



Wissenschaftlicher Dienst

Aktenzeichen WD 8/52-1522

20. Oktober 2005

**Inwieweit stehen europarechtliche Bestimmungen der Vorgabe entgegen,
dass Schornsteinfeger im Rahmen ihrer hoheitlichen Tätigkeit
die deutsche Staatsangehörigkeit besitzen müssen?**

A. Auftrag

Der Ausschuss für Wirtschaft und Verkehr hat den Wissenschaftlichen Dienst in seiner 30. Sitzung im Rahmen der Beratung des Punktes 8 der Tagesordnung „Schornsteingerwesen in Rheinland-Pfalz“, Antrag der Fraktion der SPD nach § 76 Abs. 2 GOLT – Vorlage 14/3642 -, um Prüfung der Frage gebeten, inwieweit Schornsteinfeger im Rahmen ihrer hoheitlichen Tätigkeit die deutsche Staatsangehörigkeit besitzen müssen.

Hintergrund der Beratung im Ausschuss und damit auch Anlass für die Beauftragung des Wissenschaftlichen Dienstes sind aktuelle Diskussionen um eine Reform des Schornsteinfegerwesens, namentlich des sogenannten „Kehrbezirksmodells“, wie es das Gesetz über das Schornsteinfegerwesen (Schornsteinfegergesetz – SchFG -)¹ vorsieht. Insoweit ist durch ein im Jahre 2003 durch die Kommission eingeleitetes Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland² die Frage nach der Vereinbarkeit des deutschen Schornsteinfegergesetzes mit den Bestimmungen des EG-Vertrags aufgeworfen.

¹ Gesetz vom 15. September 1969 (BGBl. I S. 1634, 2432), zuletzt geändert durch Artikel 3 des Gesetzes vom 24.12.2003 (BGBl. I S. 2934).

² Vertragsverletzungsverfahren Nr. 2001/5162.

Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes sind parlamentsinterne Stellungnahmen, die nicht für die öffentliche Diskussion außerhalb des Landtags bestimmt sind. Eine - auch nur auszugsweise - Veröffentlichung oder Verbreitung bedarf der Zustimmung des Direktors beim Landtag.

B. Stellungnahme

I. Vorbemerkung

Auch wenn sich der Gutachtauftrag des Ausschusses speziell auf die Problematik der hoheitlichen Tätigkeit des Schornsteinfegers im europarechtlichen Kontext bezieht, ergibt sich doch aus dem Sitzungsprotokoll, dass es – gerade auch mit Blick auf die derzeit diskutierten Neuregelungen im Bereich des Schornsteinfegerwesens – nicht allein um diesen spezifischen Aspekt gehen soll, sondern letztlich auch darum, welche europarechtlichen Probleme sich im Zusammenhang mit dem derzeitigen Kehrbezirkssystem stellen³. Entsprechend sollen nach einem einführenden Überblick über die einschlägigen Regelungen des Schornsteinfegergesetzes (II.) diese Regelungen vor dem Hintergrund der einschlägigen Bestimmungen des EG-Vertrags (EG), namentlich der Vorschriften über die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit (III.) sowie der Bereichsausnahme des Artikels 86 Abs. 2 EG (IV.), erörtert werden.

II. Das Kehrbezirksmodell nach dem Schornsteinfegergesetz

Gemäß § 1 Abs. 1 SchfG sind die Eigentümer von Grundstücken und Räumen verpflichtet, die kehr- und überprüfungspflichtigen Anlagen fristgerecht reinigen und überprüfen zu lassen. Zur Wahrnehmung dieser Kehr- und Überprüfungsaufgaben werden gemäß § 2 Abs. 1 Satz 1 SchfG von der zuständigen Verwaltungsbehörde Kehrbezirke eingerichtet, geändert und besetzt. Dabei dürfen Kehr- und Überprüfungsarbeiten nur von Bezirksschornsteinfegermeistern⁴ ausgeführt werden (§ 2 Abs. 2 SchfG), die von der zuständigen Verwaltungsbehörde für einen bestimmten Kehrbezirk bestellt werden (§ 3 Abs. 1 SchfG). Für jeden Kehrbezirk wird nur ein Bezirksschornsteinfegermeister bestellt (§ 2 Abs. 1 Satz 2 SchfG), dessen Tätigkeit sich – außer im Vertretungsfalle – auf seinen Kehrbezirk beschränkt (§ 12 Abs. 2 SchfG). Der Bezirksschornsteinfegermeister soll gemäß § 17 SchfG innerhalb seines Kehrbezirks oder dessen Nahbereich wohnen, wobei Ausnahmen nur aus triftigen Gründen zur Vermeidung besonderer Härten zulässig sind.

Eigentümer und Besitzer von Grundstücken und Räumen sind nach § 1 Abs. 3 SchfG verpflichtet, dem Bezirksschornsteinfegermeister und den bei diesem beschäftigten Personen zum

³ Vgl. die Ausführungen des Abg. Schwarz, Protokoll der 30. Sitzung des Ausschusses für Wirtschaft und Verkehr am 25. November 2004, S. 22 f., wonach es „Kernpunkt sei, ob es jedem Schornsteinfeger innerhalb eines geschaffenen Kehrbezirks möglich sei, tätig zu werden. Diese Frage müsse rechtlich geklärt werden.“

⁴ Erfasst werden gemäß § 2 Abs. 2 SchfG auch deren Gesellen.

Zwecke des Kehrens und der Überprüfung derkehr- und überprüfungspflichtigen Anlagen Zutritt zu den Grundstücken und Räumen zu gestatten.

Bewerbung und Bestellung des Bezirksschornsteinfegermeisters sind in den §§ 4 bis 7 SchfG geregelt. Danach darf als Bezirksschornsteinfegermeister nur bestellt werden, wer unter anderem in eine Bewerberliste eingetragen ist und in dem Land, in dem er in einer solchen Liste eingetragen ist, im Schornsteinfegerhandwerk innerhalb der letzten drei Jahre vor der Bestellung mindestens zwei Jahre im Betrieb eines Bezirksschornsteinfegermeisters praktisch tätig gewesen ist (§ 5 Abs. 1 SchfG). Die Voraussetzungen für die Eintragung in die Bewerberlisten richten sich nach § 4 Abs. 2 SchfG i.V.m. der Verordnung über das Schornsteinfegerwesen (SchfV)⁵, wobei gemäß § 4 Abs. 2 Nr. 2 SchfG nur deutsche Staatsangehörige oder Staatsangehörige der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft oder eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum eingetragen werden dürfen, die die Meisterprüfung im Schornsteinfegerhandwerk abgelegt haben, die für ihren Beruf erforderliche Zuverlässigkeit besitzen und in dem Bezirk, für den die Bewerberliste geführt wird, im Schornsteinfegerhandwerk praktisch tätig sind. § 1 Nr. 1 SchfV präzisiert diese gesetzlichen Vorgaben dahingehend, dass eine Meisterprüfung, die außerhalb Deutschlands abgelegt worden ist, von der zuständigen Verwaltungsbehörde anerkannt werden kann, wenn sie einer in Deutschland abgelegten Meisterprüfung gleichwertig ist. Zudem darf gemäß § 1 Nr. 4 SchfV in die Bewerberliste nur eingetragen werden, wer innerhalb des letzten Jahres vor der Eintragung mindestens drei Monate in dem Bezirk, in dessen Bewerberliste er eingetragen werden will, im Schornsteinfegerhandwerk im Betrieb eines Bezirksschornsteinfegermeisters praktisch tätig gewesen ist, wobei zur Vermeidung besonderer Härten Ausnahmen zugelassen werden können.

Die Aufgaben des Bezirksschornsteinfegermeisters sind in § 13 SchfG geregelt. Neben Kehr- und Überprüfungsarbeiten (§ 13 Abs. 1 Nr. 1 SchfG) bilden Tätigkeiten, die in weiterem Sinne der Brandverhütung dienen (§ 13 Abs. 1 Nr. 2 bis 8 SchfG), einen Schwerpunkt. Außerdem genannt sind auch die Bauabnahme (§ 13 Abs. 1 Nr. 9 SchfG) sowie Tätigkeiten auf dem Gebiet des Immissionsschutzes (§ 13 Abs. 1 Nr. 10 SchfG) und der rationellen Energieverwendung (§ 13 Abs. 1 Nr. 11 und 12 SchfG). Bei der Feuerstättenschau, bei der Bauabnahme und bei Tätigkeiten auf dem Gebiet des Immissionsschutzes sowie der rationellen Energieverwen-

⁵ Verordnung vom 19. Dezember 1969 (BGBl. I S. 2363), zuletzt geändert durch Artikel 5 des Gesetzes vom 22. Juni 2004 (BGBl. I S. 1314).

nung nimmt der Bezirksschornsteinfegermeister gemäß § 3 Abs. 2 Satz 2 SchfG öffentliche Aufgaben wahr.

III. Vereinbarkeit mit der Niederlassungsfreiheit (Artikel 43 ff. EG) und der Dienstleistungsfreiheit (Artikel 49 ff. EG)

Zunächst ist zu prüfen, inwieweit die Regelungen des Schornsteinfegergesetzes die Niederlassungs- und die Dienstleistungsfreiheit beschränken (1.). Sodann ist auf die Frage einzugehen, ob für bestimmte hoheitliche Tätigkeiten des Bezirksschornsteinfegermeisters die Bereichsausnahme des Artikels 45 EG greift (2.). Schließlich sind etwaige Rechtfertigungsgründe zu prüfen (3.).

1. Beschränkungen⁶ der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit durch die Regelungen des Schornsteinfegergesetzes

a) Gewährleistungen der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit / Formen der Beschränkung

aa) Niederlassungsfreiheit

Die Niederlassungsfreiheit ist in den Artikeln 43 bis 48 EG geregelt. Unter Niederlassung versteht Artikel 43 EG die Aufnahme und Ausübung selbständiger Erwerbstätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union von einer festen Betriebsstätte aus. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) setzt eine Niederlassung die tatsächliche Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung in einem anderen Mitgliedstaat auf unbestimmte Zeit voraus⁷. Als Erwerbstätigkeit ist jede Art der wirtschaftlichen, d.h. grundsätzlich entgeltlichen Tätigkeit zu verstehen, die in eigener Verantwortung und weisungsfrei erfolgt⁸. Ein Bürger aus einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union kann sich also in Deutschland niederlassen und unter denselben Voraussetzungen wie ein Inländer eine handwerkliche, freiberufliche, kaufmännische oder sonstige Erwerbstätigkeit aufnehmen. Artikel 43 EG verbietet nicht nur bestimmte Beschränkun-

⁶ In Literatur und Rechtsprechung des EuGH existiert keine einheitliche Terminologie hinsichtlich des Eingriffs in Grundfreiheiten. Teils wird von „Eingriff“ gesprochen (so Gundel, Jura 2001, 79 ff.), teils von „Beeinträchtigung“ (so Ehlers, Jura 2001, 482 ff.), teils – wie hier – von „Beschränkung“ (so auch Ahl/Deisenhöfer, Europarecht, 3. Aufl. 2003, S. 161). Der EG-Vertrag selbst verwendet – zumindest in Artikel 43 EG – den Begriff der „Beschränkung“.

⁷ EuGH, Rs. C-221/89, Slg. 1991, I-3905, Rn. 20 (Factortame).

gen aus Gründen der Staatsangehörigkeit, sondern gibt dem Niederlassungswilligen das Recht, sein eigenes Land zu verlassen, in den Aufnahmemitgliedstaat einzureisen und sich dort aufzuhalten, um die betreffende Erwerbstätigkeit auszuüben⁹.

bb) Dienstleistungsfreiheit

Während sich der Niedergelassene in das Wirtschaftsleben des Aufnahmestaates durch Errichtung einer festen Niederlassung eingliedert, wird der Erbringer einer Dienstleistung lediglich vorübergehend in einem anderen Mitgliedstaat tätig (Artikel 50 Abs. 3 EG). Die Dienstleistungsfreiheit (Artikel 49 bis 55 EG) ist demnach nicht bloß ein Annex zur Niederlassungsfreiheit, sondern beinhaltet eine eigenständige Gewährleistung. Was unter Dienstleistung zu verstehen ist, wird in Artikel 50 EG beispielhaft aufgeführt: Erfasst werden – wie bei der Niederlassungsfreiheit – selbständige Tätigkeiten, etwa die gewerbliche, kaufmännische, handwerkliche oder freiberufliche Tätigkeit, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden. Erforderlich ist in jedem Fall, wie bei allen übrigen Grundfreiheiten¹⁰ auch, ein grenzüberschreitender Bezug. Dementsprechend lassen sich folgende Formen der Dienstleistung unterscheiden: die aktive Dienstleistungsfreiheit, in der sich der Dienstleistungsempfänger zum Leistungsempfänger in einen anderen Mitgliedstaat begibt, die passive Dienstleistungsfreiheit, bei der sich der Leistungsempfänger zum Leistungserbringer in einen anderen Mitgliedstaat begibt und schließlich die Korrespondenzdienstleistung, bei der allein die Leistung die Grenze überschreitet, wie etwa bei grenzüberschreitenden Rundfunk- und Fernsehsendungen¹¹.

cc) Formen der Beschränkung

Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit enthalten sowohl ein Diskriminierungs- als auch ein Beschränkungsverbot.

Erfasst werden damit zunächst alle staatlichen Maßnahmen – insbesondere Rechtsvorschriften – die entweder offen (unmittelbar/direkt) oder versteckt (mittelbar/indirekt) aus Gründen der Staatsangehörigkeit diskriminieren. Offen diskriminierend sind solche Vorschriften, die für EG-Ausländer eine andere, ungünstigere Regelung ausdrücklich vorsehen. Hingegen handelt es

⁸ Bröhmer, in: Callies/Ruffert, EUV und EGV, 2. Aufl. 2002, Art. 43 Rn. 10.

⁹ Vgl. Ahlt/Deisenhofer (Fn. 6), S. 194.; Glauben, DRiZ 2005, 229, 233 f.

¹⁰ Neben der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit kennt der EG-Vertrag auch die Arbeitnehmerfreizügigkeit (Artikel 39 ff. EG), den freien Warenverkehr (Artikel 23 ff. EG), sowie die Freiheit des Kapital- und Zahlungsverkehrs (Artikel 56 ff. EG).

