



## **Schriftliche Stellungnahme zur Schriftlichen Anhörung des Ausschusses für Europa und Internationales**

Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2018/958 über eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vor Erlass neuer Berufsreglementierungen in Nordrhein-Westfalen (Verhältnismäßigkeitsprüfungsgesetz –

VHMPG NRW)

Drucksache 17/8797

**Dr. Dirk Michel**

Geschäftsführer des Europäischen Zentrums für Freie Berufe

Leitung: Prof. Dr. Martin Henssler

### **A. Einleitung**

Durch die Richtlinie (EU) 2018/958 über eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vor Erlass neuer Berufsreglementierungen (im Folgenden: Verhältnismäßigkeitsrichtlinie) werden die Mitgliedstaaten verpflichtet, bei dem Erlass oder der Änderung von Berufszulassungs- oder Berufsausübungsregelungen eine Verhältnismäßigkeitsprüfung durchzuführen. Diese Richtlinie ist auch in Nordrhein-Westfalen in Landesrecht umzusetzen, da aufgrund der Verteilung der Gesetzgebungskompetenz in der Bundesrepublik Deutschland auch dem Land Nordrhein-Westfalen Gesetzgebungskompetenz für den Erlass von Berufszugangs- und Berufsausübungsregelungen zukommt. Gleiches gilt für bestimmte Körperschaften des Öffentlichen Rechts, die aufgrund von Landesrecht errichtet worden sind.

Der vorliegende Gesetzentwurf unter der Landtagsdrucksache 17/8797 dient der Umsetzung der Verhältnismäßigkeitsrichtlinie in Landesrecht. Dabei verfolgt die Landesregierung das Ziel, die Richtlinie 1:1 in Landesrecht umzusetzen. Dieses Ziel wird durch den vorliegenden Gesetzentwurf erreicht.

Postadresse:  
Albertus-Magnus-Platz  
50923 Köln

Hausadresse:  
Weyertal 115  
50931 Köln  
Telefon +49 221 470-5711 (Sekretariat)  
Telefax +49 221 470-4918

Da die Vorgaben der Richtlinie zwingend umzusetzen sind, hat der Gesetzgeber insoweit auch keinen Gestaltungsspielraum. Zur Vermeidung von Wiederholungen sollen in dieser Stellungnahme daher nur einzelne Aspekte des Gesetzentwurfs aufgegriffen und kommentiert werden.

## **B. Zum Hintergrund der Verhältnismäßigkeitsrichtlinie**

Grundsätzlich liegt die Kompetenz zum Erlass von Berufszugangs- und Berufsausübungsregelungen bei den Mitgliedstaaten der Europäischen Union. Die Mitgliedstaaten müssen darüber entscheiden, ob und inwieweit sie den Zugang zu einem Beruf beschränken oder dessen Ausübung regulieren wollen. Allerdings besteht ein enger Bezug von Berufszugangsbeschränkungen und Berufsausübungsregelungen zum Europäischen Binnenmarkt. Daher sind die Mitgliedstaaten nach der ständigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs verpflichtet, bei dem Erlass von Berufszugangsregelungen und Berufsausübungsregelungen die Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV) und die Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) zu wahren. Nach dem sog. Beschränkungsverbot sind nationalstaatliche Regelungen unzulässig, welche die Niederlassung in einem anderen Mitgliedstaat oder die kurzfristige Erbringung einer Dienstleistung „*unterbinden, behindern oder weniger attraktiv machen*“ können.<sup>1</sup> Beschränkungen der genannten Grundfreiheiten sind nach der ständigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs nur gerechtfertigt, soweit sie einem zwingenden Grund des Allgemeininteresses dienen, die Regelungen nicht diskriminierend wirkt und das gewählte Regelungsinstrument geeignet und erforderlich ist. Die Geeignetheit und die Erforderlichkeit einer Maßnahme können unter dem Oberbegriff der Verhältnismäßigkeit zusammengefasst werden. Inhaltlich entsprechen sie im Wesentlichen dem nationalen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, wie ihn bspw. das Bundesverfassungsgericht bei der Prüfung der Zulässigkeit von Grundrechtseingriffen durch ein Gesetz zugrunde legt.

