

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch die Vizepräsidentin Dr. Schenk als Vorsitzende und die Hofräte Dr. Vogel, Dr. Jensik, Dr. Musger und Dr. Schwarzenbacher als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei W***** S*****, Inhaber des Unternehmens *****, vertreten durch Mag. Axel Seebacher, Rechtsanwalt in Klagenfurt, gegen die beklagte Partei G***** H*****, vertreten durch Dr. Günter Medweschek Rechtsanwalts GmbH in Klagenfurt, wegen Unterlassung, Urteilsveröffentlichung und 2.594,65 EUR sA, im Verfahren über die außerordentliche Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Graz als Berufungsgericht vom 6. November 2013, GZ 5 R 80/13v-21, mit welchem das Urteil des Landesgerichts Klagenfurt vom 10. März 2013, GZ 25 Cg 71/12y-13, bestätigt wurde, den

B e s c h l u s s

gefasst:

A. Dem Gerichtshof der Europäischen Union werden folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Ist die gesamte gewerbliche Tätigkeit eines Rauchfangkehrers nach Art 2 Abs 2 lit i der

Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt vom Anwendungsbereich dieser Richtlinie ausgenommen, weil Rauchfangkehrer auch Aufgaben im Bereich der Feuerpolizei (Feuerbeschau, Gutachten im Rahmen von Bauverfahren etc) wahrnehmen?

2. Wenn Frage 1 verneint wird:

Ist eine Regelung des nationalen Rechts, wonach die Gewerbeberechtigung eines Rauchfangkehrers grundsätzlich auf ein bestimmtes „Kehrgebiet“ beschränkt ist, mit Art 10 Abs 4 und Art 15 Abs 1, Abs 2 lit a und Abs 3 der Richtlinie 2006/123/EG vereinbar?

B. Das Verfahren über die Revision der beklagten Partei wird bis zum Einlangen der Vorabentscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union gemäß § 90a Abs 1 GOG ausgesetzt.

B e g r ü n d u n g :

I. Sachverhalt

Die Parteien sind Rauchfangkehrer in Kärnten. Sie streiten darüber, ob der Beklagte auch außerhalb jenes „Kehrgebiets“ tätig werden darf, auf das sich seine Gewerbeberechtigung bezieht.

Die Gewerbeberechtigung des Beklagten ist nach § 123 Abs 2 der österreichischen Gewerbeordnung (GewO) auf ein bestimmtes, durch Verordnung des Landeshauptmanns von Kärnten festgelegtes Kehrgebiet beschränkt („Kehrgebiet A“). Bis zum 26. Juli 2011 durfte der Beklagte nach § 124 GewO auch in einem anderen Kehrgebiet („Kehrgebiet B“) tätig werden, weil dort nicht mehr als zwei Rauchfangkehrer ihren Betriebsstandort hatten und daher dort

ansässige Kunden in das Kehrgebiet des Beklagten „wechseln“ durften. Der - missverständliche - Begriff „Kehrgebietswechsel“ bedeutet, dass Kunden aus einem Kehrgebiet, in dem nur zwei Rauchfangkehrer niedergelassen sind, einen Rauchfangkehrer aus einem anderen Kehrgebiet mit der Reinigung ihrer Schornsteine beauftragen können. Die Kunden „wechseln“ also *fiktiv* in das Kehrgebiet des Rauchfangkehrers, *tatsächlich* wird der Rauchfangkehrer im Kehrgebiet dieser Kunden tätig.

Das Kehrgebiet B besteht allerdings nicht mehr. Es wurde durch eine am 27. Juli 2011 wirksam werdende Neuregelung mit einem anderen Kehrgebiet zu einem neuen Kehrgebiet („Kehrgebiet C“) vereinigt. In diesem sind seither vier Rauchfangkehrer tätig, weswegen für dort ansässige Kunden kein „Kehrgebietswechsel“ mehr möglich ist. Der Beklagte darf dort daher - von hier nicht vorliegenden Ausnahmen (Gefahr im Verzug, behördlicher Auftrag) abgesehen - nicht mehr tätig werden. Dennoch warb er dort nach dem 27. Juli 2011 mit Postwurfsendungen um Kunden. Aufgrund dieser Werbung wechselten 42 Kunden des in diesem Kehrgebiet ansässigen Klägers zu ihm. Dem Kläger entging dadurch ein Verdienst von zumindest 2.594,64 EUR.