¹¹ Siehe dazu auch Glauben, DRiZ 2005, 229, 234.

sich um eine versteckte Diskriminierung, wenn eine Regelung zwar auf eine unmittelbare Anknüpfung an die Herkunft verzichtet, ihre Kriterien aber typischerweise stärker ausländische als inländische Personen betreffen¹². Dabei ist eine Benachteiligungsabsicht des Mitgliedstaats nicht erforderlich.

Von den Diskriminierungen sind die unterschiedslos geltenden Regelungen zu unterscheiden, die gleichermaßen auf Inländer und EU-Ausländer Anwendung finden und bei denen es an einer (offenen oder versteckten) Ungleichbehandlung fehlt. Gleichwohl können auch solche nichtdiskriminierenden Regelungen zu einer Beschränkung der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit führen, wenn sie nämlich, so die ständige Rechtsprechung des EuGH seit dem Urteil Gebhard, „die Ausübung dieser Freiheiten unterbinden, behindern oder weniger attraktiv machen“¹³. Sowohl Niederlassungs- als auch Dienstleistungsfreiheit enthalten damit nicht nur Diskriminierungs-, sondern auch Beschränkungsverbote¹⁴, wobei der Begriff des „Beschränkungsverbot“ insoweit für die Möglichkeit einer Beschränkung der Grundfreiheit durch unterschiedslose Regelungen steht¹⁵.

Diskutiert wird in der Literatur, nur diejenigen unterschiedslosen Regelungen als Beschränkung zu werten, die den Marktzugang des Niederlassungswilligen bzw. des Dienstleistungserbringers betreffen. Gehe es dagegen um eine reine Ausübungsregelung für Personen, die bereits Marktzugang gefunden haben, scheidet eine Beschränkung von Artikel 43 bzw. 49 EG von vornherein aus¹⁶. Der EuGH, der eine ähnliche Differenzierung im Bereich der Warenverkehrsfreiheit mit seiner sogenannten „Keck-Rechtsprechung vornimmt“¹⁷ und dies auch auf die

¹² Vgl. EuGH, Rs. 152/73, Slg. 1974, I-153, Rn. 11 (Sotgiu) und Gundel, Jura 2001, 79, 80.

¹³ EuGH, Rs. C-439/99, Slg. 2002, I-305, Rn. 22 f. (Kommission/Italien); EuGH, Rs. C-79/01, Slg. 2002, I-8923, Rn. 26, 28 (Payroll); EuGH, Rs. C-55/94, Slg. 1995, I-4165, Rn. 37 (Gebhard).

¹⁴ Dies war im Rahmen der Niederlassungsfreiheit lange Zeit umstritten, da sich der Niederlassungswillige im Gegensatz zu dem Dienstleistenden dauerhaft und freiwillig in Wirtschaft und Gesellschaft eines anderen Mitgliedstaats integriert. Deshalb sei nicht einzusehen, weshalb für ihn weniger Beschränkungen gelten sollten als für den dort bereits tätigen Inländer. Mit seinem Grundsatzzurteil Gebhard (Rs. C-55/94, Slg. 1995, I-4165, Rn. 34 ff.) stellte der EuGH jedoch endgültig fest, dass auch die Niederlassungsfreiheit ein Beschränkungsverbot enthält. Diese Entwicklung wurde zwischenzeitlich auch durch eine Änderung des Artikels 43 EG dahingehend nachvollzogen, dass jetzt ausdrücklich von „Beschränkungen“ der freien Niederlassung die Rede ist.

¹⁵ Insoweit ist die gebräuchliche europarechtliche Terminologie verwirrend, da unter „Beschränkung“ zum einen der Oberbegriff für Diskriminierungen und unterschiedslos geltende Regelungen zu verstehen ist, zum anderen aber der Begriff „Beschränkungsverbot“ in Abgrenzung zu dem Begriff „Diskriminierungsverbot“ verwendet wird, vgl. Ahlt/Deisenhofer (Fn. 6), S. 161.

¹⁶ Vgl. Ahlt/Deisenhofer (Fn. 6), S. 195, 197 f., 210.

¹⁷ EuGH, Rs. C-267/91, Slg. 1993, I-6097 (Keck). Im Bereich der Warenverkehrsfreiheit ist danach zu unterscheiden zwischen produktbezogenen Regelungen, die den Marktzugang behindern und damit eine Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit bewirken, und vertriebsbezogenen Regelungen, die als bloße Verkaufsmodalitäten den Marktzugang nicht hindern und damit außerhalb des Anwendungsbereichs der Warenverkehrsfreiheit liegen. Entscheidend ist damit, ob eine unter-

Arbeitnehmerfreizügigkeit übertragen hat¹⁸, hat es bislang an einer eindeutigen Stellungnahme für die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit fehlen lassen. Seine Entscheidungen in den Rechtssachen Mac Quen¹⁹ (Niederlassungsfreiheit) und Omega²⁰ (Dienstleistungsfreiheit) deuten jedoch eher darauf hin, dass er eine Übertragung der Keck-Rechtsprechung nicht vornehmen will²¹. Für die weitere Prüfung ist aber jedenfalls dann, wenn der Zugang zum Markt betroffen ist, von einer Beschränkung der Niederlassungs- bzw. Dienstleistungsfreiheit auszugehen.

In neueren Entscheidungen verzichtet der EuGH auf eine Unterscheidung zwischen versteckter Diskriminierung und unterschiedsloser Regelung und spricht nur von „Beschränkung“. Dies findet seinen Grund darin, dass – wie noch zu zeigen sein wird²² – für beide Formen der Beschränkung grundsätzlich dieselben Anforderungen an die Rechtfertigung gestellt werden.

b) Die Regelungen des Schornsteinfegergesetzes

aa) Tätigkeit des Schornsteinfegers und Anwendungsbereich der Artikel 43 und 49 EG

Gemäß § 3 Abs. 2 Satz 1 SchfG gehört der Bezirksschornsteinfegermeister als Gewerbetreibender dem Handwerk an. Damit übt er eine selbständige Tätigkeit im Sinne der Artikel 43 und 49 EG aus, wie insbesondere auch Artikel 50 UAbs. 2 Buchstaben a und c EG verdeutlichen. Der persönliche Anwendungsbereich sowohl der Niederlassungs- als auch der Dienstleistungsfreiheit ist folglich eröffnet. Auch sachlich fallen die Regelungen des Schornsteinfegergesetzes grundsätzlich in den Anwendungsbereich von Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit. So ist es etwa denkbar, dass ein im EU-Ausland niedergelassener Schornsteinfeger sich in Deutschland als Schornsteinfeger niederlassen will – sei es unter Aufgabe oder Beibehaltung seiner bisherigen Niederlassung. In Betracht kommt dabei eine Niederlassung an einem oder an mehreren Orten innerhalb Deutschlands. Denkbar sind auch Konstellationen, in denen ein im EU-Ausland niedergelassener Schornsteinfeger lediglich vorübergehend in Deutschland als Schornsteinfeger tätig werden will, in denen es also um grenzüberschreitende Erbringung von Dienstleistungen geht. Ist damit der Anwendungsbereich sowohl des

schiedslos für inländische wie ausländische Waren geltende nationale Regelung den Marktzugang ausländischer Waren hindert oder nicht.

¹⁸ Vgl. EuGH, Rs. C-415/93, Slg. 1995, I-4921, Rn. 103 (Bosman).

¹⁹ EuGH, Rs. C-108/96, Slg. 2001, I-837.

²⁰ EuGH, Rs. C-36/02, NVwZ 2004, 1471.

²¹ Ablehnend auch Tiedje/Troberg, in: von der Groeben/Schwarze, EUV und EGV, Bd. 1, 6. Aufl. 2003, Art. 43 Rn. 103 (Niederlassungsfreiheit) und Art. 49 Rn. 103 ff. (Dienstleistungsfreiheit).

²² Unter 3,a.

Artikels 43 als auch des Artikels 49 EG eröffnet, wird nachfolgend im Einzelnen zu prüfen sein, ob es durch die Bestimmungen des Schornsteinfegergesetzes auch zu einer Beschränkung der Artikel 43 und 49 EG kommt. Dabei kann vorab festgehalten werden, dass gemäß § 4 Abs. 2 Nr. 2 SchfG i.V.m. § 1 Nr. 3 SchfV neben Deutschen auch Staatsangehörige aus Mitgliedstaaten der Europäischen Union als Bezirksschornsteinfegermeister bestellt werden dürfen, so dass es jedenfalls an einer offenen Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit fehlt. Es kann daher bei den Regelungen des Schornsteinfegergesetzes von vornherein nur um eine Beschränkung in Form der versteckten Diskriminierung bzw. unterschiedslosen Regelung gehen. Im Folgenden sollen die wichtigsten der gemeinschaftsrechtlich relevanten Regelungen im Zusammenhang mit dem Kehrbezirkssystem untersucht werden.

bb) Kehrbezirke und Monopolstellung des Bezirksschornsteinfegermeisters (§§ 2, 12 SchfG)

Bei der Regelung des § 2 Abs. 1 SchfG, wonach die zuständige Behörde über die Einrichtung von Kehrbezirken entscheidet, für die jeweils nur ein Schornsteinfegermeister bestellt wird, handelt es sich um eine Regelung, die Deutsche und Staatsangehörige aus anderen Mitgliedstaaten in gleicher Weise betrifft. Gleichwohl führt diese unterschiedslose Regelung zu einer Beschränkung der Niederlassungsfreiheit. Denn indem die Behörden durch die Einrichtung von Kehrbezirken und die Bestellung des jeweiligen Bezirksschornsteinfegers darüber entscheiden, wer wo die Tätigkeit eines Schornsteinfegers ausüben darf, wird der Zugang zum deutschen Markt für Staatsangehörige aus anderen Mitgliedstaaten, die sich in Deutschland als Schornsteinfeger niederlassen wollen, behindert²³. Gleiches gilt für die Regelung, wonach sich die Tätigkeit eines Bezirksschornsteinfegermeisters auf seinen Kehrbezirk zu beschränken hat (§ 12 Abs. 2 SchfG). Die Niederlassung in mehreren Bezirken²⁴ bzw. in einem Bezirk, aber mit dem Ziel, im gesamten Bundesgebiet die Tätigkeit des Schornsteinfegers auszuüben, wird damit verhindert; auch insoweit wird die Ausübung der Niederlassungsfreiheit zumindest unattraktiver gemacht, was nach der Rechtsprechung des EuGH für die Annahme einer Beschränkung ausreicht.

²³ Vgl. EuGH, Rs. C-439/99, Slg. 2002, I-305, Rn. 36 (Kommission/Italien), wo eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit von Messeveranstaltern durch italienische Bestimmungen angenommen wurde, welche die Ernennung der Organe der Messebetreiber von der Mitwirkung der Behörden abhängig machten.

²⁴ Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH umfasst die Niederlassungsfreiheit die Möglichkeit, unter Beachtung der Berufsregelungen im Gebiet der Gemeinschaft mehr als eine Stätte für die Ausübung einer Tätigkeit einzurichten und beizubehalten, vgl. EuGH, Rs. C-145/99, Slg. 2002, I-2235, Rn. 27 (Kommission/Italien); EuGH, Rs. 107/83, Slg. 1984, 2971, Rn. 19.

§§ 2 Abs. 1 und 12 Abs. 2 SchfG führen auch zu einer Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit. So werden im EU-Ausland ansässige Schornsteinfeger daran gehindert, ihre Dienste in Deutschland anzubieten, was eine Beschränkung der aktiven Dienstleistungsfreiheit der ausländischen Schornsteinfeger bedeutet. Zugleich werden die deutschen Bewohner eines Kehrbezirks davon abgehalten, zum Zwecke der Erfüllung ihrer Verpflichtung aus § 1 Abs. 1 SchfG die Dienste eines im EU-Ausland ansässigen Schornsteinfegers in Anspruch zu nehmen und damit von ihrer passiven Dienstleistungsfreiheit Gebrauch zu machen, da gemäß § 2 Abs. 2 SchfG Kehr- und Überprüfungsarbeiten nur von Bezirksschornsteinfegermeistern oder deren Gesellen ausgeführt werden dürfen. Schließlich führt das Verbot der Tätigkeit außerhalb des eigenen Kehrbezirks für (deutsche) Bezirksschornsteinfegermeister dazu, dass diese ihre Dienste nicht in anderen Mitgliedstaaten anbieten können, was wiederum gleichbedeutend mit einer Beschränkung der aktiven Dienstleistungsfreiheit ist.

cc) Voraussetzungen für die Eintragung in die Bewerberliste und für die Bestellung zum Bezirksschornsteinfegermeister (§ 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 SchfG, § 1 Nr. 4 SchfV)

Soweit § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 SchfG die Bestellung zum Bezirksschornsteinfegermeister davon abhängig macht, dass der jeweilige Bewerber in dem Land, in dem er in die Bewerberliste eingetragen ist, im Schornsteinfegerhandwerk innerhalb der letzten drei Jahre vor der Bestellung mindestens zwei Jahre im Betrieb eines Bezirksschornsteinfegermeisters praktisch tätig gewesen ist, bedeutet dies eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit. Gleiches dürfte auch für die Bestimmung des § 1 Nr. 4 SchfV gelten, der eine dreimonatige praktische Tätigkeit im Schornsteinfegerhandwerk im Betrieb eines Bezirksschornsteinfegermeister in dem Bezirk, in dessen Bewerberliste ein Bewerber eingetragen werden will, als Voraussetzung für die Eintragung in die Bewerberliste normiert²⁵. Zwar handelt es sich um Regelungen, die gleichermaßen für inländische Bewerber wie für solche aus anderen Mitgliedstaaten gelten; jedoch wird im Ergebnis die Ausübung der Niederlassungsfreiheit für im EU-Ausland ansässige Schornsteinfeger, die sich in Deutschland niederlassen wollen, erheblich behindert und weniger attraktiv gemacht. Es erscheint sogar vertretbar, in den fraglichen Regelungen versteckte Diskriminierungen zu erblicken. Denn das Erfordernis einer mehrjährigen Tätigkeit dürfte in aller Regel von Bewerbern aus dem EU-Ausland nicht erfüllt werden und sich mithin besonders zum Nachteil von EU-Ausländern auswirken²⁶.

