

Stellungnahme

Konformität des Dienstleistungspakets mit den allgemeinen Rechtsgrundsätzen des Artikels 5 AEUV

1. Richtlinienentwurf zur Festlegung eines Notifizierungsverfahrens für dienstleistungsbezogene Genehmigungsregelungen und Anforderungen, KOM(2016) 821 endg.
2. Richtlinienentwurf über eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vor Erlass neuer Berufsreglementierungen, KOM(2016) 822 endg.
3. Richtlinien- und Verordnungsentwurf zur Einführung einer Elektronischen Europäischen Dienstleistungskarte, KOM(2016) 823 u. 824 endg.

– Prüfkriterien der Subsidiaritätsrüge –

I. Das Dienstleistungspaket der Europäischen Kommission

Am 10. Januar hat die Europäische Kommission ein Dienstleistungspaket vorgelegt, das aus folgenden drei Richtlinienentwürfen sowie einem Verordnungsentwurf besteht:

1. Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Durchsetzung der Richtlinie 2006/123/EG über Dienstleistungen im Binnenmarkt, zur Festlegung eines Notifizierungsverfahrens für dienstleistungsbezogene Genehmigungsregelungen und Anforderungen sowie zur Änderung der Richtlinie 2006/123/EG und der Verordnung (EU) Nr. 1024/2012 über die Verwaltungszusammenarbeit mit Hilfe des Binnenmarkt-Informationssystems, KOM(2016) 821 endg.
2. Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vor Erlass neuer Berufsreglementierungen, KOM(2016) 822 endg.
3. Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den rechtlichen und operativen Rahmen für die durch die Verordnung ... [ESC Regulation] eingeführte Elektronische Europäische Dienstleistungskarte, KOM(2016) 823 endg.
4. Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Einführung einer Elektronischen Europäischen Dienstleistungskarte und entsprechender Verwaltungserleichterungen, KOM(2016) 824 endg.

Diese Vorschläge werden ergänzt durch eine Mitteilung ohne rechtliche Bindewirkung (KOM(2016) 820 endg.), die nachfolgend daher keine weitere Beachtung findet.

II. Prüfung der Gesetzgebungsvorschläge im Hinblick auf ihre Vereinbarkeit mit Artikel 5 EUV

Der Prüfungsmaßstab der Subsidiaritätsrüge nach Artikel 6 des Protokolls Nr. 2 über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit zum Vertrag über die Europäische Union (EUV) und zum Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) ist umfassend zu verstehen. Er erfasst nach herrschender Meinung neben dem Grundsatz der Subsidiarität im engeren Sinne gemäß Artikel 5 Absatz 3 EUV sowohl die Wahl der Rechtsgrundlage (Artikel 5 Absatz 2 EUV) als auch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gemäß Artikel 5 Absatz 4 EUV.¹

Nach dem in Artikel 5 Absatz 2 EUV enthaltenen Grundsatz der enumerativen Einzelermächtigung wird die Regelungskompetenz der Gemeinschaftsebene nur auf Bereiche erstreckt, die ihr explizit übertragen wurden. Eine Befugnis der EU zur autonomen Kompetenzerweiterung (sog. Kompetenz-Kompetenz) besteht nicht.

¹ Vgl. hierzu umfassend: *BT-Drucks. 18/8000*, S. 3 f.

Der in Artikel 5 Absatz 3 EUV normierte Subsidiaritätsgrundsatz sieht eine Regelungskompetenz der Mitgliedstaaten in konkurrierenden Gesetzgebungsbereichen vor, soweit nicht im Einzelfall nachgewiesen wird, dass Ziele auf mitgliedstaatlicher Ebene unzureichend verwirklicht werden und eine Regelung auf Gemeinschaftsebene besser zur Zielerreichung geeignet ist.

Mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gemäß Artikel 5 Absatz 4 EUV wird festgelegt, dass die Gemeinschaftsebene durch ihre Handlungsinstrumente weder inhaltlich noch formal über das zur Zielerreichung erforderliche Maß hinausgehen darf, weshalb das jeweils mildeste Mittel zu wählen ist.

Ad I 1. – Richtlinienentwurf über die Durchsetzung der Dienstleistungsrichtlinie und zur Festlegung eines Notifizierungsverfahrens für dienstleistungsbezogene Genehmigungsregelungen und Anforderungen, KOM(2016) 821 endg.

a. Regelungsgehalt des Richtlinienvorschlags

Der Richtlinienentwurf zielt auf die Schaffung einer Notifizierungspflicht vor Einführung von Genehmigungsregeln oder sonstigen Anforderungen, die potentielle Auswirkungen auf die grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung haben können. Eine Notifizierung hat mindestens drei Monate vor Erlass der betreffenden Regelung zu erfolgen. Bei wesentlichen Änderungen – etwa im laufenden Gesetzgebungsverfahren aufgrund eines Ausschussvotums – soll eine neue Prüffrist ausgelöst werden. Sowohl die Kommission als auch die übrigen Mitgliedstaaten können die notifizierte Regelung, die mit einer umfassenden Begründung und Rechtfertigung im Hinblick auf ihre Verhältnismäßigkeit zu versehen ist, kommentieren. Der Kommission soll zudem die Befugnis eingeräumt werden, durch Beschluss den Nichterlass der notifizierten Maßnahme oder die Aufhebung einer bereits getroffenen Maßnahme einfordern zu können.