II. Rechtsgrundlagen

1. Die nach Ansicht des Senats maßgebenden Bestimmungen der Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt lauten wie folgt:

Artikel 2

(1) Diese Richtlinie gilt für Dienstleistungen, die von einem in einem Mitgliedstaat niedergelassenen Dienstleistungserbringer angeboten werden.

(2) Diese Richtlinie findet auf folgende Tätigkeiten keine Anwendung: [...]

- i) Tätigkeiten, die im Sinne des Artikels 45 des Vertrags mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind; [...]

Artikel 4

Für die Zwecke dieser Richtlinie bezeichnet der Ausdruck:

1. „Dienstleistung“ jede von Artikel 50 des Vertrags erfasste selbstständige Tätigkeit, die in der Regel gegen Entgelt erbracht wird; [...]
6. „Genehmigungsregelung“ jedes Verfahren, das einen Dienstleistungserbringer oder -empfänger verpflichtet, bei einer zuständigen Behörde eine förmliche oder stillschweigende Entscheidung über die Aufnahme oder Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit zu erwirken;
7. „Anforderungen“ alle Auflagen, Verbote, Bedingungen oder Beschränkungen, die in den Rechts- oder Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten festgelegt sind oder sich aus der Rechtsprechung, der Verwaltungspraxis, den Regeln von Berufsverbänden oder den kollektiven Regeln, die von Berufsvereinigungen oder sonstigen Berufsorganisationen in Ausübung ihrer Rechtsautonomie erlassen wurden, ergeben; Regeln, die in von den Sozialpartnern ausgehandelten Tarifverträgen festgelegt wurden, sind als solche keine Anforderungen im Sinne dieser Richtlinie;
8. „zwingende Gründe des Allgemeininteresses“ Gründe, die der Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung als solche anerkannt hat, einschließlich folgender Gründe: öffentliche Ordnung; öffentliche Sicherheit; Sicherheit der Bevölkerung; öffentliche Gesundheit; Erhaltung des finanziellen Gleichgewichts der Systeme der sozialen Sicherung; Schutz der Verbraucher, der Dienstleistungsempfänger und der Arbeitnehmer; Lauterkeit des Handelsverkehrs; Betrugsbekämpfung; Schutz der Umwelt und der städtischen Umwelt; Tierschutz; geistiges Eigentum; Erhaltung des nationalen historischen und künstlerischen Erbes; Ziele der Sozialpolitik und Ziele der Kulturpolitik; [...]

Artikel 10

[...]

- (4) Die Genehmigung ermöglicht dem Dienstleistungserbringer die Aufnahme oder die Ausübung der Dienstleistungstätigkeit im gesamten

Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaats, einschließlich der Einrichtung von Agenturen, Zweigniederlassungen, Tochtergesellschaften oder Geschäftsstellen, sofern nicht zwingende Gründe des Allgemeininteresses eine Genehmigung für jede einzelne Betriebsstätte oder eine Beschränkung der Genehmigung auf einen bestimmten Teil des Hoheitsgebiets rechtfertigen. [...]

Artikel 15

(1) Die Mitgliedstaaten prüfen, ob ihre Rechtsordnungen die in Absatz 2 aufgeführten Anforderungen vorsehen, und stellen sicher, dass diese Anforderungen die Bedingungen des Absatzes 3 erfüllen. Die Mitgliedstaaten ändern ihre Rechts- und Verwaltungsvorschriften, um sie diesen Bedingungen anzupassen.

(2) Die Mitgliedstaaten prüfen, ob ihre Rechtsordnung die Aufnahme oder Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit von folgenden nicht diskriminierenden Anforderungen abhängig macht:

a) mengenmäßigen oder territorialen Beschränkungen, insbesondere in Form von Beschränkungen aufgrund der Bevölkerungszahl oder bestimmter Mindestentfernungen zwischen Dienstleistungserbringern; [...]

(3) Die Mitgliedstaaten prüfen, ob die in Absatz 2 genannten Anforderungen folgende Bedingungen erfüllen:

a) Nicht-Diskriminierung: die Anforderungen dürfen weder eine direkte noch eine indirekte Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit oder - bei Gesellschaften - aufgrund des Orts des satzungsmäßigen Sitzes darstellen;

b) Erforderlichkeit: die Anforderungen müssen durch einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein;

c) Verhältnismäßigkeit: die Anforderungen müssen zur Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Ziels geeignet sein; sie dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist; diese Anforderungen können nicht durch andere weniger einschneidende Maßnahmen ersetzt werden, die zum selben Ergebnis führen.