²⁵ Nach § 1 Nr. 4 Halbsatz 3 SchfG kann die zuständige Behörde zur Vermeidung besonderer Härten Ausnahmen zulassen. Ob dies ausreicht, um die in § 1 Nr. 4 SchfV liegende Beschränkung auszu-schließen, bedarf indes angesichts der weitergehenden, unmittelbar aus der gesetzlichen Regelung (§ 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 SchfG) folgenden Beschränkung keiner Entscheidung.

²⁶ Vgl. zu diesem Erfordernis EuGH, Rs. C-175/88, Slg. 1990, I-1789, Rn. 14 (Biehl).

Auch mit Blick auf die Dienstleistungsfreiheit führen die Regelungen des § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 SchfG sowie § 1 Nr. 4 SchfV zu einer Beschränkung in Form einer versteckten Diskriminierung, da die vorübergehende Erbringung von Dienstleistungen für im EU-Ausland ansässige Schornsteinfeger praktisch ausgeschlossen wird und sich die Regelung überdies auch besonders zum Nachteil der EU-Ausländer auswirken dürfte.

dd) Residenzpflicht (§ 17 SchfG)

Im Bereich der Niederlassungsfreiheit sieht der EuGH in ständiger Rechtsprechung in nationalen Bestimmungen, die für die Ausübung einer selbständigen Tätigkeit einen Wohnsitz im Inland oder gar in unmittelbarer Nähe zur Arbeitsstätte vorschreiben, eine (versteckte) Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit. Zur Begründung verweist der EuGH darauf, dass die Staatsangehörigen des fraglichen Staates ganz überwiegend ihren Aufenthaltsort und ihr Domizil in diesem Staat haben und somit diese Bedingung ohne weiteres erfüllen, während die Staatsangehörigen der übrigen Mitgliedstaaten ihren Aufenthaltsort und ihr Domizil meist in diesen Staat verlegen müssten, um seinen gesetzlichen Anforderungen gerecht zu werden²⁷. In einem jüngeren Urteil hat der EuGH eine italienische Regelung, die die Eintragung in ein Register der Zahnärztekammer und damit die Ausübung des Zahnarztberufes zur Bedingung dafür macht, dass die Betroffenen im Bezirk der Zahnärztekammer wohnen, als Beschränkung der Niederlassungsfreiheit angesehen. Denn eine solche Bestimmung hindere die in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Zahnärzte daran, eine zweite Niederlassung in Italien zu eröffnen²⁸. Die Regelung des § 17 SchfG, wonach der Bezirksschornsteinfegermeister innerhalb seines Kehrbezirks oder dessen Nahbereich wohnen soll und Ausnahmen nur aus triftigen Gründen zur Vermeidung besonderer Härten zulässig sind, führt daher zu einer Beschränkung der Niederlassungsfreiheit in Form einer versteckten Diskriminierung. Die Tatsache, dass die Residenzpflicht des § 17 SchfG deutsche Bewerber, die in anderen Teilen des Staatsgebiets wohnen und somit ihren Wohnsitz ebenfalls verlegen müssten, unter Umständen in ähnlicher Weise benachteiligt wie Bewerber aus anderen EU-Mitgliedstaaten, steht der Annahme einer versteckten Diskriminierung dabei nicht entgegen. Wie der EuGH in ständiger Rechtsprechung betont, muss eine Maßnahme, um sie als diskriminierend qualifizieren zu können, nicht bewirken, „dass alle Inländer begünstigt werden oder dass unter Aus-

²⁷ EuGH, Rs. C-221/89, Slg. 1991, I-3905, Rn. 32 (Facortame).

²⁸ EuGH, Rs. C-162/99, Slg. 2001, I-541, Rn. 20 (Kommission/Italien).

schluss der Inländer nur die Staatsangehörigen der anderen Mitgliedstaaten benachteiligt werden“²⁹.

Auch im Bereich der Dienstleistungsfreiheit führt die Residenzpflicht des § 17 SchfG zu einer Beschränkung in Form der versteckten Diskriminierung. Insoweit gebraucht der EuGH in ständiger Rechtsprechung die Formulierung, dass „bei einer nationalen Rechtsvorschrift, die eine Unterscheidung aufgrund des Kriteriums des Wohnsitzes trifft, die Gefahr [besteht], dass sie sich hauptsächlich zum Nachteil der Angehörigen anderer Mitgliedstaaten auswirkt, da Gebietsfremde meist Ausländer sind.“³⁰

Fraglich ist schließlich, ob die Formulierung in § 17 SchfG, wonach Ausnahmen „nur aus triftigen Gründen zur Vermeidung besonderer Härten zulässig sind“, an dem vorstehenden Ergebnis etwas zu ändern vermag. Diese Frage dürfte im Ergebnis zu verneinen sein. So ist bei der Umsetzung von Richtlinien in nationales Recht anerkannt, dass eine bloße Verwaltungspraxis, welche die Verwaltung naturgemäß beliebig ändern kann und die nur unzureichend bekannt ist, keine ordnungsgemäße Umsetzung darstellt³¹. Gleiches gilt nach ständiger Rechtsprechung des EuGH auch für die Vereinbarkeit nationalen Rechts mit primärem Gemeinschaftsrecht³². Selbst wenn daher die in § 17 SchfG enthaltene Ausnahme seitens der zuständigen Behörden großzügig zugunsten von EU-Ausländern ausgelegt werden sollte – der Wortlaut deutet eher auf eine restriktive Auslegung hin –, dürfte dies an dem Befund einer durch § 17 SchfG hervorgerufenen versteckten Diskriminierung nichts ändern.

c) Ergebnis zur Frage der Beschränkung der Niederlassungsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit

Die Regelungen über die Einrichtung von Kehrbezirken mit einer Monopolstellung des Bezirksschornsteinfegermeisters (§§ 2, 12 SchfG), über die Voraussetzungen für die Eintragung in die Bewerberliste und die Bestellung zum Bezirksschornsteinfegermeister (§ 5 Abs. 1 Satz 1

²⁹ EuGH, Rs. C-281/98, Slg. 2000, I-4139, Rn. 41 (Angonese); EuGH, Rs. C-388/01, Slg. 2003, I-723, Rn. 14 (Kommission/Italien)

³⁰ EuGH, Rs. C-388/01, Slg. 2003, I-723, Rn. 14 (Kommission/Italien); EuGH, Rs. C-281/98, Slg. 2000, I-4139, Rn. 41 (Angonese); EuGH, Rs. C-224/97, Slg. 1999, I-2517, Rn. 14 (Ciola); EuGH, Rs. C-350/96, Slg. 1998, I-2521, Rn. 29 (Clean Car Autoservice); EuGH, Rs. C-279/93, Slg. 1995, I-225, Rn. 28 (Schumacker).

³¹ Vgl. EuGH, Rs. 102/79, Slg. 1980, 1473 (Betriebserlaubnis für Kraftfahrzeuge).

³² Vgl. EuGH, Rs. C-145/99, Slg. 2002, I-2235, Rn. 30 (Kommission/Italien); EuGH, Rs. C-197/96, Slg. 1997, I-1489, Rn. 14 (Kommission/Frankreich); EuGH, Rs. C-358/98, Slg. 2000, I-1255, Rn. 17 (Kommission/Italien).

Nr. 3 SchfG, § 1 Nr. 4 SchfV) sowie über die Residenzpflicht (§ 17 SchfG) führen sowohl zu einer Beschränkung der Niederlassungsfreiheit als auch der Dienstleistungsfreiheit.

2. Bereichsausnahme (Artikel 45, 55 EG)

In einem nächsten Schritt ist zu untersuchen, ob zugunsten (einzelner) Tätigkeiten des Bezirksschornsteinfegermeisters die Bereichsausnahme der Artikel 45, 55 EG greift.

a) Tätigkeit in Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne der Artikel 45, 55 EG

Gemäß Artikel 45 EG finden die Vorschriften über die Niederlassungsfreiheit auf Tätigkeiten, die in einem Mitgliedstaat dauernd oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind, in dem betreffenden Mitgliedstaat keine Anwendung. Gleiches gilt über Artikel 55 EG für die Dienstleistungsfreiheit. Artikel 45 EG formuliert eine Bereichsausnahme³³ und eröffnet den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, mit hoheitlichen Aufgaben nicht die Verwaltung, sondern Privatpersonen zu betrauen³⁴.

Zentrale Bedeutung kommt dem Begriff der Ausübung „öffentlicher Gewalt“ zu. Der EuGH hat es bislang vermieden, eine der Subsumtion zugängliche Definition dieses Tatbestandsmerkmals zu entwickeln³⁵. Er belässt es seit der Grundsatzentscheidung *Reyners* aus dem Jahre 1974 bei der Formulierung, dass den mitgliedstaatlichen Belangen ausreichend Rechnung getragen sei, „wenn ausländische Staatsangehörige lediglich von denjenigen Tätigkeiten ferngehalten werden, die, in sich selbst betrachtet, eine unmittelbare und spezifische Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt darstellen.“³⁶ Das bedeutet, dass über Artikel 45 EG nicht Berufe schlechthin, sondern nur einzelne Tätigkeiten von der Niederlassungsfreiheit ausgenommen werden³⁷. Ausgangspunkt der Prüfung des EuGH bei der Anwendung des Artikels 45 EG ist daher die Feststellung, welche konkreten Tätigkeiten ein Beruf mit sich bringt. In einem zweiten Schritt ist zu prüfen, ob und welche Tätigkeit eine unmittelbare und spezifische Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt mit sich bringt³⁸. Die Abgrenzung ist für jeden Mitgliedstaat gesondert anhand der jeweiligen nationalen Bestimmungen vorzuneh-

³³ So die h.M., vgl. Henssler/Kilian, EuR 2005, 192, 193 m.w.N. auch zur abweichenden Auffassung, die in Artikel 45 EG einen Rechtfertigungsgrund erblickt.

³⁴ Tiedje/Troberg, in: von der Groeben/Schwarze, EUV und EGV, Bd. 1, 6. Aufl. 2003, Art. 45 EG Rn. 2.

³⁵ Vgl. Henssler/Kilian, EuR 2005, 192, 195 ff.

³⁶ EuGH, Rs. 2/74, Slg. 1974, 631, Rn. 44 f. (*Reyners*).

³⁷ Ahl/Deisenhofer (Fn. 6), S. 194.

³⁸ Vgl. für diese Vorgehensweise EuGH, Rs. C-355/98, Slg. 2000, I-1221, Rn. 25 (Kommission/Belgien).

men. Den Mitgliedstaaten kommt hierbei ein Beurteilungsspielraum zu. Diesem sind jedoch durch das Gemeinschaftsrecht Grenzen gezogen, durch die verhindert werden soll, dass der EG-Vertrag durch einseitige Maßnahmen der Mitgliedstaaten seiner Wirksamkeit beraubt wird³⁹. Als Ausnahmevorschrift ist Artikel 45 EG eng auszulegen⁴⁰. Die durch Artikel 45 EG zugelassenen Ausnahmen können wegen der grundlegenden Bedeutung der Niederlassungsfreiheit nicht weiter reichen, als es der Zweck, um dessentwillen sie vorgesehen sind, erfordert⁴¹.

Aus der – nicht sehr umfangreichen⁴² – Rechtsprechung des EuGH zu Artikel 45 EG lassen sich einige Kriterien entnehmen, die für eine „unmittelbare und spezifische Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt“ sprechen. Allerdings bleibt jede Prognose zu Artikel 45 EG mit Blick auf das Fehlen einer verlässlichen Dogmatik mit einer nicht unerheblichen Ungewissheit behaftet⁴³.

aa) Besondere Befugnisse

Zunächst muss es sich um eine Tätigkeit handeln, die besondere Befugnisse, insbesondere Sonderrechte, Hoheitsprivilegien und Zwangsbefugnisse, mit sich bringt⁴⁴. Ausreichend ist, dass sich ein Selbständiger kraft entsprechender gesetzlicher Ermächtigung oder Beleihung gegenüber einem Bürger einer Handlungsform bedienen kann, die nicht für den Privatrechtsverkehr, sondern für ein Subjektionsverhältnis typisch ist. Das ist jedenfalls bei Tätigkeiten der Fall, bei denen der Handelnde einseitig bindende Akte erlassen oder einseitige Einwirkungen auf Dritte vornehmen kann⁴⁵.

bb) Tätigkeit nicht bloß vorbereitender oder technischer Natur

Weiterhin darf es sich nicht um Tätigkeit lediglich vorbereitender oder rein technischer Natur handeln; andernfalls fehlte es an der „Unmittelbarkeit“ der Ausübung öffentlicher Gewalt⁴⁶. So entschied der EuGH, dass die Tätigkeit der Planung und Entwicklung von Software für Da-

³⁹ EuGH, Rs. 2/74, Slg. 1974, 631, Rn. 48 ff. (Reyners).

⁴⁰ Vgl. Henssler/Kilian, EuR 2005, 192, 194.

⁴¹ EuGH, Rs. 2/74, Slg. 1974, 631, Rn. 42 (Reyners).

⁴² Einen guten Überblick geben Henssler/Kilian, EuR 2005, 192, 198 ff. Vgl. auch Tiedje/Troberg, in: von der Groeben/Schwarze, EUV und EGV, Bd. 1, 6. Aufl. 2003, Art. 45 EG Rn. 13 ff.

⁴³ So zu Recht Henssler/Kilian, EuR 2005, 192, 197.

⁴⁴ So schon Generalanwalt Mayras in seinem Schlussantrag zu dem Verfahren Reyners, EuGH, Rs. 2/74, Slg. 1974, 631, 665. Vgl. im einzelnen Henssler/Kilian, EuR 2005, 192, 207 ff.

⁴⁵ Henssler/Kilian, EuR 2005, 192, 207.