Aufgabe eines „guten Gesetzgebers“ ist es damit, schon beim Erlass einer die Grundfreiheiten beschränkenden Rechtsnorm zu prüfen, ob die Beschränkung nach den Kriterien der Europäischen Verträge und der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs gerechtfertigt ist. In der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs finden sich jedoch nicht wenige Fälle aus der jüngeren Zeit, in denen der Gerichtshof schon deshalb die Verhältnismäßigkeit nicht gewahrt sah, weil die Mitgliedstaaten die Kriterien nicht ordnungsgemäß geprüft und dokumentiert und die Beschränkung entsprechend begründet hatten. So ist es die Aufgabe der Mitgliedstaaten, im Streitfall die Geeignetheit und Erforderlichkeit einer die Grundfreiheiten beschränkenden Maßnahme nicht nur zu behaupten, sondern nachzuweisen. Dazu notwendig seien eine Untersuchung der erlassenen Maßnahme sowie genaue Angaben zur Stützung des Vorbringens der Mitgliedstaaten.<sup>2</sup> Diese müssten bei verständiger Würdigung ein Urteil über die Verhältnismäßigkeit einer Maßnahme erlauben.<sup>3</sup> Zu berücksichtigen sind ausdrücklich alle im Zeitpunkt der Entscheidung vorliegenden Kenntnisse.<sup>4</sup> Aus der Sicht des Europäischen Gerichtshofs genügt es mithin nicht, gesetzliche Maßnahmen „ins

---

<sup>1</sup> Vgl. Grabitz/Hilf/Nettesheim/Randelzhofer/Forsthoff, Das Recht der Europäischen Union, Werkstand: 68. EL Oktober 2019, Art. 56/57 AEUV Rn. 100 ff. m.w.N.

<sup>2</sup> EuGH NJW 2016, 621 Rn. 51 ff; EuGH NJW 2016, 3771, Rn. 35 ff.

<sup>3</sup> EuGH NJW 2016, 621 Rn. 56 und 59.

<sup>4</sup> EuGH NJW 2016, 621 Rn. 63.

Blaue hinein“ zu erlassen und deren Geeignetheit und Erforderlichkeit erst anlässlich eines Rechtsstreits vor dem Europäischen Gerichtshof zu untersuchen.

Vor diesem Hintergrund ist der Erlass der Verhältnismäßigkeitsrichtlinie zu sehen. Durch die Verhältnismäßigkeitsrichtlinie werden die Mitgliedstaaten verpflichtet, in Bezug auf Berufszugangs- und Berufsausübungsregelungen qualifizierte Prüfungen zur Verhältnismäßigkeit durchzuführen. Hierdurch wird der Gesetzgeber in die Lage versetzt, bei der Beratung über eine Berufszugangs- oder Berufsausübungsregelung eine eigene Verhältnismäßigkeitsprüfung in Kenntnis aller relevanten Informationen durchzuführen. Grundlage der Verhältnismäßigkeitsprüfung sollen alle nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs relevanten Kriterien sein. Ziel ist die umfassende Abwägung aller Regelungsalternativen im Rahmen des Gesetzgebungsprozesses. Schließlich sind die Ergebnisse der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu dokumentieren. Sie dienen der Information der Bevölkerung und sind zugleich Grundlage der Rechtfertigung einer Norm, bspw. im Rahmen eines Rechtsstreits vor dem EuGH.

## **C. Umsetzung der Verhältnismäßigkeitsrichtlinie durch den Entwurf eines Verhältnismäßigkeitsprüfungsgesetzes**

### **1. Allgemeines**

Der vorliegende Entwurf eines Verhältnismäßigkeitsprüfungsgesetzes dient der Umsetzung der Verhältnismäßigkeitsrichtlinie. Angestrebt wird eine sog. 1:1 – Umsetzung, in der die für die Mitgliedstaaten verpflichtende Umsetzung der Richtlinie in nationales Recht erfolgt, ohne dass über ihre Bestimmungen hinausgegangen wird. Dieses Ziel wird durch den vorliegenden Gesetzentwurf erreicht.