2. Die österreichische Gewerbeordnung enthält für Rauchfangkehrer unter anderem folgende Regelungen:

§ 120.(1) Einer Gewerbeberechtigung für das Gewerbe der Rauchfangkehrer (§ 94 Z 55) bedarf es

für das Reinigen, Kehren und Überprüfen von Rauch- und Abgasfängen, von Rauch- und Abgasleitungen sowie von den dazugehörigen Feuerstätten. Insoweit Rauchfangkehrer durch landesrechtliche Vorschriften zu verwaltungspolizeilichen Tätigkeiten, insbesondere Tätigkeiten der Feuerpolizei, Baupolizei oder vergleichbaren Tätigkeiten verpflichtet werden, nehmen sie öffentliche Aufgaben wahr und bedürfen dafür der Niederlassung in Österreich. [...]

§ 123.(1) Der Landeshauptmann hat durch Verordnung eine gebietsweise Abgrenzung für die Ausübung des Rauchfangkehrergewerbes zu verfügen. In dieser Verordnung sind die Grenzen der Kehrgebiete so festzulegen, dass die feuerpolizeilichen Aufgaben entsprechend wahrgenommen werden können und dass innerhalb eines Kehrgebietes die wirtschaftliche Lebensfähigkeit von mindestens zwei Rauchfangkehrerbetrieben mit mindestens je zwei hauptberuflich beschäftigten Arbeitnehmern gewährleistet ist. [...]

(2) Für die Ausübung des Rauchfangkehrergewerbes dürfen nur Gewerbebeanmeldungen erstattet werden, die die Ausführung von Tätigkeiten gemäß § 120 Abs 1 auf das betreffende Kehrgebiet einschränken. Bei Gefahr im Verzug, im Fall eines Auftrages gemäß § 122 Abs 2 oder im Fall des Wechsels in ein anderes Kehrgebiet gemäß § 124 ist jedoch die Verrichtung von Tätigkeiten gemäß § 120 Abs 1 auch außerhalb des Kehrgebietes zulässig. [...]

(3) Die Rauchfangkehrer sind verpflichtet, innerhalb ihres Kehrgebietes nach Maßgabe des jeweils geltenden Höchstarifes die im § 120 Abs 1 angeführten Tätigkeiten auszuführen.

§ 124. Im Fall des Wechsels des für ein Kehrobjekt beauftragten Rauchfangkehrers hat der bisher beauftragte Rauchfangkehrer unverzüglich einen schriftlichen Bericht über die zuletzt erfolgte Kehrung und über den Zustand des Kehrobjektes an den für die Zukunft beauftragten Rauchfangkehrer, an die Gemeinde und an die Inhaber des Kehrobjektes zu übermitteln. Der Wechsel des Rauchfangkehrers darf nicht während der Heizperiode und nicht später als vier Wochen vor dem nächstfolgenden Kehrtermin vorgenommen werden. Gibt es in dem jeweiligen Kehrgebiet nicht mehr als zwei Rauchfangkehrer, so ist der Wechsel in ein anderes Kehrgebiet zulässig.

§ 125.(1) Der Landeshauptmann hat durch Verordnung auch Höchstarife festzulegen. Hiebei ist

auf die Leistungsfähigkeit der Betriebe und auf die Interessen der Leistungsempfänger Bedacht zu nehmen. Die Höchstarife können für das gesamte Bundesland, für einzelne Kehrgebiete oder auch für einzelne Gemeinden festgelegt werden. [...]

(3) Die Gewerbeanmeldung (§ 339) hat die Einschränkung gemäß § 123 Abs 2 zu enthalten.

(4) Mit der Gewerbeausübung darf der Anmelder erst mit der Rechtskraft des Bescheides gemäß § 340 Abs 2 beginnen.

3. Rechtsvorschriften der österreichischen Bundesländer enthalten einerseits Regelungen über die Verpflichtung der Inhaber von Feuerungsanlagen, Rauchfänge regelmäßig durch einen Rauchfangkehrer reinigen zu lassen („Kehrpflicht“). Andererseits sehen sie vor, dass Rauchfangkehrer auch Aufgaben der Feuerpolizei übernehmen. Im Bundesland Kärnten gehört dazu etwa die regelmäßige Feuerbeschau nach der Kärntner Gefahrenpolizei- und Feuerpolizeiordnung:

§ 26. (1) Die Feuerbeschau bei baulichen Anlagen dient der Feststellung von Zuständen, die eine Brandgefahr verursachen oder begünstigen sowie die Brandbekämpfung und Durchführung von Rettungsmaßnahmen erschweren oder verhindern können.