⁴⁶ Henssler/Kilian, EuR 2005, 192, 209 ff.

tenverarbeitungssysteme für öffentliche Stellen keine unmittelbare und spezifische Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt mit sich bringe, da es sich um eine Tätigkeit rein technischer Natur handele⁴⁷. Gleiches gilt nach Auffassung des EuGH für die Entwicklung und Installation von Hard- und Software zur Durchführung des staatlichen Lottospiels, da diese lediglich die technischen Voraussetzungen dafür schafft, dass andere Stellen staatliche Kontrollbefugnisse wahrnehmen können⁴⁸. Hinsichtlich der Tätigkeit griechischer Kfz-Sachverständiger, die von den griechischen Gerichten zur Begutachtung von Verkehrsunfällen herangezogen werden, lehnte der EuGH die Ausübung öffentlicher Gewalt mit dem Argument ab, dass die Sachverständigengutachten die Richter nicht in ihren richterlichen Befugnissen und in ihrer Freiheit der Beweiswürdigung binden; letztlich handele es sich um eine bloß unterstützende Tätigkeit⁴⁹. In der Rechtssache Thijssen⁵⁰ hatte der EuGH über die Tätigkeit eines belgischen Betriebsprüfers (*commissaire agréé*) zu befinden, der von Versicherungsaufsichtsbehörden in die Versicherungsgesellschaften entsandt wird. Aufgabe des Betriebsprüfers ist es nicht nur, das Rechnungswesen der Versicherungen zu revidieren, sondern auch, der Aufsichtsbehörde Bericht zu erstatten und gegen Beschlüsse der Unternehmensleitung, die eine strafbare Handlung darstellen würden, ein Veto einzulegen. Gleichwohl lehnte der EuGH eine unmittelbare und spezifische Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt ab - und dies obwohl er dem Vetorecht eine für staatliches Handeln typische Eingriffsqualität zubilligte. Entscheidendes Argument des EuGH war, dass das Veto Unternehmensentscheidungen nur für acht Tage dispensiert und nach Ablauf dieser Frist keine Rechtswirkungen mehr entfaltet. Die eigentliche Hoheitsgewalt verbleibe damit bei der Aufsichtsbehörde, die nicht durch das Veto des Betriebsprüfers gebunden ist, sondern in ihrer Entscheidung völlig frei bleibt. Dagegen sah der EuGH in der Erteilung einer Betriebserlaubnis auch dann die Ausübung hoheitlicher Gewalt, wenn diese Erteilung nicht durch eine staatliche Stelle, sondern durch private Kfz-Werkstätten erfolgt, die durch Selbständige mit entsprechender staatlicher Autorisierung betrieben werden⁵¹. Die Rechtsprechung des EuGH lässt sich damit in etwa wie folgt zusammenfassen: Die Ausübung öffentlicher Gewalt setzt voraus, dass die fragliche Tätigkeit gegenüber dem Bürger verbindliche, endgültige Rechtsfolgen setzt und nicht lediglich einer staatlichen Stelle die Möglichkeit eröffnet, kraft der gewonnenen Erkenntnisse derartige hoheitliche Entscheidungen anzuordnen⁵². Erforderlich ist mithin die „autonome Erzeugung von besonderer Rechtsverbindlichkeit durch den Selbständigen“⁵³.

⁴⁷ EuGH, Rs. C-3/88, Slg. 1989, 4035 (Kommission/Italien)

⁴⁸ EuGH, Rs. C-272/91, Slg. 1994, I-1409 (Kommission/Italien).

⁴⁹ Vgl. EuGH, Rs. C-306/89, Slg. 1991, I-5863 (Kommission/Griechenland).

⁵⁰ EuGH, Rs. C-42/92, Slg. 1993, I-4047 (Thijssen).

⁵¹ Vgl. EuGH, Rs. C-55/93, Slg. 1994, I-4837 (van Schaik).

⁵² Vgl. Henssler/Kilian, EuR 2005, 192, 202.

⁵³ Ebenda, 210.

cc) Außenwirkung gegenüber dem Bürger

Weiteres Kriterium für die Annahme einer „unmittelbaren und spezifischen Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt“ ist, dass die fragliche Tätigkeit mit Außenwirkung gegenüber dem Bürger erfolgt⁵⁴. Nur in diesem Fall liegt eine „spezifische“ Ausübung öffentlicher Gewalt vor.

dd) Tätigkeit erfolgt mehr als nur ganz gelegentlich

Schließlich reicht eine Tätigkeit, die nur ganz gelegentlich erfolgt, nicht aus⁵⁵.

b) Die Tätigkeiten des Bezirksschornsteinfegermeisters

Ausgangspunkt der Prüfung bildet die Regelung des § 3 Abs. 2 Satz 2 SchfG, wonach der Bezirksschornsteinfegermeister bei der Feuerstättenschau, bei der Bauabnahme und bei Tätigkeiten auf dem Gebiet des Immissionsschutzes sowie der rationellen Energieverwendung öffentliche Aufgaben wahrnimmt. Der Bezirksschornsteinfegermeister ist somit beliehener Unternehmer, der mit der hoheitlichen Wahrnehmung der genannten Verwaltungsaufgaben im eigenen Namen betraut ist. Bei seinen Maßnahmen innerhalb seines Zuständigkeitsbereichs hat er die Stellung einer Verwaltungsbehörde im Sinne des § 1 Abs. 4 Verwaltungsverfahrensgesetzes⁵⁶. Ist damit nach nationalem Recht hinsichtlich der genannten Tätigkeiten eine Einordnung im Sinne der Bereichsausnahme des Artikels 45 EG vorgenommen, bleibt zu prüfen, inwieweit diese Einordnung den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben, namentlich den vorstehend dargestellten Kriterien der Rechtsprechung des EuGH, genügt. Entscheidend ist somit, ob die fraglichen Tätigkeiten jeweils eine „unmittelbare und spezifische Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt“ mit sich bringen.

aa) Feuerstättenschau

Die Feuerstättenschau umfasst ausweislich der Legaldefinition des § 13 Abs. 1 Nr. 2 SchfG die Überprüfung sämtlicher Schornsteine, Feuerstätten, Verbindungsstücke und Lüftungsanlagen oder ähnlicher Einrichtungen auf ihre Feuersicherheit in den Gebäuden, in denen der Bezirks-

⁵⁴ Ebenda, 211.

⁵⁵ Ebenda, 211 f.

schornsteinfegermeister Arbeiten nach der Kehr- und Überprüfungsordnung (KÜO)⁵⁷, der Verordnung über Kleinfeuerungsanlagen oder den landesrechtlichen Bauordnungen auszuführen hat, durch persönliche Besichtigung innerhalb von fünf Jahren, und zwar jährlich in einem Fünftel seines Bezirks. Entscheidendes Abgrenzungskriterium bei der Prüfung, ob es sich bei der so umschriebenen Tätigkeit um eine unmittelbare und spezifische Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt handelt, ist nach der Rechtsprechung des EuGH, ob der Bezirksschornsteinfegermeister gegenüber dem Bürger verbindliche, endgültige Rechtsfolgen setzt. Diese Frage dürfte im Ergebnis zu verneinen sein. Wie sich aus § 13 Abs. 1 Nr. 3 Buchstabe a SchfG ergibt, hat der Bezirksschornsteinfegermeister die bei Schornsteinen, Feuerstätten, Verbindungsstücken und Lüftungsanlagen oder ähnlichen Einrichtungen vorgefundenen Mängel dem Grundstückseigentümer (bzw. den Wohnungseigentümer) unverzüglich zu melden und gemäß § 19 Abs. 1 Nr. 4 SchfG aufzuzeichnen. Werden die festgestellten Mängel nicht innerhalb einer vom ihm zu setzenden Frist abgestellt, hat er sie gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 3 Buchstabe b SchfG unverzüglich der zuständigen Behörde zu melden. Diese hat es sodann in der Hand, gegen den Eigentümer durch Ordnungsverfügung auf die Mängelbeseitigung zu drängen⁵⁸. Das bedeutet aber, dass die Tätigkeit des Bezirksschornsteinfegermeisters im Rahmen der Feuerstättenschau sich letztlich darauf beschränkt, für die zuständige Behörde die Grundlage zum Erlass der gegebenenfalls erforderlichen (baupolizeilichen) Maßnahmen zu schaffen. Es handelt sich mithin um eine unterstützende Tätigkeit; der Bezirksschornsteinfegermeister erlässt selbst keine abschließende Entscheidung. Herr des Verfahrens bleibt stets die zuständige Behörde. Das gilt selbst in den Fällen, in denen wegen der besonderen Gefährlichkeit des festgestellten Mangels eine sofortige Stilllegung der Feuerungsanlage erforderlich ist; auch dann beschränkt sich die Tätigkeit des Bezirksschornsteinfegermeisters lediglich auf eine unverzügliche Unterrichtung des Eigentümers sowie der zuständigen Verwaltungsbehörde - gegebenenfalls auch des Gasversorgungsunternehmens. Keinesfalls kann der Bezirksschornsteinfegermeister eine mit Mängeln behaftete Anlage selbst stilllegen, da es insofern an einer Rechtsgrundlage fehlt⁵⁹. Dieser Befund dürfte aber auf der Grundlage der bislang zu Artikel 45 EG ergangenen Entscheidungen des EuGH für die Annahme einer unmittelbaren und spezifischen Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt nicht ausreichen.

⁵⁶ Vgl. BVerwG, GewArch 1972, 184; Hessischer VGH, ESVGH 18, 86, 88; Musielak/Schira/Manke, Schornsteinfegergesetz, 6. Aufl. 2003, § 3 Rn. 3.

⁵⁷ In Rheinland-Pfalz gilt die KÜO vom 13. Dezember 1977 (GVBl. S. 447), zuletzt geändert durch Artikel 45 des Gesetzes vom 21. Juli 2003 (GVBl. S. 155).

⁵⁸ Vgl. Musielak/Schira/Manke, Schornsteinfegergesetz, 6. Aufl. 2003, § 13 Rn. 6.

⁵⁹ Vgl. Musielak/Schira/Manke, Schornsteinfegergesetz, 6. Aufl. 2003, § 13 Rn. 6, die eine Ausnahme allenfalls bei akuter Lebensgefahr für denkbar halten.

Ein anderes Ergebnis folgt auch nicht aus dem in § 1 Abs. 3 Satz 1 SchfG geregelten Betretensrecht des Bezirksschornsteinfegermeisters. Insoweit zeigt die Bestimmung des § 1 Abs. 3 Satz 2 SchfG, dass es eines vollziehbaren Verwaltungsakts der zuständigen Verwaltungsbehörde bedarf, um das gesetzlich verankerte Betretensrecht des Bezirksschornsteinfegermeisters durchzusetzen⁶⁰. In der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung ist daher anerkannt, dass § 1 Abs. 3 SchfG die zuständige Verwaltungsbehörde ermächtigt, die gesetzlich geregelte Pflicht des Grundstückseigentümers, den Zutritt des Bezirksschornsteinfegermeisters zu dulden, durch Verwaltungsakt anzuordnen und diese Verfügung dann zwangsweise zu vollziehen⁶¹. Muss der Bezirksschornsteinfegermeister aber Behörden hinzuziehen, um das ihm zuerkannte Betretensrecht durchzusetzen, fehlt es gerade an einer „Unmittelbarkeit“ der Ausübung öffentlicher Gewalt, der Bezirksschornsteinfegermeister trifft keine abschließende Entscheidung im Sinne der Rechtsprechung des EuGH.

bb) Bauabnahme

Gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 9 SchfG obliegt dem Bezirksschornsteinfegermeister die Ausstellung der Bescheinigung zu Rohbau- und Schlussabnahmen nach Landesrecht. Entsprechende Regelungen finden sich in den einzelnen Landesbauordnungen der Länder⁶², so auch in § 79 Abs. 2 Landesbauordnung (LBauO) des Landes Rheinland-Pfalz. Danach muss sich der Bauherr bei der Errichtung oder Änderung von Feuerungsanlagen vor der Inbetriebnahme die sichere Benutzbarkeit der Abgasanlagen und der Anschlüsse der Feuerstätten durch den Bezirksschornsteinfegermeister bescheinigen lassen. Wie auch bei der Feuerstättenschau ist der Bezirksschornsteinfegermeister gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 3 SchfG verpflichtet, den Bauherren schriftlich aufzufordern, die festgestellten Mängel binnen angemessener Frist zu beseitigen; andernfalls ist die Bauaufsichtsbehörde zu benachrichtigen⁶³.

Inwieweit es sich bei den Bescheinigungen nach den jeweiligen Landesbauordnungen um (feststellende) Verwaltungsakte handelt, die mit der (gegebenenfalls gegen den Bezirksschornsteinfegermeister gerichteten) Verpflichtungsklage erstritten werden können, ist in der einschlägigen Kommentierung umstritten⁶⁴. Letztlich dürfte diese Einordnung in die Kategorien des deutschen Rechts aber für die vorliegend zu beantwortende Frage nicht ausschlag-

⁶⁰ Vgl. OVG Rheinland-Pfalz, NVwZ-RR 2003, 741; VG Gießen, NVwZ-RR 2000, 495.

⁶¹ Vgl. VGH Baden-Württemberg, GewArch 1993, 205, 206; Bayerischer VGH, BayVBl. 1981, 756.

⁶² Vgl. z.B. § 43 Abs. 7 BauO NRW, § 67 Abs. 5 LBO BW, § 78 Abs. 4 der Bayerischen Bauordnung.

⁶³ Vgl. Schmidt, in: Jeromin, Landesbauordnung Rheinland-Pfalz, 2005, § 79 Rn. 3.

⁶⁴ Für das Vorliegen eines Verwaltungsaktes – allerdings ohne Begründung – vgl. Schmidt, in: Jeromin, Landesbauordnung Rheinland-Pfalz, 2005, § 79 Rn. 3; dagegen mit ausführlicher Begründung vgl. Musielak/Schira/Manke, Schornsteinfegergesetz, 6. Aufl. 2003, § 3 Rn. 6.

gebend sein. Ob die Tätigkeit der Bauabnahme die unmittelbare und spezifische Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt mit sich bringt, dürfte vielmehr – wie bereits im Rahmen der Feuerstättenschau – davon abhängen, wer die abschließende Entscheidung trifft. In diesem Zusammenhang wird es unter anderem auch um die Frage gehen, ob die zuständige Bauaufsichtsbehörde eine seitens des Bezirksschornsteinfegermeisters verweigerte Bescheinigung durch eigene Erklärung ersetzen kann. In der Kommentierung zum Schornsteinfegergesetz wird dies bejaht⁶⁵. So beschränke sich die Tätigkeit des Bezirksschornsteinfegermeisters auf seine Sachkenntnis als Sachverständiger. Der Bauaufsichtsbehörde sei es daher unbenommen, eine durch den Bezirksschornsteinfegermeister verweigerte Schornsteinabnahme durch eigene Erklärung zu ersetzen. Herr des Verfahrens bleibe daher stets die Behörde⁶⁶. Folgt man dieser Auffassung, bringt die Tätigkeit der Bauabnahme keine unmittelbare und spezifische Ausübung öffentlicher Gewalt mit sich⁶⁷.

