Sammlung der Rechtsprechung

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS
MACIEJ SZPUNAR
vom 16. Juli 2015[1]

**Rechtssache C-293/14**

**Gebhart Hiebler**
**gegen**
**Walter Schlagbauer**

(Vorabentscheidungsersuchen des Obersten Gerichtshofs [Österreich])

„Richtlinie 2006/123/EG — Niederlassungsfreiheit — Rein innerstaatliche Sachverhalte — Art. 2 Abs. 2 Buchst. i — Tätigkeiten, die mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind — Beruf des Rauchfangkehrers — Art. 10 Abs. 4 — Art. 15 Abs. 1 bis 4 — Territoriale Beschränkungen — Verhältnismäßigkeit — Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“

## I – **Einführung**

1. „Kärnten is lei ans.“

2. Dieser Spruch, mit dem Einwohner des österreichischen Bundeslandes Kärnten in ihrer Mundart ihren Stolz darüber zum Ausdruck bringen, dass es nur ein einziges Kärnten gibt, trifft im eigentlichen Wortsinn auf den vorliegenden Fall nicht zu. Hinsichtlich der Ausübung des Berufs des Rauchfangkehrers ist das Gebiet Kärnten aufgrund örtlicher Regelungen in mehrere sogenannte „Kehrgebiete“ aufgeteilt. Grundsätzlich dürfen Rauchfangkehrer ihre Dienste nur in dem Kehrgebiet anbieten, in dem sie ansässig sind – zur Verärgerung von Herrn Hiebler, einem Rauchfangkehrermeister aus Moosburg in Kärnten, der seine Dienste gerne außerhalb seines Kehrgebiets anbieten möchte.

3. Der Gerichtshof hat sich in der vorliegenden Rechtssache mit der Frage zu befassen, ob eine nationale Regelung wie diejenige, die hier auf Herrn Hiebler anwendbar ist, mit der Richtlinie 2006/123/EG[2], der sogenannten Dienstleistungsrichtlinie, vereinbar ist. Meine Würdigung führt zu dem Ergebnis, dass diese Frage zu verneinen ist.

1 — Originalsprache: Englisch.

2 — Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt (ABl. L 376, S. 36). Diese Richtlinie war bislang noch nicht Gegenstand umfangreicher Rechtsstreitigkeiten und wurde vom Gerichtshof bisher erst in einem Fall für anwendbar befunden. Vgl. Urteil Rina Services u. a. (C-593/13, EU:C:2015:399). Vgl. auch Schlussanträge des Generalanwalts Cruz Villalón in der Rechtssache Rina Services u. a. (C-593/13, EU:C:2015:159, Nr. 1 und Fn. 2).

## II – **Rechtlicher Rahmen**

### A – *Unionsrecht*

4. Art. 2 („Anwendungsbereich“) der Richtlinie 2006/123 lautet:

„(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;

…“

5. Art. 10 („Voraussetzungen für die Erteilung der Genehmigung“) der Richtlinie bestimmt in seinem Abs. 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.“

6. Art. 14 („Unzulässige Anforderungen“) schreibt vor:

„Die Mitgliedstaaten dürfen die Aufnahme oder Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit in ihrem Hoheitsgebiet nicht von einer der folgenden Anforderungen abhängig machen:

1. diskriminierenden Anforderungen, die direkt oder indirekt auf der Staatsangehörigkeit oder – für Unternehmen – dem satzungsmäßigen Sitz beruhen, insbesondere:

   a) einem Staatsangehörigkeitserfordernis für den Dienstleistungserbringer, seine Beschäftigten, seine Gesellschafter oder die Mitglieder der Geschäftsführung oder Kontrollorgane;

   b) einer Residenzpflicht des Dienstleistungserbringers, seiner Beschäftigten, der Gesellschafter oder der Mitglieder der Geschäftsführung oder Kontrollorgane im betreffenden Hoheitsgebiet;

…“

7. Art. 15 („Zu prüfende Anforderungen“) der Richtlinie 2006/123 sieht vor:

„(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.

(4) Die Absätze 1, 2 und 3 gelten für Rechtsvorschriften im Bereich der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse nur insoweit, als die Anwendung dieser Absätze die Erfüllung der anvertrauten besonderen Aufgabe nicht rechtlich oder tatsächlich verhindert.

…“

B – *Österreichisches Recht*

1. Auf (nationaler) Ebene des Bundes

8. Nach § 120 der österreichischen Gewerbeordnung bedarf es einer Gewerbeberechtigung für das Gewerbe der Rauchfangkehrer 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.

9. § 123 der österreichischen Gewerbeordnung lautet:

„(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 Kehrgebiets die wirtschaftliche Lebensfähigkeit von mindestens zwei Rauchfangkehrerbetrieben mit mindestens je zwei hauptberuflich beschäftigten Arbeitnehmern gewährleistet ist …

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

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

10. § 124 der österreichischen Gewerbeordnung sieht vor:

„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 Kehrobjekts an den für die Zukunft beauftragten Rauchfangkehrer, an die Gemeinde und an die Inhaber des Kehrobjekts zu übermitteln … Gibt es in dem jeweiligen Kehrgebiet nicht mehr als zwei Rauchfangkehrer, so ist der Wechsel in ein anderes Kehrgebiet zulässig."

11. § 125 Abs. 1 der österreichischen Gewerbeordnung bestimmt:

„Der Landeshauptmann hat durch Verordnung auch Höchsttarife festzulegen. Hiebei ist auf die Leistungsfähigkeit der Betriebe und auf die Interessen der Leistungsempfänger Bedacht zu nehmen."