(2) Bei der Feuerbeschau ist durch Augenschein insbesondere zu ermitteln,

a) ob die Vorschriften dieses Gesetzes oder der aufgrund dieses Gesetzes erlassenen Verordnungen und Entscheidungen durch die Gebäudeeigentümer (Eigentümer der Anlage) und die Nutzungsberechtigten eingehalten werden oder sonst Missstände in feuerpolizeilicher Hinsicht vorliegen;

b) ob brandgefährliche Bauschäden bestehen und

c) ob sonstige Umstände bestehen, die für die Brandsicherheit oder die Brandbekämpfung von Bedeutung sind. [...]

(3) Die Feuerbeschau ist unter Bedachtnahme auf das brandschutztechnische Risiko der baulichen Anlage durchzuführen. Sie ist bei baulichen Anlagen mit

- a) geringem brandschutztechnischen Risiko alle 15 Jahre;
- b) mittlerem brandschutztechnischen Risiko alle 9 Jahre und
- c) hohem brandschutztechnischen Risiko alle 5 Jahre durchzuführen. [...]

§ 27. (1) Die Feuerbeschau gemäß § 26 Abs 3 lit a und b ist vom beauftragten Rauchfangkehrer (§ 19 Abs 1 oder 1a) selbständig durchzuführen. Wurde vom Gebäudeeigentümer (gegebenenfalls vom Nutzungsberechtigten oder der Hausverwaltung) kein Rauchfangkehrer mit der Durchführung der Feuerbeschau beauftragt, hat die Gemeinde einen Rauchfangkehrer mit der Durchführung zu beauftragen. [...]

(9) Für jede durchgeführte Feuerbeschau gemäß Abs 1 hat der Eigentümer (der Nutzungsberechtigte oder die Hausverwaltung) einen Kostenbeitrag zu leisten. Die Einhebung des Kostenbeitrags hat durch den Rauchfangkehrer zu erfolgen. Wird der Kostenbeitrag durch den Verpflichteten nicht entrichtet, hat die Gemeinde den Kostenbeitrag mit Bescheid festzusetzen. Die Höhe des Kostenbeitrags richtet sich nach den für eine Beschau in der Verordnung über die Festsetzung von Höchsttarifen für das Rauchfangkehrergewerbe festgesetzten Tarifen.

Andere Bundesländer sehen auch eine Mitwirkung des Rauchfangkehrers in Bauverfahren vor. Beispielsweise hat der Bauherr nach § 38 Abs 1 des Steiermärkischen Baugesetzes die Fertigstellung von Bauarbeiten anzuzeigen und dabei nach § 38 Abs 2 Z 2 dieses Gesetzes Folgendes vorzulegen:

„bei baulichen Anlagen mit Rauch- und Abgasfängen ein[en] Überprüfungsbefund eines Rauchfangkehrermeisters über die vorschriftsmäßige Ausführung der Rauch- und Abgasfänge von Feuerstätten.“

III. Anträge und Vorbringen der Parteien

Der Kläger beantragt, dem Beklagten zu untersagen, im neuen Kehrgebiet C als Rauchfangkehrer tätig

zu werden, sofern nicht Gefahr im Verzug oder ein behördlicher Auftrag vorliege oder der Beklagte bereits vor dem 27. Juli 2011 beauftragt gewesen sei, ein Objekt in diesem Kehrgebiet zu betreuen. Weiter begehrt er Schadenersatz von 2.594,65 EUR und die Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung. Der Beklagte dürfe im Kehrgebiet C nicht tätig werden, weil es dort seit der Neuordnung vier Rauchfangkehrer gebe. Da die gesetzliche Regelung eindeutig sei, könne sich der Beklagte nicht auf eine vertretbare Rechtsansicht berufen. Daher sei sein Verhalten auch unlauter im Sinn von § 1 Abs 1 Z 1 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG). Das begründe Unterlassungs- und Schadenersatzansprüche. Die Beschränkung der Gewerbeberechtigung auf bestimmte Kehrgebiete sei unionsrechtskonform, weil der Brandschutz im öffentlichen Interesse liege und daher ein Gebietsschutz zulässig sei.

