

Verwaltungsgerichtshof

Zl. EU 2009/0001-1

(2008/17/0049)

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Gruber und die Hofräte Dr. Holeschovsky, Dr. Köhler, Dr. Zens und Dr. Zehetner als Richter, im Beisein der Schriftführerin MMag. Gold, in der Beschwerdesache 1. des A H in W und 2. des R G in R, beide in der S und vertreten durch Kaufmann & Thurnher, Rechtsanwälte GmbH in 6850 Dornbirn, Schulgasse 7, gegen den Bescheid der Vorarlberger Landesregierung vom 17. Oktober 2007, Zl. IIIa-243.068, betreffend Jagdabgabe, den

B e s c h l u s s

gefasst:

Dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften wird gemäß Art. 234 EG folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt:

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

1. Sachverhalt

1.1. Alexander Hengartner und Rudolf Gasser, die Beschwerdeführer des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens, haben am 8. Jänner 2002 als Pächter mit einer Jagdgenossenschaft einen Jagdpachtvertrag über ein Jagdgebiet der Genossenschaft für eine Pachtzeit von sechs Jahren (1. April 2002 bis 31. März 2008) abgeschlossen; der jährliche Pachtzins wurde mit € 10.900,-- vereinbart, das verpachtete Jagdgebiet hat ein Flächenausmaß von 1.598 ha. Im Jagdjahr 2004/2005 fielen 1.386 kg Wildbret, im Jagdjahr 2005/2006 1.202 kg Wildbret und im Jagdjahr 2006/2007 1.322 kg Wildbret (jeweils aufgebrochen mit Haupt) an. Aus dem Verkauf von Wildbret wurde im Jagdjahr 2002/2003 ein Erlös von € 2.905,03, im

(21. Jänner 2009)

Jagdjahr 2003/2004 ein solcher von € 3.201,03, im Jagdjahr 2004/2005 ein Erlös von € 4.116,14 und im Jagdjahr 2005/2006 ein Erlös von € 2.344,-- erzielt. Einen Teil des erlegten Wildbrets konsumierten die Beschwerdeführer als Eigenverbrauch.

Die Beschwerdeführer unterhalten im Zusammenhang mit der Jagdausübung nach ihrem unbestrittenen Vorbringen auch eine Jagdhütte.

Mit Bescheid vom 16. April 2002 wurden von der zuständigen Behörde zwei näher genannte Personen als Jagdschutzorgane für die Dauer des Jagdpachtverhältnisses genehmigt. Diese beiden Personen erhalten eine Aufwandsentschädigung in der Form von Barauslagen, Kilometergeldern und freier Kost und Logis. Es handelt sich dabei um freiwillige Mithelfer, die aus Freude am Naturerlebnis, der Wild- und Landschaftspflege mitwirken und so auch das Recht haben, sich (jagdlich) frei im Jagdrevier zu bewegen. Weiters helfen diese Personen teilweise bei der Wildpflege (Hege, Abschuss von erkrankten oder verletzten Tieren und von Raubwild) mit. Die Beschwerdeführer haben diesen beiden Gehilfen (insgesamt) im Jagdjahr 2002/2003 Aufwandsentschädigungen in der Höhe von € 11.790,--, im Jagdjahr 2003/2004 solche in der Höhe von € 11.987,--, im Jagdjahr 2004/2005 solche in der Höhe von € 12.043,-- und im Jagdjahr 2005/2006 solche in der Höhe von € 11.988,-- bezahlt. Zu diesen Aufwendungen kamen noch Aufwendungen für die Wildfütterung durch den Einkauf von Futter.

1.2. Mit Bescheid des Landesabgabenamtes für Vorarlberg vom 1. April 2007 wurde den Beschwerdeführern eine Jagdabgabe in der Höhe von 35 % der Bemessungsgrundlage, somit in der Höhe von € 4.359,30 für das Jagdjahr vom 1. April 2007 bis zum 31. März 2008 vorgeschrieben.

Die Beschwerdeführer erhoben dagegen Berufung.

1.3. Die vor dem Verwaltungsgerichtshof belangte Behörde gab mit ihrem Bescheid vom 17. Oktober 2007 der Berufung keine Folge. Die belangte Behörde vertrat in ihrem Bescheid mit eingehender Begründung die Ansicht, dass die Anwendung des höheren Abgabensatzes auf die Beschwerdeführer keinen

unzulässigen Eingriff in die gemeinschaftsrechtliche Dienstleistungsfreiheit mit sich bringe. Darüber hinaus legte die Behörde unter näherer Darstellung der Rechtslage in den einzelnen Kantonen der Schweiz dar, dass ihrer Ansicht nach auch der schweizer Gesetzgeber Unionsbürger nicht den schweizer Staatsbürgern bzw. den Einwohnern der einzelnen Kantone gleichstelle; daraus folge nach Ansicht der belangten Behörde, dass die Schweizerische Eidgenossenschaft selbst nicht von einer Anwendbarkeit des Abkommens zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit im Hinblick auf die Jagd (und damit verbundene Abgaben) ausgehe. Dadurch werde die Ansicht der belangten Behörde gestützt, dass dieses Abkommen auf die Ausübung der Jagd generell (sowie die damit verbundenen Abgaben), insbesondere aber in einem Umfang wie im Beschwerdefall nicht zur Anwendung zu kommen habe, eine Gleichstellung der Beschwerdeführer und damit der Anwendung des geringeren Abgabensatzes daher nicht in Betracht komme.