2. Auf Ebene der Bundesländer – Kärntner Recht

12. 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.

13. § 26 der Kärntner Gefahrenpolizei- und Feuerpolizeiordnung lautet:

„(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 … 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."

14. § 27 der Kärntner Gefahrenpolizei- und Feuerpolizeiordnung sieht vor:

„(1) Die Feuerbeschau gemäß § 26 Abs. 3 Buchst. a und b ist vom beauftragten Rauchfangkehrer … selbständig durchzuführen …

…

(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 …"

## III – **Sachverhalt, Verfahren und Vorlagefragen**

15. Die Parteien des Ausgangsverfahrens sind Rauchfangkehrer im österreichischen Bundesland Kärnten. Sie streiten darüber, ob Herr Hiebler auch außerhalb des Kehrgebiets, auf das sich seine Gewerbeberechtigung bezieht, tätig werden darf.

16. Nach Maßgabe der vorstehend angeführten Rechtsvorschriften erwarb Herr Hiebler eine Gewerbeberechtigung, die auf das „Kehrgebiet A" beschränkt war. Er durfte außerdem auch in einem anderen Kehrgebiet („Kehrgebiet B") tätig werden, weil dort nicht mehr als zwei Rauchfangkehrer ihren Betriebsstandort hatten. Das Kehrgebiet B besteht allerdings nicht mehr. Es wurde durch eine am 27. Juli 2011 wirksam gewordene Neuregelung mit einem anderen Kehrgebiet zu einem neuen „Kehrgebiet C" vereinigt. In diesem sind seither vier Rauchfangkehrer tätig, weswegen Herr Hiebler dort nicht mehr tätig werden darf, weil die Ausnahmetatbestände, die ihm dies erlaubt hätten (Gefahr im Verzug, behördlicher Auftrag), hier nicht eingreifen.

17. Dennoch warb Herr Hiebler in diesem Gebiet nach dem 27. Juli 2011 mit Postwurfsendungen um Kunden. Aufgrund dieser Werbung wechselten 42 Kunden von Herrn Schlagbauer, der dort ansässig ist, zu Herrn Hiebler. Dadurch erlitt Herr Schlagbauer einen Verdienstausfall.

18. Herr Schlagbauer erhob beim Landesgericht Klagenfurt Klage gegen Herrn Hiebler wegen Unterlassung, Urteilsveröffentlichung und Zahlung von 2 594,65 Euro zuzüglich Zinsen und Kosten. Am 10. März 2013 gab das Landesgericht der Klage statt und entschied, dass die territorialen Beschränkungen in Einklang mit der Richtlinie 2006/123 stünden, da sie nicht diskriminierend, erforderlich und verhältnismäßig seien.

19. Am 6. November 2013 wurde diese Entscheidung in einem von Herrn Hiebler eingeleiteten Berufungsverfahren vom Oberlandesgericht Graz bestätigt.

20. Der Oberste Gerichtshof, bei dem Revision eingelegt wurde, hat mit Beschluss vom 20. Mai 2014, beim Gerichtshof eingegangen am 13. Juni 2014, die folgenden Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Ist die gesamte gewerbliche Tätigkeit eines Rauchfangkehrers nach Art. 2 Abs. 2 Buchst. i der Richtlinie 2006/123 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 Buchst. a und Abs. 3 der Richtlinie 2006/123 vereinbar?

## IV – **Würdigung**

### A – *Vorbemerkungen*

21. Der Oberste Gerichtshof verweist in erster Linie auf Kapitel III der Richtlinie 2006/123 und sieht somit den vorliegenden Sachverhalt eher von den Vorschriften über die Niederlassung als von den Bestimmungen über Dienstleistungen erfasst. Auch mir scheint das der richtige Ansatzpunkt zu sein, denn nach ständiger Rechtsprechung unterscheiden sich Dienstleistung und Niederlassung vor allem durch die Stabilität und Kontinuität der betreffenden Tätigkeit im Gegensatz zur Ausübung einer Tätigkeit von vorübergehendem Charakter [3]. Hier möchte Herr Hiebler seine Tätigkeit des Rauchfangkehrens in stabiler und kontinuierlicher Weise ausüben.

22. Der vorliegende Fall ist daher unter dem Gesichtspunkt der Niederlassungsfreiheit zu prüfen.

23. Des Weiteren ergibt sich, dass die Sachverhaltselemente des vorliegenden Rechtsstreits sämtlich nicht über die Grenzen Österreichs, ja noch nicht einmal über die Grenzen Kärntens hinausweisen. Mit anderen Worten: Es besteht kein sogenannter grenzüberschreitender Bezug zu Mitgliedstaaten der Europäischen Union.

24. Wie in meinen Schlussanträgen in den Rechtssachen Trijber und Harmsen dargelegt, ist ein solcher grenzüberschreitender Bezug auch gar nicht erforderlich. Es muss davon ausgegangen werden, dass Kapitel III der Richtlinie 2006/123 über die Niederlassungsfreiheit von Dienstleistungserbringern auch auf rein innerstaatliche Sachverhalte Anwendung findet [4].

25. Daraus folgt auch, dass die Zulässigkeit des vorliegenden Vorabentscheidungsersuchens nicht in Frage gestellt werden muss und kein Rückgriff auf die ständige Rechtsprechung des Gerichtshofs notwendig ist, wonach auch dann, wenn der betreffende Rechtsstreit selbst keinen grenzüberschreitenden Bezug aufweist, ein Interesse daran bestehen kann, dass der Gerichtshof die ihm gestellten Fragen beantwortet [5].