### **2. Durchführung der Verhältnismäßigkeitsprüfung**

#### **a) Kriterien der Verhältnismäßigkeit**

Zentrale Vorschriften des Gesetzentwurfs sind die §§ 3 und 4 des Verhältnismäßigkeitsprüfungsgesetzes. § 3 Abs. 1 des Gesetzentwurfs bestimmt die Pflicht zur Durchführung der Verhältnismäßigkeitsprüfung, die an Hand der in § 4 des Gesetzentwurfs genannten Vorgaben sowie der in den Anlagen 1 - 4 des Gesetzentwurfs genannten Kriterien durchzuführen ist. Die in den Anlagen näher bezeichneten Prüfungsmaßstäbe entsprechen dem Wortlaut des Art. 7 der Verhältnismäßigkeitsrichtlinie. § 3 Abs. 2 des Gesetzentwurfs stellt sicher, dass die Ergebnisse in angemessener Weise dokumentiert werden. § 3 Abs. 3 des Gesetzentwurfs konkretisiert die Prüfung dahingehend, dass die Gründe durch qualitative und relevante quantitative Elemente substantiiert werden müssen. Hierdurch werden die zentralen Ziele der Verhältnismäßigkeitsrichtlinie erreicht.

Klarstellend ist darauf hinzuweisen, dass die in Art. 7 der Verhältnismäßigkeitsrichtlinie genannten Abwägungskriterien, welche durch die Anlagen 1 – 4 des Gesetzentwurfs aufgegriffen werden, keine durch den Richtliniengeber neu geschaffenen Voraussetzungen sind. Sie finden sich vielmehr allesamt in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs. Weder

durch die Verhältnismäßigkeitsrichtlinie noch durch den vorliegenden Gesetzentwurf werden damit die materiellen Anforderungen an eine Berufszugangs- oder Berufsausübungsregelung verschärft.

#### b) Nichtdiskriminierung und Ziele des Allgemeininteresses

Nicht hinreichend deutlich wird aus dem Entwurfstext des § 3, dass die Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht allein auf die Geeignetheit und die Erforderlichkeit der Maßnahme, die Art. 7 der Verhältnismäßigkeitsrichtlinie zum Gegenstand hat, beschränkt ist. Vielmehr sind zuvor Feststellungen zur Nichtdiskriminierung (Art. 5 Verhältnismäßigkeitsrichtlinie) und zur Rechtfertigung der Maßnahme durch Ziele des Allgemeininteresses (Art. 6 Verhältnismäßigkeitsrichtlinie) zu treffen.<sup>5</sup> Dabei ist auf die in Art. 6 Abs. 2 Verhältnismäßigkeitsrichtlinie nicht abschließend genannten Allgemeininteressen Bezug zu nehmen. Der Gesetzgeber hat mit- hin zu prüfen und zu dokumentieren, dass die Beschränkung der Grundfreiheiten durch die zu erlassende oder zu ändernde Regelung im umfassenden Sinne gerechtfertigt ist. § 3 Abs. 1 des Gesetzentwurfes solle daher – wie in Abs. 3 geschehen – um den Begriff „gerechtfertigt“ ergänzt werden. In der Gesetzesbegründung könnte klarstellend auch auf die Art. 5 und 6 der Verhältnismäßigkeitsrichtlinie verwiesen werden.

#### **3. Gefahr eines „box ticking effect“**

Die Vorgabe eines festen Kriterienkatalogs birgt die Gefahr eines sog. „box ticking effect“. Danach würden die vorgegebenen Kriterien bei der Durchführung der Verhältnismäßigkeitsprüfung formell „abgehakt“, ohne dass es zu einer inhaltlichen Auseinandersetzung mit dem jeweiligen Kriterium kommen würde. Diese Problematik ist jedoch bereits in der Verhältnismäßigkeitsrichtlinie angelegt, sodass auch der Landesgesetzgeber nicht umhinkommt, den Kriterienkatalog aus der Richtlinie zu übernehmen. Bei der Anwendung der Kriterien ist jedoch Augenmaß gefragt. Bei der Durchführung der Verhältnismäßigkeitsprüfung sollten v.a. jene Kriterien beleuchtet werden, welche bei der intendierten Regelung als problematisch identifiziert werden. Vorhandene Ressourcen sollten dazu genutzt werden, vor allem diese Regelungen unter Rückgriff auf die Expertise der jeweils betroffenen Fachwissenschaften sowie der Wirtschafts- und Rechtswissenschaften zu untersuchen. Auch ist die Tiefe der notwendigen Untersuchungen abhängig von der Bedeutung der Regelung.<sup>6</sup>