Der Beklagte beantragt die Abweisung der Klage. Die Beschränkung auf Kehrgebiete beziehe sich - zumindest bei unionsrechtskonformer Auslegung der gewerberechtlichen Bestimmungen - nur auf die hoheitlichen Aufgaben des Rauchfangkehrers aufgrund landesrechtlicher Vorschriften, insbesondere im Bereich der Feuerpolizei, nicht aber auf dessen privatwirtschaftliche Tätigkeit. Insofern stehe die RL 2006/123/EG einer Beschränkung auf bestimmte Kehrgebiete entgegen. Nach Art 10 Abs 4 RL 2006/123/EG ermögliche eine „Genehmigung“ - hier also die Gewerbeberechtigung - dem Dienstleistungserbringer grundsätzlich eine Tätigkeit im gesamten Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaates. Nach Art 15 Abs 2 lit a RL 2006/123/EG müssten territoriale Beschränkungen dahin überprüft werden, ob sie nicht diskriminierend, erforderlich und verhältnismäßig seien. Dies treffe in Bezug auf die

privatwirtschaftliche Tätigkeit eines Rauchfangkehrers nicht zu.

IV. Bisheriges Verfahren

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt. Die Regelungen der Gewerbeordnung seien weiterhin anwendbar, weil die RL 2006/123/EG territoriale Beschränkungen der Gewerbeausübung erlaube, wenn sie nicht diskriminierend, erforderlich und verhältnismäßig seien. Das treffe hier zu, weil Rauchfangkehrer auch öffentlich-rechtliche Aufgaben wahrnehmen. Der Verstoß gegen die gewerberechtlichen Bestimmungen begründe Unterlassungs- und Schadenersatzansprüche nach dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb.

Das Berufungsgericht bestätigte diese Entscheidung. Die Bestimmungen der Gewerbeordnung seien unionsrechtlich unbedenklich. Zwar sei die RL 2006/123/EG auch in Sachverhalten ohne Auslandsbezug anwendbar. Allerdings lasse sie bei Vorliegen eines öffentlichen Interesses einschränkende Regelungen zu. Die hoheitlichen Aufgaben des Rauchfangkehrers im Bereich des Brandschutzes dienten dem Schutz der Bevölkerung vor Schäden durch Brände und lägen daher im öffentlichen Interesse. Dies rechtfertige eine territoriale Beschränkung der Gewerbeberechtigung.

Der Oberste Gerichtshof hat über eine Revision des Beklagten zu entscheiden, die sich ausschließlich auf die Unionsrechtswidrigkeit der gewerberechtlichen Bestimmungen stützt. Eine territoriale Beschränkung sei nur für die öffentlich-rechtlichen Aufgaben von Rauchfangkehrern gerechtfertigt. Im privatwirtschaftlichen Bereich stünden einer solchen Regelung die Art 10 Abs 4 und Art 15 Abs 2 lit a RL 2006/123/EG entgegen.

V. Vorlagefragen

1. Die Gewerbeberechtigung des Beklagten ist auf das Kehrgebiet A beschränkt. Da weder Gefahr im Verzug noch ein behördlicher Auftrag vorlag und auch die Voraussetzungen für einen „Wechsel“ des Kehrgebiets nicht erfüllt waren, durfte er nach den eindeutigen Regelungen der Gewerbeordnung im Kehrgebiet C nicht tätig werden. Eine vertretbare Rechtsansicht, die nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs Ansprüche nach dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb ausschliesse, liegt nicht vor. Denn dem § 123 GewO kann auch bei großzügigster Auslegung nicht entnommen werden, dass die „gebietsweise Abgrenzung“ nur die Aufgaben des Rauchfangkehrers im Rahmen der Feuerpolizei betreffe. Dieses Ergebnis stünde im klaren Widerspruch zum Wortlaut der Bestimmung, der sich gerade nicht auf besondere Aufgaben bezieht, die in Landesgesetzen vorgesehen sind, sondern ganz allgemein auf die „Ausübung des Rauchfangkehrergewerbes“. Das sind (insbesondere) die in § 120 Abs 1 GewO genannten Tätigkeiten: das Reinigen, Kehren und Überprüfen von Rauch- und Abgasfängen, von Rauch- und Abgasleitungen sowie von den dazu gehörenden Feuerstätten.