26. Meines Erachtens ist daher Kapitel III der Richtlinie 2006/123 in der vorliegenden Rechtssache anwendbar; eine Prüfung der Frage, ob irgendwelche Sachverhaltselemente über die Grenzen Österreichs hinausweisen, erübrigt sich.

3 — Vgl. z. B. Urteil Gebhard (C-55/94, EU:C:1995:411, Rn. 25 ff.). Zur Abgrenzung von freiem Dienstleistungsverkehr und Niederlassungsrecht vgl. auch Schlussanträge des Generalanwalts Cruz Villalón in der Rechtssache Yellow Cab Verkehrsbetrieb (C-338/09, EU:C:2010:568, Nrn. 15 bis 18).

4 — Ich verweise den Gerichtshof auf meine Ausführungen in meinen Schlussanträgen in den Rechtssachen Trijber und Harmsen (C-340/14 und C-341/14, Nrn. 49 bis 57), die am selben Tag wie die vorliegenden Schlussanträge gestellt werden.

5 — Eine Zusammenfassung, Kategorisierung und Würdigung dieser Rechtsprechung findet sich in den Schlussanträgen des Generalanwalts Wahl in den Rechtssachen Venturini u. a. (C-159/12 bis C-161/12, EU:C:2013:529, Nrn. 26 bis 53).

B – *Erste Frage*

27. Mit seiner ersten Frage möchte das vorlegende Gericht im Wesentlichen wissen, ob die gesamte gewerbliche Tätigkeit eines Rauchfangkehrers vom Anwendungsbereich der Richtlinie 2006/123 ausgenommen ist, weil Rauchfangkehrer auch Aufgaben im Bereich der Feuerpolizei wahrnehmen. Der Oberste Gerichtshof verweist ausdrücklich auf Art. 2 Abs. 2 Buchst. i der Richtlinie 2006/123, wonach Tätigkeiten ausgenommen sind, die im Sinne von jetzt Art. 51 AEUV mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind [6].

1. Zur Ausübung öffentlicher Gewalt

28. Diese Frage geht allerdings davon aus, dass Rauchfangkehrer in Kärnten im Rahmen ihrer Tätigkeit öffentliche Gewalt ausüben.

29. Auf der Grundlage des Vorabentscheidungsersuchens des vorlegenden Gerichts und der Angaben in der mündlichen Verhandlung ergibt sich folgendes Bild: In Kärnten üben Rauchfangkehrer eine Reihe von Tätigkeiten aus. Zum allergrößten Teil handelt es sich dabei um privatwirtschaftliche Tätigkeiten, die keinerlei Bezug zur Ausübung öffentlicher Gewalt aufweisen. Daneben nehmen Rauchfangkehrer, soweit sie durch landesrechtliche Vorschriften zur Wahrnehmung verwaltungspolizeilicher Tätigkeiten, insbesondere Tätigkeiten der Feuerpolizei, Baupolizei oder vergleichbarer Tätigkeiten verpflichtet werden, öffentliche Aufgaben wahr [7].

30. Sind solche öffentlichen Aufgaben mit der Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne von Art. 2 Abs. 2 Buchst. i der Richtlinie 2006/123 und Art. 51 AEUV verbunden?

31. Das in Art. 51 AEUV genannte Tatbestandsmerkmal „öffentliche Gewalt“, bei dem es sich insofern um einen autonomen Begriff handelt, als er ausschließlich nach Unionsrecht zu bestimmen ist und nicht von den einzelnen Mitgliedstaaten definiert werden kann, normiert eine Ausnahme vom Grundsatz der Niederlassungsfreiheit und ist als solche eng auszulegen. Der Gerichtshof hat den Begriff zwar nicht abstrakt definiert [8], jedoch ausgeführt, dass er sich nur auf Tätigkeiten erstrecke, die, in sich selbst betrachtet, eine *unmittelbare und spezifische* Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt darstellten [9]. So handelt es sich dem Gerichtshof zufolge z. B. bei der Beurkundungstätigkeit der Notare nicht um eine unmittelbare und spezifische Teilnahme [10].

32. Außerdem sind Tätigkeiten, die lediglich eine helfende oder vorbereitende Rolle bei der Ausübung öffentlicher Gewalt spielen [11], nicht vom Geltungsbereich der Niederlassungsfreiheit ausgenommen. Das Gleiche gilt für Tätigkeiten, die zwar einen Verkehr mit den Verwaltungs- und Justizbehörden mit sich bringen und womöglich sogar regelmäßig und systematisch erbracht werden und auf eine

6 — Früher Art. 45 EG, auf den Art. 2 Abs. 2 Buchst. i der Richtlinie 2006/123 Bezug nimmt.

7 — Vgl. § 120 Abs. 1 der österreichischen Gewerbeordnung.

8 — Vgl. jedoch Schlussanträge des Generalanwalts Mayras in der Rechtssache Reyners (2/74, EU:C:1974:59, S. 665), wonach öffentliche Gewalt „für denjenigen, der sie ausübt, die Möglichkeit [beinhaltet], dem Bürger gegenüber von Sonderrechten, Hoheitsprivilegien und Zwangsbefugnissen Gebrauch zu machen“.

9 — Dies entspricht ständiger Rechtsprechung seit dem Urteil Reyners (2/74, EU:C:1974:68, Rn. 44/45).