Die Anforderung gilt ebenenübergreifend, so dass Bund, Länder und Kommunen genauso betroffen wären wie Selbstverwaltungskörperschaften. Eine genaue Abgrenzung der Notifizierungspflicht ist schwierig, da die Begrifflichkeiten der Genehmigungsregeln und sonstigen Anforderungen weit gefasst sind und bezüglich des Geltungsbereichs auf den der Dienstleistungsrichtlinie (RL 2006/123/EG) abgestellt wird, der selbst äußerst unklar ist. Eine fehlende Notifizierung soll als „schwerer Verfahrensfehler“ anzusehen sein und hätte daher die Unwirksamkeit der betreffenden Regelung zur Folge.

b. Bestehender Regelungsrahmen

Die Richtlinie 2006/123/EG über Dienstleistungen im Binnenmarkt enthält in den Artikeln 9 bis 15 bereits umfassende Regeln für Genehmigungen und sonstige Anforderungen im Zusammenhang mit Niederlassungsvorgängen. Dabei werden auch Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkte umfassend berücksichtigt. So bestimmt Artikel 9 Absatz 1:

Die Mitgliedstaaten dürfen die Aufnahme und die Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit nur dann Genehmigungsregelungen unterwerfen, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

- a) die Genehmigungsregelungen sind für den betreffenden Dienstleistungserbringer nicht diskriminierend;*
- b) die Genehmigungsregelungen sind durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt;*
- c) das angestrebte Ziel kann nicht durch ein milderes Mittel erreicht werden, insbesondere weil eine nachträgliche Kontrolle zu spät erfolgen würde, um wirksam zu sein.*

Weitere Anforderungen werden in Artikel 10 Absätze 1 und 2 spezifiziert. Hier heißt es:

Die Genehmigungsregelungen müssen auf Kriterien beruhen, die eine willkürliche Ausübung des Ermessens der zuständigen Behörden verhindern.

(2) Die in Absatz 1 genannten Kriterien müssen:

- a) nicht diskriminierend sein;*
- b) durch einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein;*
- c) in Bezug auf diesen Grund des Allgemeininteresses verhältnismäßig sein;*
- d) klar und unzweideutig sein;*
- e) objektiv sein;*
- f) im Voraus bekannt gemacht werden;*
- g) transparent und zugänglich sein.*

Zudem befassen sich Regeln mit der Geltungsdauer von Genehmigungen (Artikel 11), der Auswahl zwischen mehreren Bewerbern (Artikel 12), den Anforderungen an Genehmigungsverfahren (Artikel 13) sowie unzulässigen (Artikel 14) und zu prüfenden Anforderungen (Artikel 15). Damit werden Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkte bei Genehmigungen und sonstigen Anforderungen im Kontext von Niederlassungsvorgängen bereits umfassend geregelt.

Entsprechende Vorgaben für den Bereich der grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung enthalten die Artikel 16 bis 21 der Richtlinie 2006/123/EG über Dienstleistungen im Binnenmarkt. Nach Artikel 16 Absatz 1 gilt hier:

Die Mitgliedstaaten achten das Recht der Dienstleistungserbringer, Dienstleistungen in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen ihrer Niederlassung zu erbringen. Der Mitgliedstaat, in dem die Dienstleistung erbracht wird, gewährleistet die freie Aufnahme und freie Ausübung von Dienstleistungstätigkeiten innerhalb seines Hoheitsgebiets. Die Mitgliedstaaten dürfen die Aufnahme oder Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit in ihrem Hoheitsgebiet nicht von Anforderungen abhängig machen, die gegen folgende Grundsätze verstoßen:

- a) Nicht-Diskriminierung: die Anforderung darf weder eine direkte noch eine indirekte Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit oder – bei juristischen Personen – aufgrund des Mitgliedstaats, in dem sie niedergelassen sind, darstellen;*
- b) Erforderlichkeit: die Anforderung muss aus Gründen der öffentlichen Ordnung, der öffentlichen Sicherheit, der öffentlichen Gesundheit oder des Schutzes der Umwelt gerechtfertigt sein;*

c) Verhältnismäßigkeit: die Anforderung muss zur Verwirklichung des mit ihr verfolgten Ziels geeignet sein und darf nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist.

Artikel 16 Absatz 2 enthält eine umfassende Liste unzulässiger Anforderungen. Ergänzt werden diese Regeln durch solche für Dienstleistungsempfänger. Dies betrifft unzulässige Beschränkungen (Artikel 19), Regeln zur Nicht-Diskriminierung (Artikel 20) und zur Unterstützung von Dienstleistungsempfängern.

c. Schlussfolgerungen im Hinblick auf Artikel 5 EUV

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz des Artikels 5 Absatz 4 EUV gebietet, dass europäische Rechtsakte die mitgliedstaatlichen Handlungsspielräume möglichst gering einschränken dürfen. Konkret müssen diese geeignet, erforderlich und angemessen im engeren Sinne sein.