2. Der Beklagte wendet ein, dass die in der Gewerbeordnung vorgesehene Beschränkung der Gewerbeberechtigung auf ein bestimmtes Kehrgebiet gegen verschiedene Bestimmungen der RL 2006/123/EG über Dienstleistungen im Binnenmarkt verstoße. Trifft das zu, wäre die Regelung der Gewerbeordnung wegen des Vorrangs des Unionsrechts nicht anwendbar. Der Beklagte dürfte daher unbeschränkt (auch) im Kehrgebiet C tätig werden, weswegen keine Ansprüche des Klägers nach dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb bestünden. Um darüber entscheiden zu

können, ist zunächst zu prüfen, ob die Richtlinie überhaupt anwendbar ist (Frage 1). Wird das bejaht, ist in einem weiteren Schritt zu klären, ob und gegebenenfalls welche Bestimmungen der Richtlinie einer territorialen Beschränkung der Gewerbeberechtigung entgegenstehen (Frage 2)

3. Zur Anwendbarkeit der Richtlinie (Frage 1).

3.1. Die RL 2006/123/EG über Dienstleistungen im Binnenmarkt war nach ihrem Art 44 bis 28. Dezember 2009 umzusetzen. Sie gilt nach ihrem Art 2 Abs 1 für Dienstleistungen, „die von einem in einem Mitgliedstaat niedergelassenen Dienstleistungserbringer angeboten werden“. Ein grenzüberschreitendes Element ist daher nicht erforderlich. Implizit ergibt sich das auch aus den Entscheidungen C-119/09, *Société fiduciaire nationale d'expertise comptable*, und C-57/12, *Femarbel ASBL*. Obwohl diesen Entscheidungen rein nationale Sachverhalten zugrunde lagen, hatte der EuGH keine Zweifel an der Anwendung der Richtlinie. Der Umstand, dass der vorliegende Fall keine Auslandsberührung aufweist, schließt die Anwendbarkeit der Richtlinie daher nicht aus.

3.2. Nach Art 2 Abs 2 lit i RL 2006/123/EG findet die Richtlinie keine Anwendung auf „Tätigkeiten, die im Sinne des Artikels 45 des Vertrags mit der Ausübung hoheitlicher Gewalt verbunden sind“. Diese Ausnahme bezieht sich jedenfalls auf jene Tätigkeiten, die ein Rauchfangkehrer aufgrund öffentlich-rechtlicher Vorschriften, insbesondere im Rahmen der Feuerpolizei, ausübt. Die diesbezüglichen Regelungen finden sich in Gesetzen der Bundesländer. Im vorliegenden Verfahren geht es aber nicht um die Erfüllung solcher Aufgaben, die dem hoheitlichen Bereich zugeordnet werden können, sondern ausschließlich um die privatwirtschaftliche Tätigkeit von Rauchfangkehrern im

Rahmen ihres Gewerbes. Diese Tätigkeit ist nicht mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden; vielmehr handelt es sich dabei um Dienstleistungen, die ein Unternehmer gegen Entgelt erbringt. Zwar besteht für die Höhe dieses Entgelts ein durch Verordnung festgesetzter Höchstarif; der Rauchfangkehrer kann mit seinen Kunden jedoch ein geringeres Entgelt vereinbaren. Zwischen mehreren Rauchfangkehrern eines Kehrgebiets besteht daher (auch) ein Preiswettbewerb. Dass die Kunden aufgrund landesrechtlicher Regelungen verpflichtet sind, diese Dienstleistungen vornehmen zu lassen („Kehrpflicht“), kann an deren privatwirtschaftlichem Charakter nichts ändern. Nach Ansicht des Obersten Gerichtshofs sind diese Tätigkeiten daher nicht vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgeschlossen. Allerdings könnte auch die Auffassung vertreten werden, dass schon ein bloßer Zusammenhang zwischen der Erfüllung hoheitlicher Aufgaben und einer privatwirtschaftlichen Tätigkeit zur vollständigen Unanwendbarkeit der Richtlinie führe. Der Europäische Gerichtshof wird mit Frage 1 um eine Klarstellung ersucht.

4. Zur Vereinbarkeit einer territorialen Beschränkung der Gewerbeberechtigung mit der Richtlinie (Frage 2).

4.1. Für den Standpunkt des Beklagten sprechen zwei Bestimmungen der RL 2006/123/EG. Zum einen sieht deren Art 10 Abs 4 vor, die „Genehmigung“ (hier also der nach § 125 Abs 4 iVm § 340 Abs 2 GewO erlassene Bescheid über das Vorliegen der Voraussetzungen für die Gewerbeberechtigung) ermögli~~che~~ dem Dienstleistungserbringer

„die Aufnahme oder die Ausübung der Dienstleistungstätigkeit im gesamten Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaats [...], sofern nicht

zwingende Gründe des Allgemeininteresses [...] eine Beschränkung der Genehmigung auf einen bestimmten Teil des Hoheitsgebiets rechtfertigen.“