Den genannten Bedenken ist in der Verhältnismäßigkeitsrichtlinie und damit auch im vorliegenden Gesetzentwurf Rechnung getragen worden. So bestimmt § 3 Abs. 1 S. 2 des Gesetzentwurfes, dass der Umfang der Prüfung im Verhältnis zu der Art, dem Inhalt und den Auswirkungen der Vorschrift stehen soll. § 4 Abs. 2 des Gesetzentwurfes bestimmt zudem, dass nur diejenigen Elemente zu berücksichtigen sind, die für die betroffene Vorschrift relevant sind. In der praktischen Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprüfungsgesetzes sollte die Chance, welche eine qualifizierte Verhältnismäßigkeitsprüfung bietet, genutzt und jedes „box ticking“ vermieden werden.

---

<sup>5</sup> Vgl. Dahns NJW-Spezial 2020, 190; Seyfarth EuZW 2019, 1005 (1007).

<sup>6</sup> Vgl. Stöbener de Mora EuZW 2018, 616.

#### **4. Einbeziehung von Kammern und sonstigen Körperschaften des öffentlichen Rechts**

Eine besondere Bedeutung kommt § 8 des Gesetzentwurfes zu. Berufszulassungs- und Berufsausübungsregelungen werden regelmäßig durch parlamentsförmliche Gesetze erlassen. Gesetzgeber ist der Landtag des Landes NRW, der bei Beratung und Beschluss eines entsprechenden Gesetzes die Verhältnismäßigkeitsprüfung – ggf. vorbereitet durch die Landesregierung – durchzuführen hat. Wird eine Berufszulassungs- oder Berufsausübungsregelung durch Rechtsverordnung der Landesregierung erlassen, muss auch sie die Verhältnismäßigkeitsprüfung vornehmen. Auf Grund des Subsidiaritätsgrundsatzes sind aber auch Berufskammern zum Erlass von Rechtsverordnungen berechtigt. Zu denken ist hier insbes. an die als Körperschaften des öffentlichen Rechts organisierten freiberuflichen Berufskammern, die durch Landesrecht errichtet worden sind. § 8 des Gesetzentwurfs verpflichtet diese Körperschaften, ebenfalls vor Erlass oder Änderung einer entsprechenden Berufsordnung oder Satzung eine Verhältnismäßigkeitsprüfung durchzuführen. Sowohl das Vorliegen einer entsprechenden Prüfung als auch deren Ergebnis wird dann im Rahmen der Rechtsaufsicht durch die zuständige Behörde geprüft.

In diesem Zusammenhang ist die Frage aufgekommen, ob die Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht durch die Kammern, sondern durch die zuständige Behörde im Rahmen der Rechtsaufsicht durchgeführt werden solle. Hierdurch sollten die Kammern vor zusätzlichem Verwaltungsaufwand und zusätzlichen Kosten bewahrt werden. Eine solche Regelung würde jedoch dem Zweck der Verhältnismäßigkeitsprüfung widersprechen und letztlich die Satzungsautonomie der Kammern beschränken. Auch wenn die Kammern bei dem Erlass von Rechtsverordnungen der Rechtsaufsicht des zuständigen Ministeriums unterliegen, gehört der Erlass von Rechtsverordnungen doch zu ihren ureigensten Rechten. Würde die Verhältnismäßigkeitsprüfung von der Kammer auf das zuständige Ministerium verlagert, würde damit zugleich in ihre Satzungscompetenz eingegriffen. Dabei muss berücksichtigt werden, dass die Verhältnismäßigkeitsprüfung im Rahmen der Gesetzgebung nicht die Funktion einer reinen Wirksamkeitskontrolle hat. Vielmehr soll der Gesetzgeber durch die Verhältnismäßigkeitsprüfung in die Lage versetzt werden, qualifiziert und auf der Grundlage von qualitativen und ggf. quantitativen Kriterien und unter Berücksichtigung der Stellungnahmen von Betroffenen zwischen verschiedenen Regelungsvarianten abzuwägen. Diese Abwägung kann nicht durch die Rechtsaufsicht erfolgen. Sie ist Aufgabe und Recht des zur Entscheidung berufenen Organs der Kammer. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung muss daher in den Gesetzgebungsprozess eingebunden sein. Dies gilt auch für den Erlass von Rechtsverordnungen durch Kammern oder sonstige Körperschaften des öffentlichen Rechts.