10 — Vgl. Urteil Kommission/Deutschland (C-54/08, EU:C:2011:339, Rn. 93). In Rn. 94 jenes Urteils hat der Gerichtshof im Weiteren dargelegt, dass der Umstand, dass bei bestimmten Akten oder Verträgen eine Beurkundung zwingende Voraussetzung ihrer Wirksamkeit sei, dieses Ergebnis nicht in Frage stelle, da es nämlich nicht ungewöhnlich sei, dass die Gültigkeit verschiedener Akte nach den nationalen Rechtsordnungen und unter den vorgesehenen Modalitäten Formerfordernissen oder zwingenden Validierungsverfahren unterliege.

11 — Vgl. in diesem Sinne Urteile Thijssen (C-42/92, EU:C:1993:304, Rn. 22), Kommission/Spanien (C-114/97, EU:C:1998:519, Rn. 38), Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti (C-451/03, EU:C:2006:208, Rn. 47) und Kommission/Deutschland (C-404/05, EU:C:2007:723, Rn. 38).

obligatorische Mitarbeit bei der Erfüllung der Aufgaben der Behörden hinauslaufen, jedoch die Beurteilung und die Entscheidungsbefugnis unberührt lassen [12], sowie für bestimmte Tätigkeiten, die keine Ausübung von Entscheidungsbefugnissen [13], Zwangsgewalt [14] bzw. Zwangsbefugnissen [15] umfassen.

33. Ferner hat der Gerichtshof unlängst im Hinblick auf die für die öffentliche Verwaltung geltende Ausnahme nach Art. 45 Abs. 4 AEUV – diese Bestimmung entspricht Art. 51 AEUV im Bereich der Freizügigkeit der Arbeitnehmer – entschieden, dass die hoheitliche Gewalt vom Stelleninhaber *regelmäßig* ausgeübt werden müsse und *nicht nur einen sehr geringen Teil* seiner Tätigkeiten ausmachen dürfe [16].

34. In der mündlichen Verhandlung ist vorgetragen worden, dass nach Kärntner Recht nicht der Rauchfangkehrer, sondern die Kommunalverwaltung in Person des Bürgermeisters für feuerpolizeiliche Aufgaben zuständig sei. Es sei Sache des Bürgermeisters, öffentliche Gewalt auszuüben und die Erfüllung der Pflichten von Rauchfangkehrerkunden durch Zwangsmaßnahmen durchzusetzen.

35. Angesichts dessen bezweifle ich, dass solche feuerpolizeilichen Aufgaben in den Bereich der Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne von Art. 51 AEUV fallen, da die Tätigkeiten des Rauchfangkehrers nur eine helfende Rolle bei der Ausübung öffentlicher Gewalt spielen und der Rauchfangkehrer über keinerlei Vollzugs-, Verbots- oder Zwangsbefugnisse verfügt.

36. Wenn keine der von Herrn Hiebler ausgeübten Tätigkeiten unter Art. 2 Abs. 2 Buchst. i der Richtlinie 2006/123 fällt, findet die Richtlinie auf seinen gesamten Tätigkeitsbereich Anwendung [17].

2. Zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse

37. Ich werde mich mit dem Begriff „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ im Rahmen der zweiten Frage befassen. An dieser Stelle genügt der Hinweis, dass selbst wenn (sämtliche) Tätigkeiten der Rauchfangkehrer als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse angesehen würden, diese dennoch in den Anwendungsbereich der Richtlinie fielen. Nach Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 2006/123 ist nämlich die *Liberalisierung* von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, die öffentlichen oder privaten Einrichtungen vorbehalten sind, nicht Gegenstand der Richtlinie. Des Weiteren heißt es in Art. 1 Abs. 3 Unterabs. 2, dass die Richtlinie „nicht das Recht der Mitgliedstaaten [berührt], im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht festzulegen, welche Leistungen sie als von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse erachten, wie diese Dienstleistungen unter Beachtung der Vorschriften über staatliche Beihilfen organisiert und finanziert werden sollten und welchen spezifischen Verpflichtungen sie unterliegen sollten“. Meines Erachtens ergibt sich daraus, dass Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse grundsätzlich in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2006/123 fallen, was auch durch den 17. Erwägungsgrund

12 — Vgl. in diesem Sinne Urteil Reyners (2/74, EU:C:1974:68, Rn. 51 und 53).

13 — Vgl. in diesem Sinne Urteile Thijssen (C-42/92, EU:C:1993:304, Rn. 21 und 22), Kommission/Österreich (C-393/05, EU:C:2007:722, Rn. 36 und 42) und Kommission/Deutschland (C-404/05, EU:C:2007:723, Rn. 38 und 44).

14 — Vgl. Urteil Kommission/Spanien (C-114/97, EU:C:1998:519, Rn. 37).

15 — Vgl. Urteil Anker u. a. (C-47/02, EU:C:2003:516, Rn. 61).

16 — Vgl. Urteil Haralambidis (C-270/13, EU:C:2014:2185, Rn. 58).

17 — Selbst wenn einzelne Tätigkeiten von der genannten Vorschrift erfasst würden, ließen sich jedenfalls die von Herrn Hiebler verrichteten öffentlich-rechtlichen Tätigkeiten von seinen übrigen Tätigkeiten abtrennen, auf die dann die Richtlinie Anwendung fände.

bestätigt wird [18]. Ferner wird in Art. 2 Abs. 2 Buchst. a betont, dass die Richtlinie keine Anwendung auf *nicht wirtschaftliche* Dienstleistungen von allgemeinem Interesse findet, was überflüssig ist, da eine Dienstleistung definitionsgemäß gegen Entgelt erbracht wird [19]. Zudem sind einige Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse wie etwa Verkehrsdienstleistungen [20] ausdrücklich vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen, woraus sich im Gegenschluss ergibt, dass alle Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, die nicht ausdrücklich ausgenommen sind, in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen.