Zum anderen ist wohl auch Art 15 RL 2006/123/EG anwendbar. Nach Abs 1 dieser Bestimmung prüfen die Mitgliedstaaten, ob ihre Rechtsordnungen die in Abs 2 aufgeführten *Anforderungen* vorsehen, und stellen sicher, dass diese Anforderungen die *Bedingungen* des Abs 3 erfüllen. Solche Anforderungen sind nach Art 15 Abs 2 lit a insbesondere

„mengenmäßige oder territoriale Beschränkungen, insbesondere in Form von Beschränkungen aufgrund der Bevölkerungszahl oder bestimmter Mindestentfernungen zwischen Dienstleistungserbringern.“

Die Beschränkung der Gewerbeberechtigung auf ein bestimmtes Kehrgebiet kann als „territoriale“ Beschränkung im Sinn dieser Bestimmung verstanden werden. Daher müssen insofern die Bedingungen des Art 15 Abs 3 RL 2006/123/EG erfüllt sein:

- „a) Nicht-Diskriminierung: die Anforderungen dürfen weder eine direkte noch eine indirekte Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit oder - bei Gesellschaften - aufgrund des Orts des satzungsmäßigen Sitzes darstellen;
- b) Erforderlichkeit: die Anforderungen müssen durch einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein;
- c) Verhältnismäßigkeit: die Anforderungen müssen zur Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Ziels geeignet sein; sie dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist; diese Anforderungen können nicht durch andere weniger einschneidende Maßnahmen ersetzt werden, die zum selben Ergebnis führen.“

4.2. Beide Bestimmungen stehen *territorial beschränkten Gewerbeberechtigungen* entgegen, wenn sie nicht durch *zwingende Gründe des Allgemeininteresses* gerechtfertigt sind; Art 15 Abs 3 RL 2006/123/EG sieht zudem ausdrücklich vor, dass die Einschränkung dem *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechen* muss.

(a) Ob diese Bedingungen beim Gewerbe der Rauchfangkehrer erfüllt sind, ist fraglich (zweifelnd, aber letztlich unentschieden, *Herzog/Motyka*, Reglementierte Berufe am Prüfstand der Dienstleistungsrichtlinie, ÖZW 2010, 112 [115 f]; *Stöger*, Die Dienstleistungsrichtlinie und das Landesrecht, Jahrbuch Öffentliches Recht 2011, 289 [306]). Zwar erfüllen Rauchfangkehrer öffentlich-rechtliche Aufgaben im Bereich der Feuerpolizei. An dieser Tätigkeit besteht zweifellos ein Interesse der Allgemeinheit. Der Gesetzgeber nimmt offenbar an, dass dafür wirtschaftlich lebensfähige Unternehmen erforderlich sind, was den Gebietsschutz rechtfertigt. Allerdings könnte die Lebensfähigkeit auch durch weniger einschneidende Maßnahmen sichergestellt werden, etwa durch Belehnung einzelner Rauchfangkehrer mit diesen besonderen Aufgaben. Wird vorgesehen, dass diese Aufgaben angemessen honoriert werden, ist für die übrige - privatwirtschaftliche - Tätigkeit von Rauchfangkehrern kein Gebietsschutz erforderlich. Damit scheint die österreichische Regelung die Bedingung des Art 15 Abs 3 lit c RL 2006/123/EG (Verhältnismäßigkeit) nicht zu erfüllen.

(b) Der Wortlaut von Art 10 Abs 4 RL 2006/123/EG enthält das Erfordernis der Verhältnismäßigkeit nicht. Darin dürfte jedoch ein Redaktionsversehen liegen. Denn nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs rechtfertigen Gründe des

Allgemeininteresses Beschränkungen der Niederlassungs- oder Dienstleistungsfreiheit grundsätzlich nur dann, wenn sie verhältnismäßig sind, sich also zur Erreichung des verfolgten Zieles eignen und nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Zieles erforderlich ist (zuletzt etwa C-577/11, *DKV Belgium SA*, Rz 38). Da Erwägungsgrund 40 der RL 2006/123/EG in Zusammenhang mit dem „Allgemeininteresse“ auf diese Rechtsprechung Bezug nimmt, ist kein Grund erkennbar, weshalb das Erfordernis der Verhältnismäßigkeit gerade in Art 10 Abs 4 RL 2006/123/EG nicht gelten soll. Folgerichtig führt auch das *Handbuch der Europäischen Kommission zur Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie* (Luxemburg 2007) aus, dass eine räumliche Beschränkung der Genehmigung nach Art 10 Abs 4 RL 2006/123/EG nur zulässig sei, wenn nicht nur zwingende Gründe des Allgemeininteresses vorlägen, sondern die Beschränkung auch verhältnismäßig sei (Handbuch S 31, Punkt 6.1.5). Auch Art 10 Abs 4 RL 2006/123/EG dürfte daher einer Beschränkung der Gewerbeberechtigung auf ein bestimmtes Kehrgebiet entgegenstehen.