1.4. Der gegen den Bescheid der belangten Behörde vom 17. Oktober 2007 zunächst mit Beschwerde angerufene Verfassungsgerichtshof lehnte die Behandlung derselben mit Beschluss vom 26. Februar 2008, B 2267/07, ab und trat die Beschwerde gemäß Art. 144 Abs. 3 B-VG dem Verwaltungsgerichtshof ab.

Begründend führte der Verfassungsgerichtshof unter anderem aus, zur Beurteilung der aufgeworfenen Fragen sowie insbesondere der Frage, ob von der belangten Behörde innerstaatliche einfachgesetzliche Normen oder gemeinschaftsrechtliche Normen anzuwenden seien, seien spezifisch verfassungsrechtliche Überlegungen nicht anzustellen gewesen.

2.0. Das Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof

2.1. Vor dem Verwaltungsgerichtshof machen die Beschwerdeführer im Wesentlichen eine Verletzung im gemeinschaftsrechtlich gewährleisteten Recht auf Niederlassungsfreiheit und Gleichbehandlung mit den Unionsbürgern geltend. Die Beschwerdeführer legen näher dar, dass die Jagd ebenso wie etwa die Fischerei oder

die Landwirtschaft eine wirtschaftliche Tätigkeit sei, insbesondere bei jährlichen Abschüssen von mehr als 50 Stück Wild und dem Verkauf von über einer Tonne Wildfleisch, wie im gegenständlichen Fall.

Die Beschwerdeführer schließen daraus, dass diese wirtschaftliche Tätigkeit unter den Begriff der "Niederlassungsfreiheit" in Art. 43 EGV falle, wobei es unbeachtlich sei, ob die Beschwerdeführer einen Gewinn erzielten oder nicht, zumal nur solche Tätigkeiten von der Niederlassungsfreiheit ausgenommen seien, bei denen die Gegenleistung völlig untergeordnet sei, was aber im Beschwerdefall eben nicht gegeben sei.

Unter die Niederlassungsfreiheit falle nicht nur etwa die Ausübung einer Tätigkeit als Berufssportler, sondern auch der Amateursport; es könne somit nicht eingewendet werden, dass die Jagd nur als Amateursport betrieben werde.

Die von den Beschwerdeführern in Österreich ausgeübte wirtschaftliche Tätigkeit (angeführt werden etwa der Erwerb von Wildfutter in Österreich und die Veräußerung von erlegtem Wildfleisch in Österreich) erfülle auch die Voraussetzungen, die für die Anwendung der Niederlassungsfreiheit gegeben sein müssten:

- a) in Gestalt der Jagdhütte liege eine "feste, dauerhafte Einrichtung" vor;
- b) im Rahmen der von ihnen durchgeführten wirtschaftlichen Tätigkeit der Jagdausübung würden die Beschwerdeführer auch "stetig und dauerhaft" am Wirtschaftsleben in Österreich teilnehmen und
- c) die Beschwerdeführer seien mit dieser Art der Teilnahme am Wirtschaftsleben ausschließlich in Österreich tätig, sodass auch der Schwerpunkt (dieser) ihrer Tätigkeit in Österreich liege.

Bei richtiger Interpretation des Abkommens zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit hätte die belangte Behörde daher nicht nur die Gleichstellung der Beschwerdeführer mit Unionsbürgern bejahen

sondern darüber hinaus auch den niedrigeren Abgabensatz von 15 % zur Vermeidung einer Diskriminierung anwenden müssen.

2.2. Die belangte Behörde hält vor dem Verwaltungsgerichtshof in ihrer Gegenschrift zur Beschwerde fest, dass nach ihrer Ansicht die Jagd als Liebhaberei (Sport) zu bewerten sei, die nicht der nachhaltigen Erzielung von Einnahmen diene. Die Verwertung des Wildbrets erfolge nach Ansicht der Behörde nicht gewerbsmäßig; der bloße Ankauf von Wildfutter, die Fütterung von Wildtieren und der Verkauf von Teilen des Wildbrets durch die Beschwerdeführer sei keine selbständige Erwerbstätigkeit. Soweit sich die Beschwerde auf die Rechtsprechung des EuGH stütze, lasse sich dieser nicht entnehmen, dass auch die Ausübung der Jagd als Sport (oder etwa die Sportfischerei) eine selbständige Erwerbstätigkeit sei.

Was die Rechtslage in der Schweiz betreffe, so sei (nur) darauf aufmerksam gemacht worden, dass offenbar auch nach der Ansicht des Schweizer Gesetzgebers durch das erwähnte Abkommen eine Gleichstellung der Unionsbürger mit den Schweizer Bürgern betreffend die Besteuerung der Ausübung der Jagd nicht vorgenommen werde. Im Übrigen verweise der angefochtene Bescheid auch ausdrücklich darauf, dass im Wohnsitz der Beschwerdeführer, dem Kanton St. Gallen, Ausländer und Kantonseinwohner zwar nach dem Gebührentarif hinsichtlich der Jagd gleichbehandelt, jedoch bei der Verpachtung der Jagdreviere Einheimische ex lege bevorzugt würden.