Die Kommission legt in ihrer Entwurfsbegründung bereits nicht schlüssig dar, dass ein **Handlungserfordernis** besteht. So wird in Rn. 4 darauf verwiesen, dass die Kommission „von den Mitgliedstaaten eine zunehmende Anzahl an Notifizierungen über neu eingeführte Anforderungen im Sinne der Richtlinie 2006/123/EG erhalten“ hat. Weiter heißt es, dass „die Kommission eine beträchtliche Zahl strukturierter Dialoge gegenüber den Mitgliedstaaten einleitete.“ Dies indiziert das grundsätzliche Funktionieren des bestehenden Rechtsrahmens, der durch die Richtlinie 2006/123/EG über Dienstleistungen im Binnenmarkt vorgegeben ist. Die Schlussfolgerung, die steigende Zahl von Notifizierungsverfahren zeige, dass das bestehende System nicht ausreiche, ist daher nicht schlüssig und keinesfalls geeignet, ein Handlungserfordernis für den Erlass einer Notifizierungsrichtlinie zu dokumentieren. Auch würde die Einführung eines Notifizierungsverfahrens nicht die Durchführung von „strukturellen Dialogen“ zwischen der Kommission als Hüterin der Verträge und den betreffenden Mitgliedstaaten obsolet werden lassen.

Der Europäische Rechnungshof hat sich 2016 mit Fragen der wirksamen Durchführung der Dienstleistungsrichtlinie durch die Kommission befasst.² Dabei stellte er fest, dass die 31 Mitgliedstaaten der EU und des EWR in einem Zeitraum von 20 Monaten insgesamt 310 Notifizierungsmittelungen über das IMI übermittelt hätten. Von sieben Staaten hätten keinerlei Meldungen vorgelegen, auf die übrigen Mitgliedstaaten seien zwischen einer und dreiundsiebzig Mittelungen zu verzeichnen gewesen. Dies deutet darauf hin, dass **Vollzugsdefizite** in einzelnen Mitgliedstaaten vorliegen könnten, die im Rahmen von Vertragsverletzungsverfahren zu korrigieren wären. Ansonsten würde auch der vorliegende Kommissionsvorschlag nicht weiterhelfen. Denn wenn einzelne Mitgliedstaaten die derzeit bestehende Notifizierungspflicht nicht einhalten, ist nicht erkennbar, warum sie die vorgeschlagenen neuen Richtlinienbestimmungen eher einhalten sollten.

Zudem würde die vorgesehene Rechtsfolge eines schwerwiegenden Verfahrensfehlers bei Verstößen gegen die Notifizierungspflicht die **Situation für hiervon betroffenen Dienstleistern nur scheinbar verbessern**. Denn die betreffenden Regeln wären zunächst einmal Teil

² Sonderbericht Nr. 5/2016 gemäß Artikel 287 Absatz 4 Unterabsatz 2 AEUV, Titel: Die Dienstleistungsrichtlinie: Hat die Kommission eine wirksame Durchführung sichergestellt?

des jeweiligen nationalen Rechts des Mitgliedstaates und würden von dessen Behörden angewendet. Dienstleister müssten sich daher auch nach einem etwaigen Inkrafttreten der Regeln zur Notifizierungspflicht – wie bereits derzeit – auf dem Rechtsweg gegen ihre Grundfreiheiten zu Unrecht beschränkende Bestimmungen wenden und ihre fehlende Gemeinschaftsrechtskonformität rügen. Qualitativ wäre dies kein Unterschied zur derzeitigen Rechtslage. Denn auch jetzt können Verstöße gegen die unter I. 1 b) genannten Bestimmungen der Dienstleistungsrichtlinie geltend gemacht werden.

Würde der Kommissionsvorschlag einerseits die Rechtslage von Dienstleistern bei europarechtswidrigen Genehmigungsverfahren oder sonstigen Anforderungen in der Praxis nicht verbessern, so könnte er andererseits **weitreichende negative Folgen bei an sich europarechtskonformen Genehmigungsverfahren und sonstigen Anforderungen** haben, bei denen der Notifizierungspflicht nicht Genüge geleistet würde. Dies liegt an der vorgesehenen Rechtsfolge eines schweren Verfahrensfehlers bei fehlender Beachtung der Notifizierungspflicht. Dabei ist zu berücksichtigen, dass es sich nicht um vorsätzliche Verstöße gegen die Notifizierungspflicht handeln muss. Denn der Kommissionsvorschlag beinhaltet unbestimmte Rechtsbegriffe, die zu erheblicher Rechtsunsicherheit in der Anwendung führen dürften.

So sollen wesentliche Änderungen bestehender Regeln notifizierungspflichtig sein. Wann eine solche **wesentliche Änderung** vorliegt, ist letztlich eine subjektive Wertungsfrage. So könnte sich unter Umständen erst nach Jahren herausstellen, dass eine nicht notifizierte Gesetzesänderung eigentlich der Notifizierungspflicht unterlegen hätte und daher an einem schwerwiegenden Verfahrensfehler leidet. Auch kann in der Praxis häufig fraglich sein, was unter dem **Begriff der sonstigen Anforderungen** zu subsumieren ist. Im Ergebnis besteht die Gefahr, dass in erheblichem Umfang eigentlich gemeinschaftsrechtskonforme nationale Genehmigungserfordernisse und sonstige Anforderungen einzig und allein aus dem Grund rechtlich angreifbar würden, dass die Notifizierungspflicht gegenüber der Europäischen Kommission nicht erfüllt wurde. Konkret betroffen wären von dieser Gefahr in Deutschland neben dem Bund und den sechzehn Ländern über 12.500 Kommunen sowie rund 230 Körperschaften im Rahmen der für sie bestehenden Kompetenzzuweisungen.