(c) Für dieses Ergebnis spricht, dass in Deutschland der früher auch dort vorgesehene Gebietsschutz aufgrund eines von der Europäischen Kommission eingeleiteten Vertragsverletzungsverfahrens abgeschafft und - im Schornsteinfeger-Handwerksgesetz (dBGBI I 2008, 2242) - durch ein Mischsystem ersetzt wurde. Danach gibt es zwar weiterhin Kehrbezirke mit „bevollmächtigten Bezirksschornsteinfegern“, die öffentlich-rechtliche Aufgaben zu erfüllen haben, wozu insbesondere die Kontrolle des Kkehrbuchs und die Mitwirkung in behördlichen Verfahren (insb Bauverfahren) gehört. Im Übrigen bestehen aber keine gebietsmäßigen Beschränkungen mehr; die Reinigung von

Schornsteinen kann von allen Schornsteinfegern vorgenommen werden, die in die Handwerksrolle eingetragen sind. Die Kontrolle erfolgt dadurch, dass die Kehrungen dem „bevollmächtigten Bezirksschornsteinfeger“ gemeldet werden müssen, der sie allenfalls kontrollieren kann. Auch die deutsche Neuregelung zeigt, dass weniger einschneidende Maßnahmen als der in Österreich vorgesehene Gebietsschutz die Erfüllung der öffentlich-rechtlichen Aufgaben von Rauchfangkehrern sicherstellen können.

(d) Eine ähnliche Auffassung vertritt offenbar auch der Gesetzgeber des österreichischen Bundeslands Salzburg. Denn er ersetzte in § 6 Abs 2 der Salzburger Feuerpolizeiordnung (also bei der Regelung der Kehrpflicht) die Wortfolge „durch einen für das [...] Kehrgebiet beauftragten Rauchfangkehrer“ durch die Formulierung „durch einen Rauchfangkehrer“ (Novellierung durch Art II Salzburger Landesgesetz zur Umsetzung der EU-Dienstleistungsrichtlinie, LGBI 2010/20). Zur Begründung führten die Gesetzesmaterialien aus, die Beschränkung auf einen für das Kehrgebiet beauftragten Rauchfangkehrer sei „eine unzulässige Beschränkung der Heranziehung eines in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Dienstleistungserbringers“ (124 BlgLT 14. GP, 2. Session, S 40). Da Art 16 Abs 1 RL 2006/123/EG für Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit dieselben Voraussetzungen vorsieht wie Art 15 Abs 3 lit c RL 2006/123/EG für Anforderungen an die Tätigkeit eines niedergelassenen Dienstleisters, folgt daraus, dass der Landesgesetzgeber die - freilich nicht in seine Kompetenz fallende - Frage der Beschränkung der Gewerbeberechtigung inländischer Rauchfangkehrer wohl gleich behandelt hätte.

(e) Aus diesen Gründen neigt der Oberste Gerichtshof eher zur Auffassung, dass die Beschränkung der Gewerbeberechtigung von Rauchfangkehrern auf ein bestimmtes Kehrgebiet nicht mit der Richtlinie 2006/123/EG vereinbar ist. Da aber auch insofern eine andere Auffassung denkbar ist, wird der Europäische Gerichtshof mit Frage 2 um eine entsprechende Klarstellung ersucht.

VI. Verfahrensrechtliches

Als Gericht letzter Instanz ist der Oberste Gerichtshof zur Vorlage verpflichtet, wenn die richtige Anwendung des Unionsrechts nicht derart offenkundig ist, dass kein Raum für vernünftige Zweifel bleibt. Solche Zweifel liegen hier vor. Bis zur Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs ist das Verfahren über das Rechtsmittel der Beklagten zu unterbrechen.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 20. Mai 2014

Dr. S c h e n k

Für die Richtigkeit der Ausfertigung
die Leiterin der Geschäftsabteilung: