

# Rauchfangkehrer: Gebietsschutz auf unionsrechtlichem Prüfstand

Das österreichische Höchstgericht<sup>1)</sup> äußerte in einem Rechtsstreit zwischen zwei Kärntner Rauchfangkehrermeistern wegen unlauteren Wettbewerbs Bedenken an dem in § 123 GewO vorgesehenen „Kehrgebietsschutz“. Die Frage nach der Vereinbarkeit mit der Dienstleistungs-RL<sup>2)</sup> beschäftigt nunmehr den EuGH. Der vorliegende Beitrag erläutert den Anlassfall und wagt einen Ausblick auf seinen möglichen Ausgang.

## 1. Ausgangsfall

Die Gewerbeberechtigung von Rauchfangkehrern ist nach § 123 Abs 2 GewO 1994 auf bestimmte sog „Kehrgebiete“ beschränkt. Das bedeutet, dass Rauchfangkehrer auf ein bestimmtes, im gegenständlichen Fall durch Verordnung des Landeshauptmanns von Kärnten festgelegtes Kehrgebiet beschränkt sind. Die Erbringung von Tätigkeiten in einem anderen Kehrgebiet ist nur ausnahmsweise dann nach § 124 GewO gestattet, wenn dort nicht mehr als zwei Rauchfangkehrer ihren Betriebsstandort haben. Ein Kärntner Rauchfangkehrer, der spätere Beklagte, übernahm dessen ungeachtet außerhalb „seines“ ihm zugewiesenen Kehrgebiets Aufträge und verteilte Werbematerial an die dortigen Hausbewohner. Daraufhin klagte ihn der für dieses Kehrgebiet zuständige Rauchfangkehrermeister auf Unterlassung, Urteilsveröffentlichung und 2.594,65 € an Verdienstentgang wegen Verstoßes gegen § 1 UWG. Die Vorinstanzen gaben der Klage zur Gänze statt, weil der Beklagte durch den Verstoß gegen die Gewerbeordnung einen Wettbewerbsvorteil gegenüber rechtstreuen Mitbewerbern erlangt hätte. Die Bestimmungen der österreichischen Gewerbeordnung wären unionsrechtlich unbedenklich, weil damit feuerpolizeiliche Aufgaben geregelt werden. Allerdings wäre allenfalls zu klären, ob sich durch die teilweise nicht-hoheitlichen Aufgaben der Rauchfangkehrer eine abweichende Beurteilung ergeben könnte.

## 2. Die Vorlageentscheidung des OGH

Der OGH nahm die Rs zur Beurteilung an und richtete ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH. Zwar bestünde kein

Zweifel, dass der Beklagte gegen die territoriale Beschränkung seiner Gewerbeberechtigung verstoßen hätte. Diese Regelungen wären jedoch möglicherweise nicht mit der EU-Dienstleistungs-RL vereinbar.

Denn nach dieser Richtlinie sind räumliche Beschränkungen einer Berufsberechtigung nur zulässig, wenn sie zwingenden Gründen des Allgemeininteresses dienen und nicht über das hinausgehen, was zum Erreichen des jeweiligen Ziels erforderlich ist. Daraus leitete der OGH folgende Fragestellung ab:

- (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?

Der EuGH möge daher nunmehr beurteilen, ob die genannten Bedingungen bei der österreichischen Regelung zum Gebietsschutz für Rauchfangkehrer erfüllt seien.

## 3. Eigene Stellungnahme

### 3.1. Lauterkeitsrechtliche Einordnung

Der vorliegende Fall nimmt seinen Ausgang im Recht gegen den unlauteren Wettbewerb. Dabei handelt es sich mittlerweile

1) OGH 20. 5. 2014, 4 Ob 31/14h, *Kehrgebietsbeschränkung I*, ECLI:AT:OGH:2014:E107586.

2) Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl L 376, 36.

um einen durch die RL-UGP<sup>3)</sup> vollharmonisierten Bereich.<sup>4)</sup> Die Vollharmonisierung besteht aber nur im Anwendungsbereich der RL-UGP, also im Verhältnis zu Verbrauchern („B2C“).<sup>5)</sup> Da der österreichische Gesetzgeber das UWG 2007 gleichermaßen auf den B2C- und den B2B-Bereich angewendet wissen will,<sup>6)</sup> kommt es zu einer **gespalteten Auslegung des Lauterkeitsrechts**. Im konkreten Fall liegt keine B2C-Situation vor, sondern eine Frage der Einhaltung eines gesetzlich vorgesehenen Gebietsschutzes zwischen Unternehmern. Nach ihrem ErwGr 8 schützt die RL-UGP „unmittelbar die wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher vor unlauteren Praktiken im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern“. Rechtmäßig handelnde Unternehmen werden nur „mittelbar (...) vor Mitbewerbern“ geschützt, die sich nicht an die Regeln der Richtlinie halten. Umgekehrt ist die Tatsache, dass es sich bei dem Beklagten um den „offiziell nicht mehr zuständigen Rauchfangkehrer für dieses Kehrgebiet“ handelt, nicht geeignet, das wirtschaftliche Verhalten des Verbrauchers bei seiner Entscheidung, die – im Übrigen völlig idente – Leistung vom Beklagten erbringen zu lassen, wesentlich zu beeinflussen.<sup>7)</sup> Eine solche rauchfangkehrerische Praxis kann für sich genommen nicht als „Geschäftspraktik“ dieses Rauchfangkehrers iSv Art 2 lit d RL-UGP angesehen werden.<sup>8)</sup>

Damit besteht – außerhalb des Anwendungsbereichs der RL-UGP – die Möglichkeit, nationales Lauterkeitsrecht vollumfänglich anzuwenden. Dogmatisch steht der vorliegende Fall in der Tradition des Rechtsbruchs. Auch nach Inkrafttreten des UWG 2007 gelten dafür nach der Grundsatzentscheidung<sup>9)</sup> des OGH folgende Voraussetzungen, bei deren kumulativen Erfüllung ein Verstoß gegen § 1 Abs 1 Z 1 UWG vorliegt:

- Verstoß gegen generelle Norm
- Keine vertretbare Rechtsansicht des Verletzers
- Spürbarkeit des Verstoßes im B2B

Ein Verstoß gegen jede – nicht dem Lauterkeitsrecht iSv zuzurechnende – generelle Norm kann eine unlautere Geschäftspraktik oder sonstige unlautere Handlung darstellen, sofern die Auslegung nicht vertretbar ist. Ein solcher Verstoß muss zudem geeignet sein, den Wettbewerb zum Nachteil von Unternehmen nicht nur unerheblich zu beeinflussen (so ausdrücklich § 1 Abs 1 Z 1 UWG).<sup>10)</sup>

- 3) Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken – RL-UGP), ABl L 149, 22 ff.
- 4) EuGH 9. 11. 2010, C-540/08 – *Fußballer des Jahres III*, Rz 27, RdW 2010/776, 775 = MR 2010, 347 (*Heidinger*) = wbl 2010/230, 627 = ÖBI-LS 2011/30 = ÖBl 2011/21, 91 = ecolex 2011/62, 142 (*Horak*).
- 5) Vgl EuGH 4. 10. 2012, C-559/11 – *Pelckmans*, Rz 24, ECLI EU:C:2012:615.
- 6) EB RV 144 BlgNR 23.GP 9, 3.
- 7) Vgl zu diesem Gesichtspunkt bereits EuGH 9. 11. 2010, C-540/08 – *Media-print Zeitungs- und Zeitschriftenverlag*, Rz 44 f, ECLI EU:C:2010:660; siehe auch OGH 13. 11. 2001, 4 Ob 255/01 f – *galltuer.at*, ecolex 2002/142, 363 (*Schanda*) = ÖBl 2002/34, 164 (*Warbek*).
- 8) Vgl EuGH 17. 10. 2013, C-391/12 – *Good News*, Rz 41, ecolex 2013, 1134 = wbl 2014/3, 28.
- 9) OGH 11. 3. 2008, 4 Ob 225/07b – *Stadtrundfahrten*, wbl 2008/137, 290 = MR 2008, 114 = ecolex 2008/199, 551 (*Tonninger*) = RdW 2008/419, 460 = RZ 2008/EÜ 377, 279 = ÖBI-LS 2008/79 = ÖBl 2008/48, 237 (*Mildner*) = SZ 2008/32 = JUS Z/4514 = HS 39.165; dazu *Artmann*, Die Beurteilung der Fallgruppe „Rechtsbruch“ nach der UWG-Novelle 2007, wbl 2008, 253; *Handig*, Subjektive Voraussetzungen im neuen § 1 UWG, RdW 2008, 503; *Heidinger*, Die Fallgruppe Rechtsbruch nach der UWG-Novelle 2007, MR 2008, 108.
- 10) Vgl *Kraft/Steinmair*, UWG Praxiskommentar (2013) Rz 161 ff.

Würde demnach deshalb kein Gesetzesverstoß vorliegen, weil die Bestimmung des § 123 Abs 2 GewO in Anbetracht der EU-Dienstleistungsrichtlinie unangewendet zu bleiben hätte, dh zurücktreten müsste, wäre die Klage abzuweisen. Der OGH hat daher völlig zu Recht<sup>11)</sup> ein Vorabentscheidungsverfahren eingeleitet.

## 3.2. Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit

### 3.2.1. Ausübung öffentlicher Gewalt

Den Kernpunkt des Luxemburger Verfahrens stellt die Auslegung von Art 2 Abs 2 lit i der Dienstleistungs-RL dar, dh wie weit die Ausnahme zugunsten von Tätigkeiten, die iSd Art 45 EG „mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind“, reicht?

Dazu beschränkt sich ErwGr 26 zu Art 2 Abs 2 lit i Dienstleistungs-RL darauf, „Art 45 EG unberührt“ zu lassen. Damit entscheidet letztlich die Reichweite der Primärrechtsbestimmung über den Umfang der Ausnahme im Sekundärrecht. Die in Art 45 Abs 1 EG vorgesehene Ausnahme ist auf Tätigkeiten zu beschränken, die für sich genommen eine unmittelbare und spezifische Teilhabe an der Ausübung öffentlicher Gewalt umfassten.<sup>12)</sup> Der Begriff der öffentlichen Gewalt setzt die Ausübung einer vom allgemeinen Recht abweichenden Entscheidungsbefugnis voraus, die in der Fähigkeit zum Ausdruck kommt, unabhängig vom Willen anderer Rechtssubjekte oder sogar gegen deren Willen zu handeln. Nach der Rsp<sup>13)</sup> des Gerichtshofs manifestiert sich die öffentliche Gewalt insb in der Ausübung von Zwangsbefugnissen.

Das Tatbestandsmerkmal „verbunden“ ist nach stRsp<sup>14)</sup> dahin zu verstehen, dass die Ausübung öffentlicher Gewalt nicht der einzige Zweck der Dienstleistung sein muss. § 120 Abs 1 Satz 2 GewO bestimmt demzufolge, dass neben dem Reinigen, Kehren und Überprüfen von Rauch- und Abgasfängen die Rauchfangkehrer auch „verwaltungspolizeiliche Tätigkeiten, insbesondere Tätigkeiten der Feuerpolizei, Baupolizei oder vergleichbare Tätigkeiten“ ausführen. Insoweit nehmen sie also öffentliche Aufgaben wahr. Nach hA<sup>15)</sup> ist der Rauchfangkehrer insoweit als beliehener öffentlicher Unternehmer tätig, da ihm feuerpolizeiliche, baupolizeiliche oder luftreinhaltapolizeiliche Vorschriften der Bundesländer Aufgaben übertragen haben, die ansonsten von Gemeindeorganen nach Art 118 Abs 3 Z 9 B-VG zu bewerkstelligen wären. Die Verwaltungslehre<sup>16)</sup> steht daher auf dem Standpunkt einer grundsätzlichen EU-Konformität der Reglementierung des Rauchfangkehrergewerbes, die eine unmittelbare und spezifische Ausübung öffentlicher Gewalt auf in Österreich Niedergelassene beschränkt.

### 3.2.2. Gebietsweise Abgrenzung als zulässige Beschränkung?

Vom grundsätzlichen Vorbehalt hoheitlicher Rauchfangkehrertätigkeiten für im Mitgliedstaat niedergelassene Rauch-

- 11) ISd „Acte clair“-Doktrin, vgl EuGH 6. 10. 1982, 283/81 – *CILFIT*, EuGHSIlg 1982, 3415; VfGH 11. 12. 1995, B 2300/95, VfSlg 14.390.
- 12) EuGH 21. 6. 1974, Rs 2/74 – *Reyners*, Rz 44 f, EuGHSIlg 1974, 631.
- 13) EuGH 24. 5. 2011, C-47/08, Rz 40, ecolex 2011, 966 = UVS-VSlg 2011/131, 89.
- 14) So grundlegend EuGH 21. 6. 1974, Rs 2/74 – *Reyners*, EuGHSIlg 1974, 631; vgl auch 13. 7. 1993, C-42/92, Rz 22 – *Thijssen*, Slg 1993, I-4047.
- 15) *Grabler/Stolzlechner/Wendl*, GewO<sup>3</sup> (2011) § 120 Rz 4.
- 16) *Grabler/Stolzlechner/Wendl*, GewO<sup>3</sup> (2011) § 120 Rz 4.