38. Die erste Frage ist daher dahin zu beantworten, dass Tätigkeiten wie diejenigen eines Rauchfangkehrers im Bundesland Kärnten, einschließlich Tätigkeiten im Bereich der Feuerpolizei, keine Tätigkeiten darstellen, die mit der Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne von Art. 2 Abs. 2 Buchst. i der Richtlinie 2006/123 und Art. 51 AEUV verbunden sind. Sie fallen in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2006/123.

## C – *Zweite Frage*

39. Mit seiner zweiten Frage möchte das vorlegende Gericht vom Gerichtshof wissen, ob 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 Buchst. a und Abs. 3 der Richtlinie 2006/123 vereinbar ist. Im Wesentlichen soll geklärt werden, ob eine Beschränkung des Niederlassungsrechts infolge mengenmäßiger oder territorialer Beschränkungen durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein kann.

40. In Art. 10 Abs. 4 der Richtlinie 2006/123 sind die Voraussetzungen für die nationalen Genehmigungsregelungen aufgeführt, während Regelungsgegenstand von Art. 15 der Richtlinie die Vereinbarkeit nationaler Anforderungen an die Dienstleistungserbringer mit der Richtlinie ist.

### 1. Art. 14 Nr. 1 Buchst. b der Richtlinie 2006/123

41. Bevor ich mich der Prüfung von Art. 10 Abs. 4 und Art. 15 zuwende, halte ich es für notwendig, den Gerichtshof auf Art. 14 Nr. 1 Buchst. b hinzuweisen.

42. Nach meinem Verständnis ist § 120 der österreichischen Gewerbeordnung zu entnehmen, dass es bei der Beantragung einer Gewerbeberechtigung für Rauchfangkehrer nicht auf die Art der tatsächlich ausgeübten Tätigkeit ankommt und dass daher jeder, der eine solche Gewerbeberechtigung erlangen will, zu diesem Zweck in Österreich ansässig sein muss. Ob diese Annahme richtig ist, muss das nationale Gericht überprüfen. Sollte sie jedoch zutreffen, so handelt es sich um eine im Sinne von Art. 14 Nr. 1 Buchst. b der Richtlinie 2006/123 diskriminierende Anforderung, die indirekt auf der Staatsangehörigkeit beruht, da eine Residenzpflicht des Unternehmens von Herrn Hiebler in Österreich bestünde. Dies wäre an sich schon rechtswidrig, ohne dass die Möglichkeit einer Rechtfertigung gegeben wäre [21].

18 — Gemäß diesem Erwägungsgrund „[sind] Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse … Dienstleistungen, die für eine wirtschaftliche Gegenleistung erbracht werden, und fallen deshalb in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie. Gleichwohl sind bestimmte Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, wie solche, die gegebenenfalls im Verkehrsbereich erbracht werden, vom Anwendungsbereich dieser Richtlinie ausgenommen und für einige andere Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, wie solche, die gegebenenfalls im Bereich der Postdienste erbracht werden, gelten Ausnahmen von den Bestimmungen dieser Richtlinie über die Dienstleistungsfreiheit“.

19 — Vgl. die Definition des Begriffs „Dienstleistung“ in Art. 4 Nr. 1 der Richtlinie 2006/123.

20 — Vgl. Art. 2 Abs. 2 Buchst. d der Richtlinie. Vgl. hierzu auch meine Schlussanträge in den Rechtssachen Trijber und Harmsen (C-340/14 und C-341/14, Nrn. 26 bis 43), die am selben Tag wie die vorliegenden Schlussanträge gestellt werden.

21 — So hat der Gerichtshof unlängst in seinem Urteil Rina Services u. a. (C-593/13, EU:C:2015:399, Rn. 28) klargestellt, dass keine Rechtfertigungsmöglichkeit besteht, wenn eine nationale Bestimmung von Art. 14 erfasst wird.

2. Art. 10 Abs. 4 der Richtlinie 2006/123

43. Nach Art. 10 Abs. 4 der Richtlinie 2006/123 muss eine Beschränkung der Genehmigung auf einen bestimmten Teil des Hoheitsgebiets durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein.

44. Im Hinblick auf eine mögliche Rechtfertigung gemäß dieser Bestimmung verweist die österreichische Regierung in ihren schriftlichen Erklärungen auf den Schutz der Gesundheit und der öffentlichen Sicherheit. Da wirtschaftliche Gründe nicht angeführt werden können, ist „die wirtschaftliche Lebensfähigkeit von … Rauchfangkehrerbetrieben“ [22] ganz gewiss kein möglicher Rechtfertigungsgrund [23].

45. Ferner muss die Beschränkung verhältnismäßig sein [24]. Sie muss daher zunächst zur Verwirklichung des verfolgten Ziels geeignet [25] sein.

46. Ich bezweifle bereits die Geeignetheit der österreichischen Regelung.

47. Soweit eine territoriale Beschränkung zur Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit unter dem Gesichtspunkt der Feuerpolizei geeignet ist, frage ich mich, ob es nicht noch geeigneter wäre, Rauchfangkehrern die Erbringung ihrer Dienstleistungen in anderen Gebieten zu erlauben, da dies zu einer besseren Versorgung der Kunden beitragen würde.

48. Es stimmt zwar, dass der Gerichtshof im Bereich des Gesundheitsschutzes territoriale Beschränkungen für Apotheken und Optiker als verhältnismäßig angesehen hat. Im Urteil Blanco Pérez und Chao Gómez hat er entschieden, dass Vorschriften, denen zufolge nur eine einzige Apotheke pro eine bestimmte Anzahl von Einwohnern eingerichtet werden darf, angesichts des Ziels des Gesundheitsschutzes verhältnismäßig seien [26]. Im Urteil Ottica New Line di Accardi Vincenzo hat er diese Argumentation auf Optiker ausgedehnt [27].

49. Der vorliegende Fall, der die Tätigkeiten eines Rauchfangkehrers betrifft, unterscheidet sich von den genannten Rechtssachen jedoch durch eine *beidseitige Bewegungseinschränkung*. Nicht nur, dass die Kunden unbeweglich sind, weil Rauchfänge naturgemäß Teil einer unbeweglichen Sache sind, sondern auch die Rauchfangkehrer können sich nicht außerhalb des ihnen zugewiesenen Gebiets bewegen.

50. Auch hier leuchtet mir nicht ein, inwieweit eine solche Anforderung zu erhöhtem feuerpolizeilichen Schutz oder erhöhtem Schutz der öffentlichen Gesundheit beitragen soll. Ganz im Gegenteil ist meines Erachtens davon auszugehen, dass eine angemessene Versorgung der Kunden tatsächlich verbessert und damit der feuerpolizeiliche Schutz erhöht und ein Beitrag zum Schutz der öffentlichen Gesundheit geleistet würde, wenn Rauchfangkehrer die Möglichkeit hätten, ihre Dienste außerhalb ihres Gebiets anzubieten.

22 — Vgl. § 123 der österreichischen Gewerbeordnung.

23 — Es sei denn natürlich, dass es sich bei den Rauchfangkehrertätigkeiten um eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse handelt, was ich nachstehend untersuche – und was ich stark bezweifle.

24 — Auch wenn der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in Art. 10 Abs. 4 nicht ausdrücklich angesprochen wird, scheint mir offensichtlich zu sein, dass ihm – als allgemeinem Grundsatz des Unionsrechts – Rechnung getragen werden muss.

25 — In der englischen Sprachfassung der Richtlinie wird zur Erläuterung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in Art. 15 Abs. 3 Buchst. c der Begriff „suitable“ verwendet. In seiner Rechtsprechung zu den Grundfreiheiten neigt der Gerichtshof im Englischen stattdessen eher zu dem Ausdruck „appropriate“ – vgl. z. B. Urteil Ottica New Line di Accardi Vincenzo (C-539/11, EU:C:2013:591, Rn. 33).

26 — C-570/07 und C-571/07, EU:C:2010:300, Rn. 112.

27 — C-539/11, EU:C:2013:591, Rn. 57.

51. Zudem geht die territoriale Beschränkung offenkundig über das hinaus, was zur Erreichung des feuerpolizeilichen Ziels erforderlich ist, wie das Beispiel des österreichischen Bundeslandes Salzburg zeigt, auf das der Oberste Gerichtshof ausdrücklich verweist.

52. Demzufolge verstößt die territoriale Beschränkung gegen Art. 10 Abs. 4 der Richtlinie.

3. Art. 15 Abs. 1 bis 3 der Richtlinie 2006/123

53. Vorab möchte ich auf eine Selbstverständlichkeit hinweisen, nämlich darauf, dass die Bestimmung, obwohl sie an die Mitgliedstaaten in Form einer Prüfpflicht gerichtet ist, unmittelbar anwendbar ist und von Herrn Hiebler den österreichischen Behörden entgegengehalten werden kann.

54. Die territoriale Beschränkung im Sinne von Art. 15 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2006/123 muss nach Art. 15 Abs. 3 nicht diskriminierend, durch einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses gerechtfertigt [28] und verhältnismäßig sein.

55. Die Analyse von Art. 10 Abs. 4 bezüglich der Rechtfertigung einer Beschränkung gilt hier entsprechend, so dass die österreichische Regelung auch gegen Art. 15 Abs. 3 verstößt.

4. Art. 15 Abs. 4 der Richtlinie 2006/123 – Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse

56. Trotz dieser Einschätzung halte ich noch eine Prüfung von Art. 15 Abs. 4 der Richtlinie für angebracht, auch wenn weder das vorlegende Gericht noch die Verfahrensbeteiligten in ihren schriftlichen Erklärungen diesen Punkt angesprochen haben [29].

57. Gemäß dieser Zirkelbestimmung [30] gelten die Abs. 1 bis 3 von Art. 15 „für Rechtsvorschriften im Bereich der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse nur insoweit, als die Anwendung dieser Absätze die Erfüllung der anvertrauten besonderen Aufgabe nicht rechtlich oder tatsächlich verhindert“.

58. Ich möchte in zwei Schritten vorgehen und zunächst den Begriff „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ erläutern und sodann die Tragweite von Art. 15 Abs. 4 untersuchen.

59. Der Gerichtshof hat die Wendung „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“, die ursprünglich aus dem Primärrecht (Art. 106 Abs. 2 AEUV) stammt [31], bereits mehrmals ausgelegt, wenn auch nicht abstrakt definiert.

60. Wie oben dargelegt, geht das vorlegende Gericht in seinem Vorabentscheidungsersuchen nicht auf die Möglichkeit ein, dass Rauchfangkehrertätigkeiten eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse darstellen könnten. Dennoch ist meiner Meinung nach eine Auslotung dieser Möglichkeit angebracht, um dem vorlegenden Gericht umfassende Hinweise für eine Entscheidung des Rechtsstreits im Licht des Unionsrechts zu geben.

28 — Der in Art. 15 Abs. 3 Buchst. b verwendete Begriff „Erforderlichkeit“ ist in diesem Zusammenhang meiner Meinung nach etwas verwirrend, denn in der genannten Vorschrift geht es eindeutig um die Rechtfertigung bestimmter Anforderungen.

29 — Der Gerichtshof hat gemäß Art. 61 seiner Verfahrensordnung die Parteien aufgefordert, zur Möglichkeit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse in der vorliegenden Rechtssache Stellung zu nehmen. Die Antwort der österreichischen Regierung enthält nichts, was die Anwendbarkeit von Art. 15 Abs. 4 der Richtlinie rechtfertigte.

30 — Die Kommission hat in der mündlichen Verhandlung eingeräumt, dass diese Charakterisierung zutrifft.

31 — Der Ausdruck findet sich jetzt auch in Art. 14 AEUV und in Art. 36 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union.

61. Ein Mitgliedstaat hat, selbst wenn er über ein weites Ermessen bei der Bestimmung dessen verfügt, was er als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse ansieht, dafür Sorge zu tragen, dass jede gemeinwirtschaftliche Aufgabe bestimmten Mindestkriterien genügt, die für alle solche Aufgaben gelten, und zu beweisen, dass diese Kriterien im jeweiligen Fall auch erfüllt sind [32]. Dazu gehören insbesondere das Vorliegen eines Hoheitsakts, der den betreffenden Wirtschaftsteilnehmern eine Aufgabe von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse überträgt, und der universale und obligatorische Charakter der Aufgabe [33]. Außerdem muss der Mitgliedstaat angeben, weshalb er der Auffassung ist, dass die fragliche Dienstleistung es aufgrund ihres besonderen Charakters verdient, als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse eingestuft und von anderen wirtschaftlichen Aktivitäten unterschieden zu werden [34].

62. Generalanwalt Ruiz-Jarabo Colomer hat folgende Definition vorgeschlagen und dabei auf die Umstände abgestellt, unter denen die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse erbracht werden: „ununterbrochen (Kontinuität), zugunsten aller Kunden und in der Gesamtheit des betreffenden Staatsgebiets (Universalität), zu einheitlichen Tarifen und in vergleichbarer Qualität ohne Rücksicht auf Sonderfälle oder den Grad der wirtschaftlichen Rentabilität jedes einzelnen Geschäfts (Gleichheit)“ [35]. Ergänzend zu diesen Merkmalen nennt er dann noch Transparenz und wirtschaftliche Zugänglichkeit [36].

63. Häufig ist auch Marktversagen ein Grund für das Eingreifen des Staates in die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse [37].

64. Auf der Grundlage der vom nationalen Gericht vorgelegten Angaben und der klarstellenden Ausführungen von Herrn Hiebler in der mündlichen Verhandlung möchte ich bezweifeln, dass Rauchfangkehrer eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse in Kärnten erbringen. Rauchfangkehrer mögen zwar aufgrund § 123 Abs. 3 der österreichischen Gewerbeordnung einem Kontrahierungszwang in ihrem Kehrgebiet unterliegen. Es gilt jedoch kein einheitlicher Tarif, sondern lediglich eine Obergrenze für das Entgelt, das Rauchfangkehrer verlangen dürfen. Wie das vorlegende Gericht anzudeuten scheint, floriert unterhalb dieser Grenze – im Rahmen der territorialen Beschränkung – der Wettbewerb.

65. Im Übrigen, da weder das nationale Gericht in seinem Vorabentscheidungsersuchen noch die österreichische Regierung in ihren schriftlichen Erklärungen die Frage einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse angesprochen haben, ist für mich kein Grund ersichtlich, weshalb Österreich der Auffassung sein sollte, dass die Dienstleistung eines Rauchfangkehrers, selbst wenn sie den Bereich der Feuerpolizei betrifft, es aufgrund ihres besonderen Charakters verdient, als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse eingestuft und von anderen wirtschaftlichen Aktivitäten unterschieden zu werden [38].

66. Allerdings ist es auch insoweit wieder Sache des nationalen Gerichts, den Sachverhalt festzustellen und im Licht der vorstehenden Hinweise eine Entscheidung zu erlassen. Es ist durchaus denkbar, dass das vorlegende Gericht bei der Tatsachenprüfung zu der Auffassung gelangt, dass Rauchfangkehrer eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse erbringen.

67. Wie ist also die Bestimmung von Art. 15 Abs. 4 der Richtlinie 2006/123 zu verstehen?

32 — Vgl. Urteil des Gerichts BUPA u. a./Kommission (T-289/03, EU:T:2008:29, Rn. 172).

33 — Ebd.

34 — Vgl. Urteil Merci convenzionali Porto di Genova (C-179/90, EU:C:1991:464, Rn. 27).

35 — Vgl. Schlussanträge des Generalanwalts General Ruiz-Jarabo Colomer in der Rechtssache Federutility u. a. (C-265/08, EU:C:2009:640, Nr. 54).

36 — Ebd. (Nr. 55).

37 — Vgl. Szyszczak, E., *The regulation of the state in competitive markets in the EU*, Hart Publishing, Oxford und Portland, Oregon, 2007, S. 248.

38 — Vgl. auch Fn. 29 der vorliegenden Schlussanträge.