Die vorgenannten Erwägungen lassen es höchst fraglich erscheinen, ob der Richtlinienentwurf der Kommission den Kriterien der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit im engeren Sinne genügt und damit dem in Artikel 5 Absatz 4 EUV normierten Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entspricht.

Zudem besteht das Kernproblem, dass sich die Kommission als supranationale Behörde und damit Teil der Exekutive ausbedingt, den mitgliedstaatlichen Gesetzgebern als Legislativorganen vorzuschreiben, Genehmigungsregeln oder sonstige Anforderungen nicht zu erlassen oder aufzuheben. Eine Einschaltung des Europäischen Gerichtshofs ist nicht vorgesehen. Dies wirft **grundsätzliche Fragen der Gewaltenteilung** auf, die weit über eine Verhältnismäßigkeitsprüfung hinausgehen.

Ad I 2. – Richtlinienentwurf über eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vor Erlass neuer Berufsreglementierungen, KOM(2016) 822 endg.

a. Regelungsgehalt des Richtlinienvorschlags

Der Richtlinienentwurf zielt auf eine Überprüfung der Verhältnismäßigkeit von Berufsreglementierungen anhand einer Vielzahl äußerst detaillierter Kriterien. Der Fokus ist dabei zunächst auf die Einführung neuer oder die Änderung bestehender Berufsreglementierungen gerichtet. Allerdings ist davon auszugehen, dass sie über Artikel 59 der Richtlinie zur Anerkennung von Berufsqualifikationen auf alle bestehenden Berufsreglementierungen erstreckt würden. Diese Norm enthält bereits allgemeiner gefasste Verhältnismäßigkeitskriterien, die sich an der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs orientieren. Im Zweifel dürfte die Kommission die konkreteren zur Verhältnismäßigkeitsprüfung als „Auslegungshilfe“ heranziehen.

In den 28 Mitgliedstaaten der Europäischen Union bestehen insgesamt rund 5.600 reglementierte Berufe. Deutschland liegt mit 149 reglementierten Berufen, darunter 41 Handwerksberufe, deutlich unter dem europäischen Durchschnitt von 200. Die Mobilität im Binnenmarkt wird bei den reglementierten Berufen über die Richtlinie zur Anerkennung von Berufsqualifikationen (RL 2005/36/EG) voll umfänglich gewährleistet. Hier findet in weiten Bereichen der Grundsatz der automatischen Anerkennung Anwendung. Besonders niedrigschwellige Anforderungen sind in Sonderregeln für den Bereich der grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung vorgesehen.

b. Bestehender Regelungsrahmen

Durch die Richtlinie 2013/55/EU wurde die Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen geändert und dabei ein neuer Artikel 59 eingefügt. Die Absätze 3 – 9 dieser Bestimmung lauten:

(3) Die Mitgliedstaaten prüfen, ob nach ihrer Rechtsordnung geltende Anforderungen zur Beschränkung der Aufnahme oder Ausübung eines Berufs durch die Inhaber einer bestimmten Berufsqualifikation, einschließlich des Führens der Berufsbezeichnung und der im Rahmen dieser Berufsbezeichnung erlaubten beruflichen Tätigkeiten, die in diesem Artikel als ‚Anforderungen‘ bezeichnet werden, mit folgenden Grundsätzen vereinbar sind:

a) Die Anforderungen dürfen weder eine direkte noch eine indirekte Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit oder des Wohnsitzes darstellen;

b) die Anforderungen müssen durch übergeordnete Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein;

c) die Anforderungen müssen zur Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Ziels geeignet sein und dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist.

(4) Absatz 1 gilt auch für Berufe, die in einem Mitgliedstaat durch einen Verband oder eine Organisation im Sinne des Artikels 3 Absatz 2 reglementiert sind, sowie für alle Anforderungen in Verbindung mit der Mitgliedschaft dieser Verbände oder Organisationen.

(5) Bis zum 18. Januar 2016 geben die Mitgliedstaaten der Kommission bekannt, welche Anforderungen sie aufrechterhalten wollen und aus welchen Gründen die Anforderungen ihrer Ansicht nach mit Absatz 3 konform sind. Zudem machen die Mitgliedstaaten binnen sechs Monaten nach ihrer Annahme Angaben dazu, welche Anforderungen sie zu einem späteren Zeitpunkt eingeführt haben und aus welchen Gründen die Anforderungen ihrer Ansicht nach mit Absatz 3 konform sind.

(6) Bis zum 18. Januar 2016 und danach alle zwei Jahre erstatten die Mitgliedstaaten der Kommission außerdem Bericht über die Anforderungen, die aufgehoben oder gelockert wurden.

(7) Die Kommission leitet die in Absatz 6 genannten Berichte an die anderen Mitgliedstaaten weiter, die binnen sechs Monaten ihre Anmerkungen dazu vorlegen. Innerhalb desselben Zeitraums konsultiert die Kommission interessierte Parteien einschließlich der Angehörigen der betreffenden Berufe.

(8) Die Kommission erstellt auf der Grundlage der von den Mitgliedstaaten vorgelegten Angaben einen zusammenfassenden Bericht für die durch den Beschluss 2007/172/EG der Kommission vom 19. März 2007 zur Einsetzung einer Koordinatorengruppe auf dem Gebiet der Anerkennung der Berufsqualifikationen eingesetzte Koordinatorengruppe, die dazu Stellung nehmen kann.