Gegen diese Auffassung könnte sprechen, dass an die Bescheinigung durch den Bezirksschornsteinfegermeister unmittelbar Rechtsfolgen geknüpft sind, indem die Inbetriebnahme einer Feuerungsanlage ohne die Bescheinigung eine Ordnungswidrigkeit darstellt (so etwa in Rheinland-Pfalz nach § 89 Abs. 4 Nr. 13 LBauO).

In jedem Fall aber kann die Bauaufsichtsbehörde, wenn ihr durch den Bezirksschornsteinfegermeister Mängel gemeldet werden, Abhilfe binnen einer durch sie zu bestimmenden Frist verlangen (in Rheinland-Pfalz gemäß § 59 Abs. 1 LBauO) und gegebenenfalls die Baueinstellung oder sogar die Beseitigung verfügen (in Rheinland-Pfalz gemäß §§ 80, 81 LBauO). Daneben können Verstöße auch nach § 89 LBauO als Ordnungswidrigkeit geahndet werden⁶⁸. Der Bauaufsichtsbehörde – und nur dieser – steht damit das gesamte baupolizeiliche Instrumentarium zur Verfügung. Dagegen verfügt der Bezirksschornsteinfegermeister mangels Rechtsgrundlage – wie im Rahmen der Feuerstättenschau auch – nicht über dieses Instrumentarium. Es erscheint daher im Ergebnis zumindest nicht ausgeschlossen, dass der EuGH auch die Bauabnahme als eine bloß unterstützende, technische Tätigkeit einstufen würde, die keine

⁶⁵ Vgl. Musielak/Schira/Manke, Schornsteinfegergesetz, 6. Aufl. 2003, § 3 Rn. 6.

⁶⁶ So ausdrücklich Musielak/Schira/Manke, Schornsteinfegergesetz, 6. Aufl. 2003, § 3 Rn. 6. Ebenda, Rn. 9, wird allerdings die Bereichsausnahme des Artikels 45 EG für einschlägig erachtet, jedoch allein unter Verweis auf die dem Bezirksschornsteinfegermeister „übertragenen öffentlich-rechtlichen Befugnisse“. Dieser Befund reicht aber, wie oben (unter a) dargestellt wurde, nach der Rechtsprechung des EuGH gerade nicht aus. Erforderlich ist vielmehr, dass eine abschließende Entscheidung getroffen wird, die Behörde also nicht Herrin des Verfahrens bleibt. Auf diese Problematik wird in der zitierten Kommentierung nicht eingegangen.

⁶⁷ Konsequenterweise wird man dann auch die Verwaltungsaktqualität der Bescheinigung ablehnen müssen. Vgl. Musielak/Schira/Manke, Schornsteinfegergesetz, 6. Aufl. 2003, § 3 Rn. 6.

⁶⁸ Schmidt, in: Jeromin, Landesbauordnung Rheinland-Pfalz, 2005, § 78 Rn. 17.

unmittelbare und spezifische Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt mit sich bringt. Anders als im Rahmen der Feuerstättenschau erscheint es aber auch vertretbar, die Tätigkeit der Bauabnahme unter die Bereichsausnahme des Artikels 45 EG zu fassen. Letztlich ist es daher mit Blick auf die Tätigkeit der Bauabnahme offen, inwieweit auf der Grundlage der zu Artikel 45 EG ergangenen Rechtsprechung des EuGH die Bereichsausnahme des Artikels 45 EG greift.

cc) Tätigkeiten auf dem Gebiet des Immissionsschutzes sowie der rationellen Energieverwendung

Gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 10 SchfG gehört zu den Aufgaben des Bezirksschornsteinfegermeisters die Überprüfung von Schornsteinen, Feuerstätten und Verbindungsstücken oder ähnlichen Einrichtungen sowie Feststellung und Weiterleitung der für die Aufstellung von Emissionskatastern im Sinne des § 46 des Bundes-Immissionsschutzgesetzes (BImSchG) erforderlichen Angaben nach Maßgabe der öffentlich-rechtlichen Vorschriften auf dem Gebiet des Immissionsschutzes. Von der durch § 13 Abs. 1 Nr. 10 SchfG eröffneten Möglichkeit, dem Bezirksschornsteinfegermeister Aufgaben des Immissionsschutzes zu übertragen, hat die Bundesregierung durch Erlass der Ersten Verordnung zur Durchführung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes (Verordnung über kleine und mittlere Feuerungsanlagen – 1. BImSchV -)⁶⁹ Gebrauch gemacht. Gemäß §§ 14, 15 1. BImSchV hat der Betreiber von Feuerungsanlagen diese vom zuständigen Bezirksschornsteinfegermeister dahingehend überprüfen zu lassen, ob die in der Verordnung aufgestellten Gebote über die Auswurfsbegrenzung erfüllt werden⁷⁰. Ähnlich wie bei der Feuerstättenschau beschränkt sich die Tätigkeit des Bezirksschornsteinfegermeisters darauf, Messungen durchzuführen und in den Fällen, in denen eine wiederholte Messung ergibt, dass die technischen Anforderungen nicht erfüllt sind, der zuständigen Behörde eine Durchschrift der Bescheinigung über das Ergebnis der ersten Messung und der Wiederholungsmessung zuzuleiten (§ 14 Abs. 4 1. BImSchV). Gemäß § 46 BImSchG sind die nach Landesrecht zuständigen Behörden in Belastungsgebieten verpflichtet, ein Emissionskataster aufzustellen. Der Bezirksschornsteinfegermeister kann dabei durch Rechtsverordnung die Aufgabe erhalten, die für die Aufstellung des Katasters erforderlichen Angaben aus seinem Tätigkeitsbereich zu ermitteln und an die zuständige Behörde weiterzugeben. Die Aufgaben des Bezirksschornsteinfegermeisters nach §§ 14, 15 1. BImSchV sowie nach § 46 BImSchG erschöpfen sich damit in bloß vorbereitenden, unterstützenden, technisch

⁶⁹ Verordnung vom 15. Juli 1988 (BGBl I 1988, 1059), zuletzt geändert durch Artikel 4 der Verordnung vom 14. August 2003 (BGBl. 2003 I 1614).

⁷⁰ Vgl. Musielak/Schira/Manke, Schornsteinfegergesetz, 6. Aufl. 2003, § 13 Rn. 12.

geprägten Tätigkeiten, die keine unmittelbare und spezifische Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt mit sich bringen. Sie eröffnen den zuständigen Behörden die Möglichkeit, kraft der gewonnenen Erkenntnisse entsprechende ordnungsbehördliche Maßnahmen anzuordnen; Herren des Verfahrens bleiben stets die Behörden. Die Bereichsausnahme des Artikels 45 EG dürfte daher mit Blick auf die Aufgaben nach § 13 Abs. 1 Nr. 10 SchfG nicht einschlägig sein.

Was schließlich die Aufgaben des Bezirksschornsteinfegermeisters nach § 13 Abs. 1 Nrn. 11 und 12 SchfG anbelangt, hängt eine Einordnung der dort aufgeführten Überwachungstätigkeiten nach § 7 Abs. 2 bzw. 3 des Energieeinsparungsgesetzes (EnEG) davon ab, inwieweit der jeweilige Verordnungsgeber auf Bundes- oder Landesebene dem Bezirksschornsteinfegermeister im Einzelfall echte verfahrensabschließende Kompetenzen verleiht. Ohne an dieser Stelle den landes- und bundesrechtlichen Regelungen im einzelnen nachgehen zu können, deutet doch vieles darauf hin, dass es sich bei den zu übertragenden Überwachungsaufgaben in aller Regel um bloß vorbereitende, unterstützende, technisch geprägte Tätigkeiten handeln dürfte, die keine unmittelbare und spezifische Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt mit sich bringen. Als Beispiel für Länder, in denen es zu einer Übertragung von Zuständigkeiten auf den Bezirksschornsteinfegermeister gekommen ist – in Rheinland-Pfalz ist dies nicht der Fall⁷¹ – mögen insoweit die Regelungen in Baden-Württemberg⁷², Bayern⁷³, Bremen⁷⁴ und Niedersachsen⁷⁵ dienen. Die dem Bezirksschornsteinfeger im Bereich der rationellen Energieverwendung übertragenen Zuständigkeiten beschränken sich in diesen Ländern auf Prüftätigkeiten, die im Rahmen der Feuerstättenschau mitzuerledigen sind. Für den Fall, dass Mängel festgestellt werden, ist derselbe Mechanismus vorgesehen, wie er bereits in § 13 Abs. 1 Nr. 3 SchfG angelegt ist, also schriftliche Mitteilung an den Eigentümer mit Fristsetzung und im Falle unterbliebener Mängelbeseitigung unverzügliche Mitteilung an die zuständige (Bauaufsichts-) Behörde⁷⁶. Der Bezirksschornsteinfegermeister selbst trifft damit keine verfahrensabschließende Entscheidung. Herr des Verfahrens bleibt stets die Behörde. Auch im Bereich

⁷¹ Vgl. die Landesverordnung über die Zuständigkeiten auf dem Gebiet der Energieeinsparung vom 4. März 2005 (GVBl. S. 84).

⁷² Verordnung zur Durchführung der Energieeinsparverordnung vom 6. Mai 2003 (GVBl. S. 228), zuletzt geändert durch Artikel 16 des G. v. 14. Dezember 2004 (GBl. S. 884) – EnEV-DVO.

⁷³ Verordnung zur Regelung der Zuständigkeiten und zur Durchführung der Verordnung über energiesparenden Wärmeschutz und energiesparende Anlagentechnik bei Gebäuden vom 22. Januar 2002 (GVBl. S. 18) – EnEV-ZVEnEV.

⁷⁴ Verordnung zur Durchführung der Energieeinsparverordnung im Land Bremen vom 19. Juli 2005 (ABl. S. 373) – DVO-EnEV (HB).

⁷⁵ Verordnung zur Durchführung der Energieeinsparverordnung vom 27. Januar 2003 (GVBl. S. 27), geändert durch Verordnung vom 21. Juni 2005 (GVBl. S. 192) – DVO-EnEV (NI).

⁷⁶ Vgl. § 5 EnEV-DVO; § 3 EnEV-ZVEnEV; § 7 DVO-EnEV (HB); § 2 DVO-EnEV (NI).

der Tätigkeiten nach § 13 Abs. 1 Nr. 11 und 12 SchfG spricht damit viel dafür, dass die Bereichsausnahme des Artikels 45 EG nicht einschlägig ist.

c) Ergebnis zu Artikel 45 EG

Bei den in § 3 Abs. 2 SchfG aufgeführten Tätigkeiten, die nach deutschem Recht als hoheitliche Aufgaben gelten, spricht einiges dafür, dass sie nicht unter die Bereichsausnahme des Artikels 45 EG fallen. Die Vorschriften der Niederlassungsfreiheit und – über Artikel 55 EG – auch der Dienstleistungsfreiheit dürften daher auch auf diese nach deutschem Recht hoheitlichen Aufgaben Anwendung finden. Einzig bei der Tätigkeit der Bauabnahme erscheint es offen, inwieweit auf der Grundlage der zu Artikel 45 EG ergangenen Rechtsprechung des EuGH die Bereichsausnahme des Artikel 45 EG greift, wobei die Bauabnahme unter den gesamten Tätigkeiten eines Bezirksschornsteinfegermeisters einen eher geringen Anteil einnehmen dürfte.

3. Rechtfertigung der Beschränkungen

Soweit die Regelungen des Schornsteinfegergesetzes die Niederlassungs- und die Dienstleistungsfreiheit beschränken und die Bereichsausnahme des Artikels 45 EG nicht greift, stellt sich die Frage nach der Rechtfertigung der festgestellten Beschränkungen, wobei sowohl ungeschriebene (a) als auch geschriebene (b) Rechtfertigungsgründe in Betracht kommen.

a) Ungeschriebene Rechtfertigungsgründe

In seiner neueren Rechtsprechung zur Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit verwendet der EuGH sowohl für versteckte Diskriminierungen als auch für unterschiedslos geltende Regelungen folgende, einheitliche Formel:

„Die Artikel 52 [heute 43] und 59 [heute 49] schreiben die Aufhebung der Beschränkungen der freien Niederlassung und des freien Dienstleistungsverkehrs vor. Als solche Beschränkungen sind alle Maßnahmen anzusehen, die die Ausübung dieser Freiheiten unterbinden, behindern oder weniger attraktiv machen. Wenn derartige Maßnahmen für alle im Aufnahmemitgliedstaat tätigen Personen oder Unternehmen gelten, können sie jedoch [...] gerechtfertigt sein, sofern sie zwingenden Gründe des Gemeinwohls genügen, geeignet sind, die Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Zieles zu gewährleisten, und nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist.“⁷⁷

⁷⁷ EuGH, Rs. C-439/99, Slg. 2002, I-305, Rn. 22 f. (Kommission/Italien); Rs. C-79/01, Slg. 2002, I-8923, Rn. 26, 28 (Payroll).

