C-242/06, Slg. 2009, I-8465, Randnr. 75), in dem besonderen Rahmen einer Standstill-Klausel in Art. 13 des Beschlusses Nr. 1/80 des Assoziationsrats vom 19. September 1980 über die Entwicklung der Assoziation.

Unionsrechts in Bezug auf Staatsangehörige von Drittländern nicht erreicht ist.

Dienstleistungsempfänger einer unterschiedlichen Behandlung eines schweizerischen Staatsangehörigen als Dienstleistungsempfänger in Bezug auf die Erhebung einer Abgabe wegen einer Jagdpacht unter Umständen wie denjenigen des Ausgangsverfahrens nicht entgegen.

73. Im Ergebnis stehen die Bestimmungen des Abkommens betreffend

VI — Ergebnis

74. Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof vor, dem Verwaltungsgerichtshof wie folgt zu antworten:

„Art. 43 EG ist unter Umständen wie denjenigen des Ausgangsverfahrens nicht anwendbar.

Die Bestimmungen des Abkommens zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit, unterzeichnet in Luxemburg am 21. Juni 1999, stehen der Anwendung nationaler Bestimmungen wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden nicht entgegen, die dazu führen, dass bei der Erhebung einer Abgabe, die für die Ausübung der Jagd zu entrichten ist, auf schweizerische Staatsangehörige ein höherer Satz als der für Unionsbürger geltende angewandt wird.“