(9) Unter Berücksichtigung der in den Absätzen 7 und 8 genannten Stellungnahme legt die Kommission dem Europäischen Parlament und dem Rat bis zum 18. Januar 2017 einen zusammenfassenden Bericht vor; diesem fügt sie gegebenenfalls Vorschläge für ergänzende Initiativen bei.

Damit besteht bereits eine europarechtliche Verpflichtung zur Prüfung der Verhältnismäßigkeit von Berufsreglementierungen, die selbstredend auch beachtlich ist, wenn neue Berufsreglementierungen erlassen oder bestehende geändert werden sollen. Zudem sind regelmäßige Evaluierungs- und Berichtspflichten vorgesehen.

c. Schlussfolgerungen im Hinblick auf Artikel 5 EUV

aa. Grundsatz der enumerativen Einzelermächtigung gemäß Artikel 5 Absatz 2 EUV

Die Zuständigkeit der Europäischen Union nach Maßgabe des Prinzips der enumerativen Einzelermächtigung stellt eine notwendige Vorfrage bei der Prüfung der Einhaltung der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit im Rahmen einer Subsidiaritätsrüge dar. Denn besteht bereits keine Kompetenzzuweisung an die Gemeinschaftsebene, verbietet sich bereits jedwedes gesetzgeberische Handeln, so dass es auf Fragen der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit nicht mehr ankommt.

Der Richtlinienentwurf wird ausweislich der Begründung auf die **Artikel 46, 53 Absatz 1 und 62 AEUV** gestützt. Artikel 46 AEUV erlaubt den Erlass von Richtlinien und Verordnungen zur Gewährleistung der Arbeitnehmerfreizügigkeit. Insoweit ist anerkannt, dass Regeln zur Anerkennung von Berufsqualifikationen für abhängig Beschäftigte auf Grundlage von Artikel 46 AEUV erlassen werden können, da die spezielle Regelung des Artikels 53 Absatz 1 AEUV nur den Bereich der Selbständigen erfasst. Als besondere Kompetenzgrundlage sieht Artikel 53 Absatz 1 AEUV bei der Niederlassungsfreiheit für die Aufnahme und Ausübung selbständiger Tätigkeiten im Bereich der reglementierten Berufe den Erlass von Richtlinien für die gegenseitige Anerkennung von Diplomen, Prüfungszeugnissen oder sonstigen Befähigungsnachweisen sowie für die Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten vor. Artikel 62 AEUV ist als reine Verweisungsvorschrift ausgestaltet und erklärt für den Bereich der Dienstleistungsfreiheit die bei der Niederlassungsfreiheit geltende Vorschrift des Artikels 53 AEUV für anwendbar.

Genau hier, bei der Schaffung gemeinschaftlicher Regeln zur Anerkennung von Berufsqualifikationen bzw. zur Koordinierung der Mindestanforderungen – wie im Bereich der sektoralen Berufe nach Artikel 21 bis 49 der Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen geschehen – endet die Gemeinschaftskompetenz.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Frage der Reglementierung von Berufen starke Bezüge zur **Bildungspolitik** aufweist. Hier besteht ein **Harmonisierungsverbot** auf Gemeinschaftsebene.³ Dies erfasst die Ausbildungsinhalte und die Ausgestaltung des Berufsbildungssystems. Über die Binnenmarktpolitik darf die Gemeinschaftsebene nur unter den engen Voraussetzungen tätig werden, die in der Kernvorschrift des Artikels 53 Absatz 1 AEUV niedergelegt sind.

Dies wird in der **Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu den Personenverkehrsfreiheiten des Gemeinschaftsrechts im Bereich der reglementierten Berufe** deutlich. Danach ist es in Ermangelung einer Harmonisierung der Regelungen des Berufszugangs im Zuständigkeitsbereich der Mitgliedstaaten zu bestimmen, welche Kenntnisse und Fähigkeiten zur Ausübung eines Berufes erforderlich sind.⁴ Hat daher – wie beispielsweise bei Ärzten und Apothekern – keine Koordinierung der Mindestanforderungen auf europäischer Ebene stattgefunden, können die Mitgliedstaaten autonom eigene Standards definieren. Der Europäische Gerichtshof schränkt in seiner Rechtsprechung zu den Personenverkehrsfreiheiten des Gemeinschaftsrechts nicht die Autonomie der Mitgliedstaaten bei der Entscheidung über die Frage des *Ob* einer Berufsreglementierung ein und macht ihnen zudem keinerlei Vorgaben hinsichtlich des Reglementierungsniveaus.

Schließlich ist zu berücksichtigen, dass die von der Kommission in ihrem Richtlinienentwurf genannten Kompetenzgrundlagen der Artikel 46, 53 Absatz 1 und 62 AEUV der Gemeinschaftsebene allein die Befugnis zur **Regelung von Sachverhalten mit grenzüberschreitendem Bezug** zuweisen.⁵ Dies ist bei gemeinschaftlichen Regeln zur Anerkennung von Berufsqualifikationen der Fall. Indes fehlt ein grenzüberschreitender Bezug bei Regeln, die nationale Entscheidungen über das *Ob* einer Berufsreglementierung betreffen.