Das erste Erfordernis, die Geltung für alle im Aufnahmemitgliedstaat tätigen Personen, dient dazu, die Fälle offener Diskriminierungen auszuschließen. Derartige Formen direkter Diskriminierungen stehen indes vorliegend nicht in Rede⁷⁸. Zu fragen ist daher zunächst, ob sich für die festgestellten Beschränkungen zwingende Gründe des Gemeinwohls anführen lassen (aa). In einem zweiten Schritt ist sodann die Verhältnismäßigkeit zu prüfen (bb), wobei sich der EuGH insoweit, wie auch aus der zitierten Formel deutlich wird, auf eine Erörterung der Geeignetheit und der Erforderlichkeit beschränkt.

aa) Die durch das Schornsteinfegergesetz unter Schutz gestellten Allgemeingüter

Das gesamte Regelungssystem des Schornsteinfegergesetzes dient in erster Linie der Gewährleistung der Feuersicherheit für die Allgemeinheit. Dies folgt bereits aus § 1 Abs. 2 SchfG, der eine Verordnungsermächtigung „zum Zweck der Erhaltung der Feuersicherheit“ enthält, aber auch aus dem Aufgabenkatalog des § 13 Abs. 1 SchfG, dessen Nummern 1 bis 8 (mittelbar letztlich auch Nr. 9) im Zusammenhang mit der Feuersicherheit stehen. Ferner ermöglicht § 13 Abs. 2 SchfG die Übertragung weiterer Aufgaben auf den Bezirksschornsteinfegermeister insbesondere auch zum Zweck der Erhaltung der Feuersicherheit. Neben diesem primären Schutzzweck zeigen sowohl der Aufgabenkatalog des § 13 Abs. 1 SchfG (Nummern 10 bis 12) als auch die Verordnungsermächtigung des § 13 Abs. 2 SchfG, dass mit dem Schornsteinfegergesetz auch Belange des Umweltschutzes sowie der rationellen Energieverwendung verfolgt werden. Sowohl der Erhalt der Feuersicherheit als auch Belange des Umweltschutzes und der rationellen Energieverwendung dürften aber derart gewichtige Allgemeingüter darstellen, dass sie als zwingende Gründe des Gemeinwohls im Sinne der Rechtsprechung des EuGH gelten können⁷⁹. Diese Gründe lassen sich somit zur Rechtfertigung jener Regelungen des Schornsteinfegergesetzes heranziehen, die, wie oben dargestellt⁸⁰, zu einer Beschränkung der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit führen.

Soweit das Schornsteinfegergesetz über die genannten Ziele hinaus auch dem Erhalt des deutschen Schornsteinfegerwesens in seiner heutigen Gestalt und damit dem Schutz des Schornsteinfegerhandwerks dient, dürfte es sich um einen Belang handeln, der zwar nach deutschem Recht ein gewichtiges gesetzgeberisches Ziel darstellt, wohl aber per se nicht als

⁷⁸ Vgl. oben, 1., b, aa.

⁷⁹ Für den Umweltschutz, unter den letztlich wohl auch die rationelle Energieverwendung gefasst werden kann, entspricht dies der ständigen Rechtsprechung des EuGH, vgl. etwa Rs. C-379/98, Slg. 2001, I-2099, Rn. 76 (PreußenElektra).

⁸⁰ Unter 1., b, bb bis dd.

zwingender Grund des Gemeinwohls im Sinne der Rechtsprechung des EuGH gelten kann. Insoweit ist zu sehen, dass eine Beschränkung der Grundfreiheiten nach ständiger Rechtsprechung des EuGH nur durch Gründe nicht-wirtschaftlicher Art gerechtfertigt werden kann. Einzelstaatliche Maßnahmen der Wirtschaftslenkung, namentlich zur Überwindung sektoraler, regionaler oder konjunktureller Schwierigkeiten, oder allgemein haushaltspolitische Ziele, können nicht als ungeschriebener Rechtfertigungsgrund anerkannt werden⁸¹. Überdies betont der EuGH regelmäßig, dass Erwägungen rein administrativer Art ein Abweichen von den Vorschriften des Gemeinschaftsrechts nicht rechtfertigen können, was erst recht gilt, wenn eine derartige Abweichung darauf hinausläuft, die Ausübung einer der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten auszuschließen oder einzuschränken⁸². Indes hat der EuGH bereits im Jahre 1974 in der Rechtssache Van Binsbergen zur Dienstleistungsfreiheit festgestellt, dass an den Dienstleistenden Anforderungen gestellt werden können, „die sich aus der Anwendung durch das Allgemeinwohl gerechtfertigter Berufsregelungen – namentlich der Vorschriften über Organisation, Befähigung, Berufspflichten, Kontrolle, Verantwortlichkeit und Haftung – ergeben“⁸³. Hinsichtlich der Rechtfertigung „durch das Allgemeinwohl“ entschied der EuGH dann in den Rechtssachen Schnitzer⁸⁴ und Corsten⁸⁵, dass das Ziel, die Qualität der durchgeführten handwerklichen Arbeiten zu sichern und deren Abnehmer vor Schäden zu bewahren, ein zwingendes Interesse des Allgemeininteresses darstellt. Nicht die Sicherung der Qualität des Handwerks als solche, sondern erst der damit verbundene Schutz der Abnehmer vor Schäden rechtfertigt es danach, von einem zwingenden Grund des Gemeinwohls zu sprechen. Übertragen auf die hier zu untersuchende Problematik bedeutet dies, dass nicht der Erhalt des Schornsteinfegerhandwerks als solcher und auch nicht die Sicherung der Qualität des Schornsteinfegerhandwerks als solche, sondern erst der damit verbundene Schutz der Abnehmer einen zwingenden Grund des Gemeinwohls darstellen können. Dieser Schutz wird aber durch die oben aufgeführten Belange der Feuersicherheit, des Umweltschutzes sowie – mittelbar – auch der rationellen Energieverwendung abgedeckt. Im Übrigen wird der Schutz der Allgemeinheit dadurch sichergestellt, dass für die Ausübung des Schornsteinfegerhandwerks eine entsprechende Qualifikation in Form der deutschen Meisterprüfung (bzw. einer in einem anderen EU-Mitgliedstaat abgelegten gleichwertigen Prüfung) verlangt wird (§ 4 Abs. 2 Nr. 2

⁸¹ Diese Rechtsprechung wurde vom EuGH im Bereich der Warenverkehrsfreiheit anhand des (geschriebenen) Rechtfertigungsgrunds des Artikels 30 EG entwickelt und sodann auf alle übrigen Rechtfertigungsgründe – geschriebene wie ungeschriebene – ausgedehnt. Vgl. Müller-Graff, in: von der Groeben/Schwarze, EUV und EGV, Bd. 1, 6. Aufl. 2003, Art. 30 EG Rn. 33 ff. mit zahlreichen Nachweisen aus der Rechtsprechung; Wölker/Grill, ebenda, Art. 39 Rn. 151.

⁸² Vgl. EuGH, Rs. C-58/98, Slg. 2000, I-7919, Rn. 42 (Corsten); EuGH, Rs. C-18/95, Slg. 1999, I-345, Rn. 45 (Terhoeve); EuGH, Rs. C-369/96 und 376/96, Slg. 1999, I-8453, Rn. 37 (Arblade).

⁸³ EuGH, Rs. 33/74, Slg. 1974, 1299 Rn. 12 (Van Binsbergen). Hervorhebungen durch den Verfasser.

⁸⁴ EuGH, Rs. C-251/01, Slg. 2003, I-14847, Rn. 35 (Bruno Schnitzer).

⁸⁵ EuGH Rs. C-58/98, Slg. 2000, I-7919, Rn. 39 (Corsten).

SchfG, § 1 Abs. 1 Nr. 1 SchfV). Dieses Erfordernis stellt aber per se keine Beschränkung der Niederlassungs- oder Berufsfreiheit dar⁸⁶ und spielt daher auch im Rahmen der vorliegend zu prüfenden Rechtfertigung keine Rolle.

Verbleibt es damit bei den Belangen der Feuersicherheit, des Umweltschutzes sowie der rationalen Energieverwendung, ist im Folgenden zu prüfen, inwieweit die Regelungen des Schornsteinfegergesetzes auch verhältnismäßig, also geeignet und erforderlich sind, dem Erhalt der genannten Allgemeingüter zu dienen.

bb) Verhältnismäßigkeit

(1) Prüfungsmaßstab

Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung ist – zumindest im Ansatz – zwischen Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit zu differenzieren. Diesbezüglich betont der EuGH in ständiger Rechtsprechung, dass ein Mitgliedstaat die Erbringung von Dienstleistungen in seinem Hoheitsgebiet nicht von der Einhaltung aller Voraussetzungen abhängig machen darf, die für eine Niederlassung gelten⁸⁷. Diese Unterscheidung ist Ausdruck der Erkenntnis, dass demjenigen, der sich auf Dauer in einem anderen Mitgliedstaat niederlässt, häufig mehr abverlangt werden kann und muss als dem, der lediglich grenzüberschreitend Dienstleistungen erbringt. Denn letzterer hat es mit potenziell unterschiedlichen Regelungen des Herkunfts- und des Empfangsstaates zu tun, die wegen doppelter – bzw. bei Dienstleistungen in mehreren Mitgliedstaaten mehrfacher – Anforderungen ein Gebrauchmachen von der Grundfreiheit im Ergebnis verhindern könnten⁸⁸.

Ist daher grundsätzlich bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit ein gegenüber der Niederlassungsfreiheit strengerer Prüfmaßstab anzulegen, so gilt derselbe strenge Prüfmaßstab in den Fällen, in denen eine nationale Regelung unmittelbar

⁸⁶ Als problematisch könnten sich die Bestimmungen des § 1 Abs. 1 SchfV vor dem Hintergrund der Artikel 3 und 4 der Richtlinie 1999/42/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. Juni 1999 über ein Verfahren zur Anerkennung der Befähigungsnachweise für die unter die Liberalisierungs- und Übergangsrichtlinien fallenden Berufstätigkeiten in Ergänzung der allgemeinen Regelung zur Anerkennung der Befähigungsnachweise (ABl. EU 1999 Nr. L 201, S. 77) erweisen, die auch das Schornsteinfegerhandwerk betrifft, zumal die deutsche EU/EWR-Handwerk-Verordnung vom 4. August 1966 (BGBl. I S. 469), zuletzt geändert durch Artikel 4 der Verordnung vom 22. Juni 2004 (BGBl. I S. 1314), in § 1 Abs. 1 das Schornsteinfegerhandwerk vom Anwendungsbereich der Verordnung ausnimmt.

⁸⁷ Vgl. EuGH, Rs. C-58/98, Slg. 2000, I-7919, Rn. 43 (Corsten); EuGH, Rs. C-76/90, Slg. 1991, I-4221, Rn. 12, (Säger).

die Freiheit der Standortwahl betrifft, da diese Voraussetzung dafür ist, dass überhaupt von der Niederlassungsfreiheit Gebrauch gemacht werden kann⁸⁹. In diesen Konstellationen bedarf es daher im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung keiner Differenzierung zwischen beiden Grundfreiheiten. So verhält es sich mit Blick auf die Regelungen des Schornsteinfegergesetzes, die wie oben dargelegt⁹⁰ zu einer Beschränkung der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit führen: Die Regelungen über das Kehrbezirkssystem, über die Voraussetzungen für die Eintragung in die Bewerberliste sowie für die Bestellung zum Bezirksschornsteinfegermeister und über die Residenzpflicht betreffen allesamt die Freiheit der Standortwahl, so dass bei der nachfolgenden Prüfung ein einheitlich strenger Maßstab anzulegen ist.

(2) Kehrbezirke und Monopolstellung des Bezirksschornsteinfegermeisters (§§ 2, 12 SchfG)

Ob die Einrichtung von Kehrbezirken, für die jeweils nur ein Bezirksschornsteinfegermeister bestellt wird, der außerhalb seines Kehrbezirks nicht tätig werden darf, geeignet ist, die Feuersicherheit zu gewährleisten und im übrigen Belangen des Umweltschutzes sowie der rationellen Energieverwendung zu dienen, erscheint fraglich. Jedenfalls hat das Kehrbezirkssystem keine unmittelbaren Auswirkungen auf die genannten Ziele, sondern stellt zunächst eine rein administrative Regelung dar, die unter anderem dazu dient, die Organisation und Kontrolle der Tätigkeit der Bezirksschornsteinfegermeister zu erleichtern; rein administrative Regelungen können aber, wie oben ausgeführt, nicht als zwingender Grund des Gemeinwohls anerkannt werden. Jedoch können die zwingenden Gründe des Gemeinwohls, die die materiellrechtlichen Bestimmungen einer Regelung rechtfertigen, auch die Kontrollmaßnahmen rechtfertigen, die erforderlich sind, um die Beachtung dieser Bestimmungen sicherzustellen⁹¹. Vor diesem Hintergrund erscheint es zumindest nicht unvertretbar, die Regelungen des Schornsteinfegergesetzes über die Einrichtung der Kehrbezirke als geeignet anzusehen, im Wege der effektiven Organisation und erleichterten Kontrolle der Tätigkeit des Bezirksschornsteinfegermeisters – mittelbar – auch einen Beitrag zum Erhalt der Feuersicherheit sowie zum Umweltschutz und Belangen der rationellen Energieverwendung zu leisten.

Letztlich kann die Frage der Geeignetheit jedoch dahinstehen, da die in Rede stehenden Regelungen nach den Maßstäben des EuGH jedenfalls über das hinausgehen dürften, was zur Erreichung des Zieles erforderlich ist. Da das derzeitige Kehrbezirkssystem ohnedies nur mit-

⁸⁸ Vgl. Streinz, JuS 2001, 388, 389.

⁸⁹ Vgl. Streinz, Europarecht, 5. Aufl. 2001, Rn. 678.

⁹⁰ Siehe oben, 1. b, bb bis dd.