Abschließend werde darauf hingewiesen, dass im gegenständlichen Fall die auf den wirtschaftlichen Erfolg ausgerichtete Tätigkeit von absolut untergeordneter Bedeutung gegenüber dem Zweck der Freizeitgestaltung sei und daher die Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 43 EGV nicht zum Tragen komme. Zu bedenken sei, dass die geringen Jahreserlöse und die geringen Mengen des Wildbrets im Übrigen noch auf die zwei Beschwerdeführer zu gleichen Teilen aufzuteilen seien.

3.0. Die anwendbare (österreichische) Rechtslage und die Voraussetzungen für die Vorlage nach Art. 234 EG:

3.1. Nach § 1 des (Vorarlberger) Gesetzes über die Erhebung einer Jagdabgabe, LGBl. Nr. 28/2003 (in der Folge: VlbG. JagdAbgG) ist für die Ausübung des Jagdrecht eine Jagdabgabe zu entrichten (Abs. 1); die Jagdabgabe ist eine ausschließliche Landesabgabe (Abs. 2).

Abgabenschuldner ist gemäß § 2 Abs. 1 leg. cit. der Jagdverfügungsberechtigte, im Falle der Übertragung der Nutzung an Pächter der Jagdnutzungsberechtigte.

Nach § 3 Abs. 1 VlbG. JagdAbgG ist bei verpachteten Jagden die Abgabe nach dem Jahrespachtzins zuzüglich des Wertes allenfalls vertraglich vereinbarter Nebenleistungen zu bemessen. Aufwendungen für die Jagdaufsicht sowie für Jagd- und Wildschäden gelten nicht als Nebenleistungen.

Nach § 4 Abs. 1 VlbG. JagdAbgG beträgt die Abgabe für Personen mit Hauptwohnsitz im Inland und Unionsbürger sowie natürliche und juristische Personen, die diesen nach dem Recht der Europäischen Union gleichgestellt sind, 15 v.H. der Bemessungsgrundlage.

Für alle anderen Personen beträgt die Abgabe nach § 4 Abs. 2 leg. cit. 35 v.H. der Bemessungsgrundlage.

3.2. Die Beschwerdeführer berufen sich vor dem Verwaltungsgerichtshof - wie dargestellt - darauf, in ihrem aufgrund des erwähnten Abkommens mit der Schweizerischen Eidgenossenschaft gegebenen Recht auf Niederlassungsfreiheit durch die Anwendung des höheren Abgabensatzes verletzt worden zu sein.

Fraglich ist somit zunächst die Frage der Niederlassungsfreiheit. Der sachliche Anwendungsbereich von Art. 43 EGV wird durch die Merkmale Niederlassung und selbständige Erwerbstätigkeit geprägt. Der EuGH hat die Niederlassung als die tatsächliche Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung in einem anderen Mitgliedstaat auf unbestimmte Zeit definiert (EuGH Rs. C-221/89, *Factortame I*, Slg. 1991, I-3905, Rn. 20). Dem

Verwaltungsgerichtshof erscheint es nicht ausgeschlossen, dass eine feste Einrichtung auf zumindest längere Zeit im Beschwerdefall gegeben ist.

Wie der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften bereits ausgesprochen hat (vgl. das Urteil vom 20. November 2001 in der Rs. C-268/99, *Jany und andere*, Slg. 2001, I-8615, Rn. 37) ist eine selbständige Erwerbstätigkeit eine Erwerbstätigkeit, die jemand nicht im Rahmen eines Unterordnungsverhältnisses in Bezug auf die Arbeitsbedingungen und das Entgelt und in eigener Verantwortung ausübt. Unter der Voraussetzung, dass überhaupt von einer "Erwerbstätigkeit" gesprochen werden kann, wären nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofes die Merkmale der Selbständigkeit gegeben, läge demnach eine "selbständige Erwerbstätigkeit" vor.

Fraglich erscheint für das vorliegende Gericht somit (nur), ob die Ausübung der Jagd überhaupt eine Erwerbstätigkeit ist, insbesondere dann, wenn der Erwerbzweck nicht im Vordergrund steht, sondern die Tätigkeit etwa vorwiegend aus Gründen des Sports oder der Erholung ausgeübt wird. Eine Rechtsprechung des EuGH, die diese Frage eindeutig beantworten würde, ist dem vorlegenden Gericht nicht ersichtlich.

Nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofes könnte für die Beantwortung dieser Frage im Beschwerdefall auch die Absicht, mit den allenfalls als Erwerbstätigkeit anzusprechenden Tätigkeitsbereichen Gewinn zu erzielen, eine Rolle spielen, sodass auch dies in die Formulierung der Frage mit einbezogen wurde.

W i e n , am 21. Jänner 2009