Daher dürfte der Richtlinienentwurf bereits gegen den in Artikel 5 Absatz 2 EUV enthaltenen Grundsatz der enumerativen Einzelermächtigung verstoßen.

bb. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz des Artikels 5 Absatz 4 EUV

Der **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz** ist ein allgemeines Prinzip des Gemeinschaftsrechts und auch für die Mitgliedstaaten beachtlich. Er erstreckt sich allerdings auf die eher abstrakten **Kriterien der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit**. Diese Kriterien legt auch der Europäische Gerichtshof in seiner ständigen Rechtsprechung zu den Personenverkehrsfreiheiten des Gemeinschaftsrechts zugrunde. Dies folgt aus dem Grundsatz der Gewaltenteilung, der dem Gesetzgeber eine Ermessensprärogative einräumt, die nur eingeschränkt überprüfbar ist.

Der Europäische Gerichtshof stellt in seiner Judikatur zu den Personenverkehrsfreiheiten des Gemeinschaftsrechts mit Bezug zu Berufsreglementierungen nie die Kompetenz der Mitgliedstaaten zur Reglementierung von Berufen in Frage. Stets gerügt wurde nur, wenn die Mitgliedstaaten die von EU-Bürgern in ihren Herkunftsstaaten erworbenen Berufsqualifikatio-

³ Art. 165, 166 AEUV.

⁴ Vgl. exemplarisch: EuGH, Urt. v. 15.10.1978, Rs. 222/86 (Heylens), Slg. 1987 S. 4097 Rn. 10; Urt. v. 07.05.1991, Rs. C-340/89 (Vlassopoulou), Slg. 1991 S. I-02357 Rn. 9.

⁵ Für die Kernbestimmung des Art. 53 AEUV: *Callies/Ruffert/Korte*, EUV / AEUV, 5. Auflage 2016, Art. 53 Rn. 13.

nen unberücksichtigt ließen. So stellte der Gerichtshof in der Grundsatzentscheidung *Vlassopoulou* klar (a.a.O. Rn. 15 – 19):

Ein Mitgliedstaat, bei dem die Zulassung zu einem Beruf beantragt worden ist, dessen Aufnahme nach nationalem Recht vom Besitz eines Diploms oder einer beruflichen Qualifikation abhängt, hat somit die Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise, die der Betroffene erworben hat, um den gleichen Beruf in einem anderen Mitgliedstaat auszuüben, in der Weise zu berücksichtigen, dass er die durch diese Diplome bescheinigten Fachkenntnisse mit den nach nationalem Recht vorgeschriebenen Kenntnissen und Fähigkeiten vergleicht.

Dieses Prüfungsverfahren muss es den Behörden des Aufnahmemitgliedstaats ermöglichen, objektiv festzustellen, ob ein ausländisches Diplom seinem Inhaber die gleichen Kenntnisse und Fähigkeiten wie das innerstaatliche Diplom oder diesen zumindest gleichwertige Kenntnisse und Fähigkeiten bescheinigt. Diese Beurteilung der Gleichwertigkeit eines ausländischen Diploms muss ausschließlich danach erfolgen, welches Maß an Kenntnissen und Fähigkeiten dieses Diplom unter Berücksichtigung von Art und Dauer des Studiums und der praktischen Ausbildung, auf die es sich bezieht, bei seinem Besitzer vermuten lässt (siehe das Urteil vom 15. Oktober 1987 in der Rechtssache 222/86, a. a. O., Randnr. 13)

Im Rahmen dieser Prüfung kann ein Mitgliedstaat jedoch objektiven Unterschieden Rechnung tragen, die sowohl hinsichtlich des im Herkunftsmitgliedstaat für den fraglichen Beruf bestehenden rechtlichen Rahmens als auch hinsichtlich des Tätigkeitsbereichs dieses Berufs vorhanden sind. Im Falle des Anwaltsberufs darf ein Mitgliedstaat somit eine vergleichende Prüfung der Diplome unter Berücksichtigung der festgestellten Unterschiede zwischen den betroffenen nationalen Rechtsordnungen vornehmen.

Führt diese vergleichende Prüfung zu der Feststellung, dass die durch das ausländische Diplom bescheinigten Kenntnisse und Fähigkeiten den nach den nationalen Rechtsvorschriften verlangten entsprechen, so hat der Mitgliedstaat anzuerkennen, dass dieses Diplom die in diesen Vorschriften aufgestellten Voraussetzungen erfüllt. Ergibt der Vergleich hingegen, dass diese Kenntnisse und Fähigkeiten einander nur teilweise entsprechen, so kann der Aufnahmemitgliedstaat von dem Betroffenen den Nachweis, dass er die fehlenden Kenntnisse und Fähigkeiten erworben hat, verlangen.

Die gemeinschaftsrechtlich allgemein anerkannten drei Verhältnismäßigkeitskriterien der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit sind in **Artikel 59 der Anerkennungsrichtlinie** eingeflossen. Über diese drei Verhältnismäßigkeitskriterien geht der Kommissionsvorschlag deutlich hinaus. So werden in Artikel 6 Absatz 2 insgesamt elf Kriterien genannt und durch zehn weitere in Artikel 6 Absatz 4 ergänzt. Dies indiziert bereits ihre fehlende Erforderlichkeit und Angemessenheit im engeren Sinne.

Viele der in Artikel 6 genannten **Kriterien** sind zudem so **unspezifisch**, dass ihre Anwendung in der Praxis problembehaftet wäre. Beispielsweise sollen die wissenschaftlichen und technologischen Entwicklungen, die die Informationsasymmetrien zwischen Berufsangehörigen und Verbrauchern abbauen können, berücksichtigt werden (Art. 6 Abs. 2 h RLE). Ein wesentlicher Teil der heute erbrachten Dienstleistungen gehört zu den Vertrauensgütern, bei dem die Leistungsgüte nicht durch den Verbraucher objektiv beurteilt werden kann. Zudem sind viele Dienstleistungen kundenspezifisch individualisiert.

Auch das Kriterium der wirtschaftlichen Auswirkungen der Maßnahme unter besonderer Berücksichtigung der Intensität des Wettbewerbs auf dem Markt und der Qualität der bereitgestellten Dienstleistungen (Art. 6 Abs. 2 i RLE) wirft mehr Fragen auf, als dass es zur Klarheit

beiträgt. Beispielsweise sind vorhandene Indikatoren wie die Zahl der Mitbewerber im Markt nur sehr bedingt aussagekräftig. So wird etwa der Lebensmittelhandel in Deutschland von wenigen Akteuren dominiert. Diese oligopolartige Stellung würde zunächst eine geringe Wettbewerbsintensität indizieren. Das Gegenteil ist jedoch der Fall, wie die im europäischen Vergleich niedrigen Lebensmittelpreise in Deutschland verdeutlichen.

Zudem würde der hohe Detaillierungsgrad der Kriterien die **Ermessensprärogative** der nationalen Gesetzgeber zur Makulatur machen. Allein dies indiziert bereits einen Verstoß gegen den in Artikel 5 Absatz 4 EUV enthaltenen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

Schließlich ist zu berücksichtigen, dass die **Mobilität von Selbständigen und abhängig Beschäftigten im Binnenmarkt** im Bereich der reglementierten Berufe bereits hinreichend durch die gemeinschaftsrechtlichen Regelungen zur Anerkennung von Berufsqualifikationen **sichergestellt** werden. Dies belegt eine Studie⁶, die 2014 im Auftrag des britischen Wirtschaftsministeriums (UK Department for Business, Innovation & Skills) erstellt wurde. Sie befasst sich mit der Verbreitung von Berufsreglementierungen in der EU und ihren Auswirkungen auf die Arbeitsmärkte. Dabei kamen die Autoren zu dem Ergebnis, dass die Zuwanderung nach Großbritannien in reglementierte Berufe überproportional hoch war. Dabei spielte es keine Rolle, ob die Regeln der automatischen Anerkennung oder des allgemeinen Systems der Anerkennung von Berufsqualifikationen Anwendung fanden. Für verschiedene Untersuchungszeiträume konnte zudem – abweichend von den ursprünglichen Erwartungen der Autoren – kein Nachweis dafür erbracht werden, dass Berufsreglementierungen die Mobilität behindern. Dies wird damit erklärt, dass die europäischen Regeln zur Anerkennung von Berufsqualifikationen in der EU so gut funktionieren, dass durch Berufsreglementierungen keine negativen Mobilitätseffekte zu verzeichnen sind. In der Studie heißt es wie folgt:⁷

Our descriptive results show licensed occupations to display the highest levels of movement to the UK for employment purposes over the last several years. We further find no substantial differences in the mobility of occupations subject to the automatic system of recognition compared to those under the general system, possibly signaling that while the general system might be more onerous it is at least as effective as the automatic in facilitating movement.

We move on to examine whether licensing arrangements in the UK are associated with the level of migration to these occupations in two time periods, 2005 and 2010. We perform various heterogeneity analyses by major occupational groups, stringency of licensing requirements, and coverage of legislation but no robust trends are found. We therefore conclude that (a) there is no evidence of licensing being an important determinant in explaining the levels of migration to an occupation in the UK (b) these results hold true for both 2005 and 2010 and (c) no substantial differences in movement exist between occupations under the automatic and general systems.

How can these results be explained? One possibility is that the mechanisms in the MRPQ Directive, and in the preceding legislative framework that it consolidated, have been operating sufficiently well so as not to impede movement. If this is the case, it is perhaps not surprising that no particular changes were detected before and after the implementation of the Directive. Unfortunately it has not been pos-

⁶ Koumenta/Humphris/Kleiner/Pagliero, Occupational Regulation in the EU and UK: Prevalence and Labour Market Impacts, Final Report, July 2014, https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/343554/bis-14-999-occupational-regulation-in-the-EU-and-UK.pdf.

⁷ Vgl. S. 72 f. der Studie.

sible to examine previous legislative regimes as the data does not allow for easy analysis to a period so far back.

Interestingly, the proportion of migrants already in the occupation is more powerful in explaining labour movement from the EU than the licensing status of the occupation. The same might be the case with variables that we were not able to include in our model such as language skills and investment in local reputation and set up costs. The results might also be indicative of the ability of migrant workers to meet the existing requirements due perhaps to similar requirements being present in the country of origin, something that is strengthened by the finding that automatic recognition is also positively associated with movement from non-EU countries.