⁹¹ EuGH, Rs. C-369/96 und 376/96, Slg. 1999, I-8453, Rn. 38 (Arblade); EuGH, Rs. C-113/89, Slg. 1990, I-1417, Rn. 18 (Rush Portuguesa).

telbar den Zielen der Feuersicherheit, des Umweltschutzes sowie der rationellen Energieverwendung dient, ist es jedenfalls vorstellbar, das Schornsteinfegerwesen in einer Weise zu organisieren, die in gleicher Weise diesen Zielen dient, dabei aber keine Marktabschottung bewirkt. So spricht etwa vom Standpunkt der Feuersicherheit aus nichts dagegen, Grundstückseigentümer gesetzlich zur regelmäßigen und im Einzelnen genau geregelten Überprüfung der Feuersicherheit durch hierzu ausgebildete Schornsteinfeger zu verpflichten, ihnen gleichzeitig aber die Wahl unter den in Deutschland und den übrigen EU-Mitgliedstaaten ansässigen Schornsteinfegern (und ggf. anderen zertifizierten Fachbetrieben) freizustellen. Gleiches gilt auch mit Blick auf den Umweltschutz sowie die Belange der rationellen Energieverwendung. Der Nachweis der erforderlichen Zuverlässigkeit und Berufserfahrung könnte ähnlich wie nach geltendem Recht erfolgen, also durch Ablegung der (deutschen) Meisterprüfung bzw. einer gleichwertigen Prüfung in einem anderen EU-Mitgliedstaat⁹². Selbstverständlich wären neben einem solchen freien Marktmodell bzw. Konzessionsmodell auch weitere gleich geeignete, aber nicht den Marktzugang beschränkende Lösungen denkbar, etwa ein Versicherungsmodell⁹³ oder ein wettbewerbsorientiertes Kehrbezirkssystem⁹⁴. Als nicht unproblematisch erscheint dagegen die Einführung eines modifizierten Kehrbezirkssystems, bei dem das Kehrbezirkssystem mit Monopolstellung des Bezirksschornsteinfegermeisters grundsätzlich beibehalten wird, die Vergabe des Kehrbezirks aber nur noch für eine bestimmte Zeit (z.B. für zehn oder fünf Jahre) erfolgt. Denn auch bei einer jeweils befristeten Bestellung des Bezirksschornsteinfegermeisters bliebe es bei einer Marktzugangsbeschränkung für EU-Ausländer, die insbesondere mit Blick auf die grenzüberschreitende Erbringung von Dienstleistungen weiterhin einer Marktabschottung gleichkäme.

Für die gemeinschaftsrechtliche Prüfung der Erforderlichkeit des derzeitigen Kehrbezirkssystems reicht jedenfalls der Befund aus, dass weniger beschränkende, aber zur Erreichung der

⁹² Vgl. dazu aber oben, Fn. 86.

⁹³ Bei dem Versicherungsmodell bleiben die gesetzlich sanktionierten (vgl. § 50 SchfG) Verpflichtungen des Hauseigentümers, wie sie in § 1 SchfG festgeschrieben sind, bestehen. Allerdings werden die Kehrbezirke und die Monopolstellung des Bezirksschornsteinfegermeisters abgeschafft; die erforderlichen Arbeiten können daher durch jeden zertifizierten Fachbetrieb oder Schornsteinfeger ausgeführt werden. Der Hauseigentümer hat zudem eine Versicherung abzuschließen, die für eventuelle Schäden Dritter, die durch eine Verletzung dieser Verpflichtungen entstehen, aufzukommen hat.

⁹⁴ Bei dem wettbewerbsorientierten Kehrbezirkssystem kann sich der Feuerungsanlagenbetreiber bei den reinen Kehr- und Prüfarbeiten, die keinen hoheitlichen Charakter haben, den Anbieter selbst aussuchen. Dieses Modell wäre EU-rechtskonform, wenn die Bestimmung der hoheitlichen Tätigkeiten im Einklang mit den oben dargestellten Vorgaben des Artikels 45 EG erfolgte. Jedenfalls auf der Grundlage der oben gefundenen Ergebnisse bedeutete dies aber, dass dann der ganz überwiegende Teil der bisherigen Tätigkeiten des Bezirksschornsteinfegermeisters – auszunehmen wäre ggf. die Tätigkeit der Bauabnahme – für den Wettbewerb geöffnet würde, da insoweit die Voraussetzungen des Artikels 45 EG nicht erfüllt sind.

Ziele Feuersicherheit, Umweltschutz und rationelle Energieverwendung gleich geeignete Lösungen jedenfalls vorstellbar sind. Wie diese Lösungen im Detail aussehen könnten, ist Sache des deutschen Bundesgesetzgebers, der dabei innerhalb der gemeinschaftsrechtlichen Grenzen völlige Freiheit hat. Im Ergebnis ist damit festzuhalten, dass das Kehrbezirkssystem, wie es in den §§ 2 und 12 SchfG geregelt ist, eine unverhältnismäßige Beschränkung der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit darstellen dürfte.

(3) Voraussetzungen für die Eintragung in die Bewerberliste und für die Bestellung zum Bezirksschornsteinfegermeister (§ 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 SchfG, § 1 Nr. 4 SchfV)

Es erscheint bereits fraglich, inwieweit die Regelungen des § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 SchfG, § 1 Nr. 4 SchfV überhaupt geeignet sind, die Ziele der Feuersicherheit bzw. des Umweltschutzes und der rationellen Energieverwendung zu erreichen. §§ 4, 5 SchfG und § 1 SchfV enthalten die Voraussetzungen für die Bestellung als Bezirksschornsteinfegermeister, etwa die Erfordernisse der Meisterprüfung, der persönlichen und fachlichen Zuverlässigkeit sowie der gesundheitlichen Eignung. Insoweit handelt es sich um Kriterien, die der Sicherung der Qualität der handwerklichen Leistung und damit mittelbar den Zielen der Feuersicherheit, des Umweltschutzes und der rationellen Energieverwendung dienen. Anders verhält es sich jedoch bei dem Erfordernis des § 1 Nr. 4 SchfV (dreimonatige praktische Tätigkeit im Schornsteinfegerhandwerk im Betrieb eines Bezirksschornsteinfegermeisters innerhalb des letzten Jahres vor der Eintragung in die Bewerberliste in dem Bezirk, in dessen Bewerberliste der Bewerber eingetragen werden will) sowie demjenigen des § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 SchfG (mindestens zweijährige praktische Tätigkeit im Schornsteinfegerhandwerk im Betrieb eines Bezirksschornsteinfegermeisters innerhalb der letzten drei Jahre vor der Bestellung in dem Land, in dem der Bewerber in eine Bewerberliste eingetragen ist). Bei diesen Kriterien ist nicht ohne weiteres ersichtlich, in welcher Weise sie geeignet sein sollen, den fraglichen Zielen zu dienen. Denn im Ergebnis führen diese Regelungen dazu, dass jeder Bewerber, der die übrigen Voraussetzungen erfüllt, nach einer gewissen Wartezeit automatisch einen Kehrbezirk erhält; es setzen sich also nicht notwendig die qualifiziertesten und besten Bewerber durch⁹⁵.

Letztlich kann die Frage der Geeignetheit jedoch dahinstehen, da es jedenfalls an der Erforderlichkeit der in Rede stehenden Regelungen fehlen dürfte. Denn das Erfordernis einer mindestens dreimonatigen Tätigkeit in dem Bezirk, in dessen Liste ein Bewerber eingetragen werden will, kombiniert mit dem Erfordernis einer mindestens zweimonatigen Tätigkeit in

⁹⁵ Hierauf weist der Bundesverband des Schornsteinfegerhandwerks in seiner Informationsbroschüre „Sicherheit duldet keinen Wettbewerb“ vom 15. Juni 2005, S. 28, zu Recht hin.

dem Bundesland, in dem ein Bewerber in einer Bewerberliste eingetragen ist, dürfte über das hinausgehen, was zur Aufrechterhaltung der Qualität des Schornsteinfegerhandwerks und damit – mittelbar – zur Erreichung der gesetzgeberischen Ziele notwendig ist. Insoweit wäre es etwa ausreichend, den Nachweis einer bestimmten Berufserfahrung im Einklang mit Artikel 4 der einschlägigen Richtlinie 1999/42/EG⁹⁶ zuzulassen. Danach erkennt ein Mitgliedstaat, der die Aufnahme oder Ausübung einer der in Anhang A der Richtlinie genannten Tätigkeiten von dem Besitz allgemeiner, kaufmännischer oder fachlicher Kenntnisse und Fähigkeiten abhängig macht, die tatsächliche Ausübung der betreffenden Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat unter bestimmten, in Artikel 4 Nr. 1 bis 6 der Richtlinie genau geregelten Voraussetzungen⁹⁷ als ausreichenden Nachweis für diese Kenntnisse und Fähigkeiten an. Auf diese Weise würden die bestehenden Wettbewerbsnachteile für Schornsteinfeger aus anderen EU-Mitgliedstaaten beseitigt, gleichzeitig aber die Aufrechterhaltung der Qualität der handwerklichen Leistung sichergestellt.

Im Ergebnis dürfte es sich damit auch bei den Regelungen des § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 SchfG sowie des § 1 Nr. 4 SchfV um unverhältnismäßige Beschränkungen der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit handeln.

(4) Residenzpflicht (§ 17 SchfG)

Was schließlich das Wohnsitzerfordernis des § 17 SchfG anbelangt, dürfte diese Regelung ungeeignet sein, die gesetzgeberischen Ziele zu erreichen. So ist kaum vorstellbar, dass ein Wohnsitz innerhalb des Kehrbezirks oder in dessen Nahbereich unmittelbaren oder auch nur mittelbaren Einfluss auf die Qualität der Arbeit eines Schornsteinfegers und damit auf den Erhalt der Feuersicherheit, den Umweltschutz oder auf Belange der rationellen Energieverwendung haben sollte.

⁹⁶ Vgl. Fn. 86. Die Schornsteinfegertätigkeit fällt unter Anhang A erster Teil (Liste I Nummer 3) der Richtlinie.

⁹⁷ Erforderlich ist entweder eine ununterbrochene sechsjährige Tätigkeit als Selbständiger oder als Betriebsleiter oder eine ununterbrochene dreijährige Tätigkeit als Selbständiger oder als Betriebsleiter, wenn der Begünstigte für die betreffende Tätigkeit eine mindestens dreijährige vorherige Ausbildung nachweist, die durch ein staatlich anerkanntes Zeugnis bestätigt oder von einer zuständigen Berufs- oder Handelsinstitution als vollwertig anerkannt ist, oder eine ununterbrochene dreijährige Tätigkeit als Selbständiger, wenn der Begünstigte für die betreffende Tätigkeit eine mindestens fünfjährige Tätigkeit als Unselbständiger nachweist, oder eine ununterbrochene fünfjährige Tätigkeit in leitender Stellung, davon eine mindestens dreijährige Tätigkeit mit technischen Aufgaben und mit der Verantwortung für mindestens eine Abteilung des Unternehmens, wenn der Begünstigte für die betreffende Tätigkeit eine mindestens dreijährige vorherige Ausbildung nach-

Hinzu kommt, dass ein Wohnsitzerfordernis wie dasjenige des § 17 SchfG über das hinausgehend dürfte, was zur Erreichung der gesetzgeberischen Ziele erforderlich ist. Insoweit kann auf die Ausführungen im Rahmen des vorstehenden Gliederungspunktes verwiesen werden. Denn es sind Maßnahmen vorstellbar, die die Niederlassungsfreiheit bzw. den freien Dienstleistungsverkehr weniger einschränken als eine für sämtliche Schornsteinfeger, die ihre Dienstleistung in Deutschland – dauerhaft oder nur vorübergehend – anbieten wollen, geltende Wohnsitzpflicht. Zu denken ist insoweit erneut an die Anerkennung der in einem anderen Mitgliedstaat erworbenen Berufsqualifikationen nach Richtlinie 1999/42/EG.

b) Geschriebene Rechtfertigungsgründe (Artikel 46, 55 EG)

Artikel 46 EG enthält für Diskriminierungen im Bereich der Niederlassungsfreiheit die Rechtfertigungsgründe der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit. Diese Gründe finden über Artikel 55 EG auch im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit Anwendung.

Entgegen seinem Wortlaut ist anerkannt, dass die Rechtfertigungsgründe des Artikels 46 EG nicht nur für (offene) Diskriminierungen Anwendung finden, sondern auch – erst recht – Beschränkungen durch unterschiedslos geltende Regelungen rechtfertigen können⁹⁸.

Der EuGH weist in seiner Rechtsprechung stets darauf hin, dass es sich bei dem Begriff der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit wegen des Erfordernisses der einheitlichen Anwendung und der praktischen Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts um einen gemeinschaftsrechtlichen Begriff handele, der eng auszulegen sei⁹⁹. Andererseits haben die Mitgliedstaaten bei der Definition des Begriffs innerhalb der durch das Gemeinschaftsrecht gezogenen Grenzen einen Beurteilungsspielraum. Darüber hinaus ist in jedem Fall die Verhältnismäßigkeit zu prüfen.

Hinsichtlich des Begriffspaares öffentliche Ordnung und Sicherheit hat der EuGH entschieden, dass ein Mitgliedstaat sich insoweit nur dann auf Artikel 46 EG berufen kann, wenn außer einer Störung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit, die letztlich bei jedem Gesetzesverstoß vorliegt, die Anwesenheit oder das Verhalten einer an sich freizügigkeitsberechtigten Person eine tatsächliche und hinreichend schwerwiegende Gefährdung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit darstellt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt¹⁰⁰. Was den Begriff

weist, die durch ein staatlich anerkanntes Zeugnis bestätigt oder von einer zuständigen Berufs- oder Handelsinstitution als vollwertig anerkannt ist.

⁹⁸ Vgl. Ahlt/Deisenhofer (Fn. 6), S. 199.

⁹⁹ EuGH, Rs. C-355/98, Slg. 2000, I-1221, Rn. 28 (Kommission/Belgien); EuGH, Rs. C-348/96, Slg. 1999, I-11, Rn. 21 f. (Calfa).

¹⁰⁰ EuGH, Rs. C-355/98, Slg. 2000, I-1221, Rn. 28 (Kommission/Belgien).

der öffentlichen Gesundheit anbelangt, so handelt es sich um einen Belang, den der EuGH bereits als zwingenden Grund des Allgemeininteresses und damit als ungeschriebenen Rechtfertigungsgrund anerkennt. Unter der Reihe der Allgemeininteressen nimmt er aber, wie der EuGH betont, einen „ersten Rang“ ein¹⁰¹.

Unter Anlegung dieser Maßstäbe erscheint es fraglich, inwieweit im Zusammenhang mit den hier in Rede stehenden Bestimmungen des Schornsteinfegergesetzes Gründe der öffentlichen Ordnung und Sicherheit – der Gesundheitsschutz dürfte insoweit von vornherein ausscheiden – angeführt werden können. Selbst wenn man aber die Ziele der Feuersicherheit, des Umweltschutzes und der rationellen Energieverwendung unter Artikel 46 EG fasst, dürfte dies im Ergebnis nicht ausreichen, um die Beschränkungen der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit zu rechtfertigen. Denn die einzelnen Regelungen sind möglicherweise schon nicht geeignet, in jedem Fall wohl aber nicht erforderlich zur Erreichung der Ziele. Diesbezüglich kann nichts anderes gelten als im Rahmen der ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe – eher gilt ein strengerer Maßstab –, so dass auf die entsprechenden Ausführungen (unter a) verwiesen werden kann.

c) Ergebnis zur Rechtfertigungsprüfung

Es spricht einiges dafür, dass die festgestellten Beschränkungen der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit weder durch Belange der Feuersicherheit, des Umweltschutzes sowie der rationellen Energieverwendung noch durch die in Artikel 46 EG aufgeführten Belange gerechtfertigt werden können. Die untersuchten Regelungen des Schornsteinfegergesetzes dürften daher – soweit nicht die Bereichsausnahme des Artikels 45 EG für die umfangmäßig eher geringe Tätigkeit der Bauabnahme greift – sowohl gegen die Niederlassungsfreiheit als auch gegen die Dienstleistungsfreiheit verstoßen.