68. Erstens enthält der 72. Erwägungsgrund der Richtlinie eine gewisse Klarstellung, denn dort heißt es, dass „[z]ur Erfüllung dieser Aufgaben erforderliche Anforderungen … von diesem Prozess nicht berührt werden [sollten]; zugleich sollte aber das Problem ungerechtfertigter Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit behandelt werden“.

69. Zweitens gibt das von der Kommission herausgegebene nicht bindende, gleichwohl aber erhellende [39] „Handbuch zur Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie“ [40] weiteren Aufschluss in dieser Frage durch die Erläuterung in Abschnitt 10.2.4, wonach „[dies] bedeutet …, dass die Mitgliedstaaten die Anforderungen im Bereich der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zwar prüfen müssen, diese jedoch beibehalten dürfen, sofern sie für die Erfüllung der dem Dienstleistungserbringer anvertrauten besonderen Aufgabe erforderlich und verhältnismäßig sind. Diese Evaluierung hat im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH in Bezug auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zu erfolgen“ [41]. Mit dieser Rechtsprechung sind die Urteile des Gerichtshofs in den Rechtssachen Merci convenzionali Porto di Genova [42] und Corbeau [43] gemeint.

70. Ich verstehe Art. 15 Abs. 4 der Richtlinie daher in folgendem Sinne: Die Bestimmung sieht eine Rechtfertigungsmöglichkeit für eine Regelung vor, die ansonsten auf eine Verletzung der Niederlassungsfreiheit gemäß der Richtlinie hinausliefe. Falls sich ein Mitgliedstaat auf die Vorschrift beruft, gilt Art. 15 Abs. 1 bis 3 nicht, wenn dessen Anwendung die Durchführbarkeit der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse verhindern würde. Der Mitgliedstaat hat dies zu begründen. Da Art. 15 Abs. 4 eine Ausnahme von einer allgemeinen Regel bildet, ist er eng auszulegen. Die Beweislast liegt beim Mitgliedstaat.

71. Vor diesem Hintergrund – selbst wenn man davon ausgeht, dass eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse vorliegt, was ich aus den vorstehend dargelegten Gründen allerdings nicht glaube – obliegt Österreich der Nachweis, dass die in seinen Vorschriften enthaltene territoriale Beschränkung für die Durchführung der Rauchfangkehrertätigkeit unerlässlich ist, um der Bevölkerung diese Dienstleistung zur Verfügung zu stellen.

72. Hierbei handelt es sich wiederum um eine Tatsachenwürdigung, die vom vorlegenden Gericht vorzunehmen ist. Auf der Grundlage der vorliegenden Informationen hege ich ernsthafte Zweifel daran, dass es sich so verhält.

73. Als Antwort auf die zweite Frage schlage ich daher vor, dass i) Art. 14 Nr. 1 Buchst. b der Richtlinie 2006/123 dahin auszulegen ist, dass er einer nationalen Regelung entgegensteht, wonach jede Person, die eine Gewerbeberechtigung als Rauchfangkehrer erlangen möchte, in dem Mitgliedstaat ansässig sein muss, und dass ii) Art. 10 Abs. 4 und Art. 15 Abs. 1, Abs. 2 Buchst. a und Abs. 3 der Richtlinie 2006/123 dahin auszulegen sind, dass sie einer nationalen Regelung entgegenstehen, wonach die Gewerbeberechtigung eines Rauchfangkehrers grundsätzlich auf ein bestimmtes Kehrgebiet beschränkt ist.

39 — Vgl. Schlussanträge des Generalanwalts Cruz Villalón in den Rechtssachen Femarbel (C-57/12, EU:C:2013:171, Nr. 22) und Rina Services u. a. (C-593/13, EU:C:2015:159, Nr. 39). Vgl. auch meine Schlussanträge in den Rechtssachen Trijber und Harmsen (C-340/14 und C-341/14, Rn. 36 und 54).

40 — Dieses Handbuch wurde vom Gerichtshof im Urteil Femarbel (C-57/12, EU:C:2013:517, Rn. 37 und 45) als Argumentationshilfe herangezogen.

41 — Vgl. *Handbuch zur Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie*, Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften, 2007, S. 68 der deutschen Sprachfassung, abrufbar unter http://ec.europa.eu/internal_market/services/docs/services-dir/guides/handbook_de.pdf.

42 — C-179/90, EU:C:1991:464.

43 — C-320/91, EU:C:1993:198.

## V – **Ergebnis**

74. Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof vor, die vom Obersten Gerichtshof (Österreich) gestellten Fragen wie folgt zu beantworten:

1. Tätigkeiten wie diejenigen eines Rauchfangkehrers im Bundesland Kärnten, einschließlich Tätigkeiten im Bereich der Feuerpolizei, stellen keine Tätigkeiten dar, die mit der Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne von Art. 2 Abs. 2 Buchst. i der Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt und Art. 51 AEUV verbunden sind. Sie fallen in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2006/123.

2. Art. 14 Nr. 1 Buchst. b der Richtlinie 2006/123 ist dahin auszulegen, dass er einer nationalen Regelung entgegensteht, wonach jede Person, die eine Gewerbeberechtigung als Rauchfangkehrer erlangen möchte, in dem Mitgliedstaat ansässig sein muss.

3. Art. 10 Abs. 4 und Art. 15 Abs. 1, Abs. 2 Buchst. a und Abs. 3 der Richtlinie 2006/123 sind dahin auszulegen, dass sie einer nationalen Regelung entgegenstehen, wonach die Gewerbeberechtigung eines Rauchfangkehrers grundsätzlich auf ein bestimmtes Kehrgebiet beschränkt ist.