IV. Bereichsausnahme des Artikels 86 Abs. 2 EG

Zu prüfen bleibt, inwieweit das gefundene Ergebnis auch in Anbetracht der Bereichsausnahme des Artikels 86 Abs. 2 EG Bestand haben kann.

Artikel 86 EG enthält eine Sonderregelung für öffentliche und monopolartige Unternehmen. Sein Absatz 1 erstreckt den Anwendungsbereich des EG-Vertrags, namentlich das Diskriminierungsverbot des Artikels 12 EG sowie die wettbewerbsrechtlichen Regelungen der Artikel 81 bis 89 EG, auf öffentliche Unternehmen und auf Unternehmen, denen die Mitgliedstaaten

¹⁰¹ Vgl. Tiedje/Troberg, in: von der Groeben/Schwarze, EUV und EGV, Bd. 1, 6. Aufl. 2003, Art. 45 EG Rn. 30 mit Nachweisen aus der Rechtsprechung.

besondere oder ausschließliche Rechte gewähren. Auf diese Weise wird sichergestellt, dass staatliche oder monopolartige Unternehmen nicht den Regelungen des EG-Vertrags über die Aufrechterhaltung eines unverfälschten Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes entzogen werden können¹⁰².

Eine eng umgrenzte Bereichsausnahme für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols haben, enthält Artikel 86 Abs. 2 EG. Für diese gelten die Vorschriften des EG-Vertrags – und damit auch die Niederlassungs- und die Dienstleistungsfreiheit – nur, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert. Diese Voraussetzungen sind, da es sich bei Artikel 86 Abs. 2 EGV um eine Ausnahmenvorschrift handelt, restriktiv auszulegen, wie der EuGH in ständiger Rechtsprechung betont¹⁰³. Dabei ist allerdings zu beachten, dass Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse in dem durch den Vertrag von Amsterdam neu geschaffenen Artikel 16 EG erstmals auf der Ebene primären EG-Rechts Anerkennung als eigenständiges Wirtschaftsmodell erfahren haben¹⁰⁴. Insoweit bleibt abzuwarten, inwieweit Artikel 16 EG die Auslegung des Artikels 86 Abs. 2 EG zukünftig beeinflussen wird¹⁰⁵.

Dies vorausgeschickt ist nachfolgend in einem ersten Schritt zu prüfen, ob es sich bei den Bezirksschornsteinfegermeistern um Unternehmer handelt, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind – der Charakter eines Finanzmonopols dürfte insoweit von vornherein ausscheiden¹⁰⁶ (1.); falls dies der Fall sein sollte, ist in einem zweiten Schritt zu fragen, ob die Anwendung der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit die Er-

¹⁰² Vgl. Hochbaum/Klotz, in: von der Groeben/Schwarze, EUV und EGV, Bd. 2, 6. Aufl. 2003, Art. 86 EG Rn. 1.

¹⁰³ Vgl. EuGH, Rs. C-242/95, Slg. 1997, I-4449, Rn 50 (GT-Link); EuGH, Rs. C-242/95, Slg. 1997, I-4449, Rn. 50 (GT-Link).

¹⁰⁴ Vgl. dazu Grill, in: Lenz/Borchardt, EU- und EG-Vertrag, 3. Aufl. 2003, Art. 86 Rn. 23; Hochbaum/Klotz, in: von der Groeben/Schwarze, EUV und EGV, Bd. 2, 6. Aufl. 2003, Art. 86 EG Rn. 61; Jung, in: Callies/Ruffert, EUV und EGV, 2. Aufl. 2002, Art. 86 Rn. 35, 41, 49. Zu berücksichtigen sind auch die im Zuge des Amsterdamer Vertrags zur Schlussakte abgegebenen politischen Erklärungen, vgl. dazu Klotz, in: von der Groeben/Schwarze, EUV und EGV, Bd. 1, 6. Aufl. 2003, Art. 16 EG Rn. 9 ff.

¹⁰⁵ Zwischenzeitlich hat Art. 16 EG im Rahmen einiger Verfahren vor dem EuGH am Rande Erwähnung gefunden, vgl. etwa die Schlussanträge von Generalanwalt Alber in der Rs. C-340/99, Slg. 2001, I-4109, Rn. 94, (TNT Traco SpA / Poste Italiane) sowie die Schlussanträge von Generalanwalt Jacobs in der Rs. C-475/99, Slg. 2001, I-8089, Rn. 175 (Ambulanz Glöckner / Landkreis Südwestpfalz) und dazu einerseits Klotz, in: von der Groeben/Schwarze, EUV und EGV, Bd. 1, 6. Aufl. 2003, Art. 16 EG Rn. 31 (kein Einfluss auf Auslegung des Art. 86 Abs. 2) und andererseits Jung, in: Callies/Ruffert, EUV und EGV, 2. Aufl. 2002, Art. 16 Rn. 13; Art. 86 Rn. 49 (Einfluss auf Auslegung des Art. 86 Abs. 2 im Sinne einer Aufweichung der dort genannten Kriterien steht zu erwarten).

¹⁰⁶ Finanzmonopole sind Unternehmen, denen vom Staat eine Monopolstellung mit dem Ziel eingeräumt wurde, durch die Monopolisierung bestimmter Leistungen dem Staatshaushalt eine besondere Einnahmequelle zu sichern (z.B. Branntwein- oder Tabakmonopole), vgl. Jung, in: Callies/Ruffert, EUV und EGV, 2. Aufl. 2002, Art. 86 Rn. 42.

fällung der den Bezirksschornsteinfegermeistern übertragenen besonderen Aufgaben rechtlich oder tatsächlich verhindert (2.).

1. Betrauung mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse

Unter „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ fallen nicht nur die Dienstleistungen im Sinne des Artikels 50 EG; gemeint sind vielmehr alle wirtschaftlichen Aktivitäten zur Sicherung von Infrastruktur und Daseinsvorsorge¹⁰⁷, nach neuerer Rechtsprechung des EuGH auch Tätigkeiten im Interesse der öffentlichen Sicherheit¹⁰⁸. Erfasst werden somit Leistungen „zugunsten sämtlicher Nutzer im gesamten Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaats, [...] ohne Rücksicht auf Sonderfälle und auf die Wirtschaftlichkeit jedes einzelnen Vorgangs“¹⁰⁹. Welche Aufgaben konkret unter den Begriff des allgemeinen wirtschaftlichen Interesses fallen, legen mangels einheitlicher gemeinschaftsrechtlicher Definition die einzelnen Mitgliedstaaten fest, die diesbezüglich einen Gestaltungsspielraum haben¹¹⁰. Zu beachten sind allerdings die gemeinschaftsrechtlichen Grenzen, die in etwa dahingehend umschrieben werden können, dass es um Leistungen gehen muss, die zumindest auch im öffentlichen Interesse erbracht werden¹¹¹. Gemessen hieran dürften die in Rede stehenden Tätigkeiten des Bezirksschornsteinfegers als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse anzuerkennen sein, da es um Belange der Feuersicherheit, des Umweltschutzes und der rationellen Energieverwendung und damit jedenfalls auch um Belange im öffentlichen Interesse geht. Mit diesen Dienstleistungen sind die Bezirksschornsteinfegermeister auch im Sinne des Artikels 86 Abs. 2 EG „betraut“, da die einzelnen Aufgaben durch das Schornsteinfegergesetz festgelegt und damit kraft eines Hoheitsakts der öffentlichen Gewalt übertragen sind¹¹².

2. Rechtliche oder tatsächliche Verhinderung der Erfüllung der dem Bezirksschornsteinfegermeister übertragenen besonderen Aufgabe

Werden somit die Aufgaben des Bezirksschornsteinfegermeisters grundsätzlich vom Anwendungsbereich des Artikels 86 Abs. 2 EG erfasst, kommt es entscheidend darauf an, ob die Erfüllung dieser Aufgaben durch die Anwendung der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit rechtlich oder tatsächlich verhindert wird. Eine bloße Erschwerung oder Behinderung der Aufgabenerfüllung reicht für die Anwendung des Artikels 86 Abs. 2 EG nicht aus. Vielmehr

¹⁰⁷ Vgl. Jung, in: Callies/Ruffert, EUV und EGV, 2. Aufl. 2002, Art. 86 Rn. 36.

¹⁰⁸ Vgl. EuGH, Rs. C-266/96, Slg. 1998, I-3949, Rn. 45, 60 (Corsica Ferries France).

¹⁰⁹ EuGH Rs. C-320/91, Slg. 1993, I-2533, Rn. 15 (Corbeau).

¹¹⁰ So Jung, in: Callies/Ruffert, EUV und EGV, 2. Aufl. 2002, Art. 86 Rn. 37, der von einem „denkbar weiten Gestaltungsspielraum“ spricht. Vgl. auch von Burchard, in: Schwarze, EU-Kommentar, 2000, Art. 86 Rn. 63: „gewisser, wenn auch begrenzter Ermessensspielraum“.

¹¹¹ Jung, in: Callies/Ruffert, EUV und EGV, 2. Aufl. 2002, Art. 86 Rn. Rn. 38.

¹¹² EuGH, Rs. C-41/90, Slg. 1991, I-1979, Rn. 24 (Höfner).

muss die Anwendung der Vorschriften des EG-Vertrags mit den in Rede stehenden Aufgaben „nachweislich unvereinbar“ sein¹¹³, wobei strenge Anforderungen zu stellen sind¹¹⁴. Die Beweislast liegt bei dem betroffenen Mitgliedstaat¹¹⁵.

Unter Anlegung dieses Maßstabs dürfte der Nachweis, dass durch die Anwendung der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit die Erfüllung der Aufgaben des Bezirksschornsteinfegermeisters rechtlich oder tatsächlich verhindert wird, im Ergebnis nicht zu erbringen sein. Insoweit kann nichts anderes gelten, als im Rahmen der Prüfung der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit, und dort unter dem Gesichtspunkt der Rechtfertigung, respektive der Erforderlichkeit¹¹⁶ bereits ausgeführt worden ist: Hinsichtlich sämtlicher untersuchter Regelungen des Schornsteinfegergesetzes sind weniger wettbewerbs- und marktzugangsbeschränkende Regelungen vorstellbar, ohne dass insoweit die avisierten Belange der Feuersicherheit, des Umweltschutzes sowie der rationellen Energieverwendung gefährdet wären. In diesem Fall kann aber von einer Verhinderung der Aufgabenerfüllung keine Rede sein.

Alles in allem bleibt somit festzuhalten, dass die Voraussetzungen des Artikels 86 Abs. 2 EG vorliegend nicht erfüllt sein dürften. Es verbleibt daher bei dem oben im Rahmen der Prüfung der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit gefundenen Ergebnis.

¹¹³ EuGH, Rs. 155/73, Slg. 1974, 409, Rn. 15 (Sacchi); EuGH, Rs. C-41/90, Slg. 1991, I-1979, Rn. 24 (Höfner).

¹¹⁴ EuGH, Rs. C-266/96, Slg. 1998, I-3949, Rn. 42 (Corsica Ferries France).

¹¹⁵ EuGH, Rs. C-340/99, Slg. 2001, I-4109, Rn. 59 ff. (TNT Traco SpA / Poste Italiane).

¹¹⁶ Unter III., 3. a, bb.

C. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

- I. Ergebnisse im Hinblick auf die Niederlassungsfreiheit (Artikel 43 EG) und die Dienstleistungsfreiheit (Artikel 49 EG)
 1. Die Regelungen über die Einrichtung von Kehrbezirken mit einer Monopolstellung des Bezirksschornsteinfegermeisters (§§ 2, 12 SchfG), über die Voraussetzungen für die Eintragung in die Bewerberliste und die Bestellung zum Bezirksschornsteinfegermeister (§ 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 SchfG, § 1 Nr. 4 SchfV) sowie über die Residenzpflicht (§ 17 SchfG) führen sowohl zu einer Beschränkung der Niederlassungsfreiheit als auch der Dienstleistungsfreiheit.
 2. Bei den in § 3 Abs. 2 SchfG aufgeführten Tätigkeiten, die nach deutschem Recht als hoheitliche Aufgaben gelten, spricht einiges dafür, dass sie nicht unter die Bereichsausnahme des Artikels 45 EG fallen. Die Vorschriften der Niederlassungsfreiheit und – über Artikel 55 EG – auch der Dienstleistungsfreiheit dürften daher auch für diese nach deutschem Recht hoheitlichen Aufgaben Anwendung finden. Einzig bei der Tätigkeit der Bauabnahme erscheint es offen, inwieweit auf der Grundlage der zu Artikel 45 EG ergangenen Rechtsprechung des EuGH die Bereichsausnahme des Artikels 45 EG greift.
 3. Es spricht einiges dafür, dass die festgestellten Beschränkungen der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit weder durch Belange der Feuersicherheit, des Umweltschutzes sowie der rationellen Energieverwendung noch durch die in Artikel 46 EG aufgeführten Belange gerechtfertigt werden können. Die untersuchten Regelungen des Schornsteinfegergesetzes dürften daher – soweit die Bereichsausnahme des Artikels 45 EG nicht greift – sowohl gegen die Niederlassungsfreiheit als auch gegen die Dienstleistungsfreiheit verstoßen.
- II. An dem vorstehenden Ergebnis dürfte auch mit Blick auf die Bereichsausnahme des Artikels 86 Abs. 2 EG festzuhalten sein, da die Bezirksschornsteinfegermeister zwar wohl mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, die Anwendung der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit aber die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgaben weder rechtlich noch tatsächlich verhindern dürfte.