Eine weitere, im Auftrag der Generaldirektion Binnenmarkt erstellte Studie des Centre for Strategy & Evaluation Services (CSES)⁸ kommt zu dem Ergebnis, dass **bestehende Berufsreglementierungen im spezialisierten Bausektor positive Effekte, bezogen auf Anzahl der Beschäftigten, Beschäftigung sowie Umsatz und Wertschöpfung haben**. Beide Studien werden von der Kommission nie zitiert, da sie ein fehlendes Handlungserfordernis belegen.

Nach alledem spricht vieles dafür, dass der Kommissionsvorschlag zur Verhältnismäßigkeitsprüfung von Berufsreglementierungen selbst nicht dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz von Artikel 5 Absatz 4 EUV entspricht. Denn einerseits hat der europäische Gesetzgeber bereits in Artikel 59 der Richtlinie über die Anerkennung von Berufsqualifikationen allgemeine Überprüfungskriterien geregelt. Andererseits soll mit einem überschießenden Regelungsansatz in autonome Regelungsbereiche der Mitgliedstaaten eingegriffen werden, von denen aufgrund der gemeinschaftlichen Regeln zur Anerkennung von Berufsqualifikationen nachweislich keine mobilitätshindernde Wirkung ausgeht.

cc. Subsidiaritätsgrundsatz gemäß Artikel 5 Absatz 3 EUV

Der in Artikel 5 Absatz 3 EUV normierte Subsidiaritätsgrundsatz sieht eine Regelungskompetenz der Mitgliedstaaten in konkurrierenden Gesetzgebungsbereichen vor, wenn nicht im Einzelfall nachgewiesen wird, dass eine Regelung auf Gemeinschaftsebene besser zur Zielerreichung geeignet ist. Die Kernthese der Kommission zur Begründung eines gesetzgeberischen Handelns reduziert sich auf die Aussage, dass die Mobilität von Selbständigen und abhängig Beschäftigten im Binnenmarkt durch Berufsreglementierungen negativ beeinträchtigt wird und daher einer strikten ex ante Verhältnismäßigkeitskontrolle bedürfe.

Die europäischen Regeln zur Anerkennung von Berufsqualifikationen sichern bereits die Mobilität von Selbständigen und abhängig Beschäftigten im Binnenmarkt. Selbst wenn man eine Regelungskompetenz der Gemeinschaftsebene vom Grundsatz her unterstellen würde, was aufgrund der unter aa. genannten Gesichtspunkte nicht der Fall ist, fehlt es daher zur Mobilitätsverwirklichung an einem Handlungserfordernis auf Gemeinschaftsebene. Anders ausgedrückt: Die „Verhältnismäßigkeit“ von Berufsreglementierungen würde erst dann unter Mobilitätsgesichtspunkten eine praktische Relevanz erlangen, wenn keine gemeinschaftlichen Regeln zur Anerkennung von Berufsqualifikationen bestehen würden!

⁸ Study to provide an Inventory of Reserves of Activities linked to professional qualifications requirements in 13 EU Member States & assessing their economic impact, Januar 2012.

Bekanntlich wurden auf europäischer Ebene jedoch Regeln zur Anerkennung von Berufsqualifikationen geschaffen, weil damit die mitgliedstaatliche Kompetenz zur Berufsreglementierung respektiert wird. Dies spiegelt sich in den Vorgaben des Primärrechts. Des Umstands, dass sich Berufsreglementierungen mobilitätshemmend auswirken können, waren sich die Gründungsstaaten bei Abschluss der Verträge von Rom im Jahre 1957 voll umfänglich bewusst. Daher wurde bereits im EWG-Vertrag eine Kompetenzgrundlage zum Erlass von Richtlinien über die Anerkennung von Berufsqualifikationen sowie der damit zusammenhängenden Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten geschaffen.

Fehlt es aufgrund der geschilderten Sachlage bereits an einem konkreten Handlungserfordernis, da die Mobilität im Binnenmarkt durch gemeinschaftliche Regeln zur Anerkennung von Berufsqualifikationen sichergestellt ist, so kann sich die Kommission unter Subsidiaritätsgesichtspunkten gar nicht mehr berühren, die Mobilität von Selbständigen und abhängig Beschäftigten durch die verbindliche Vorgabe von Verhältnismäßigkeitskriterien bei Berufsreglementierungen sicherstellen zu wollen. Denn entscheidend ist die **kumulative Betrachtung der bereits bestehenden gemeinschaftlichen Regeln und vorgeschlagener neuer Maßnahmen**. Deckt der gemeinschaftliche Acquis bereits einen Regelungsbereich hinreichend ab, so liegt im Zweifel ein Verstoß gegen den Subsidiaritätsgrundsatz vor, wenn weitere komplementäre Maßnahmen erlassen werden sollen, die in Kompetenzbereiche der Mitgliedstaaten eingreifen.

Ad I 3 und 4. – Richtlinien- und Verordnungsentwurf zur Einführung einer Elektronischen Europäischen Dienstleistungskarte, KOM(2016) 823 u. 824 endg.

a. Regelungsgehalt der Vorschläge

Ziel des Richtlinien- und Verordnungsvorschlags zur Einführung einer elektronischen Dienstleistungskarte ist ein vereinfachtes Verwaltungsverfahren zur Genehmigung von Dienstleistungstätigkeiten und Niederlassungsvorgängen in anderen Mitgliedstaaten. Der Dienstleistungserbringer soll dazu sämtliche Verwaltungsverfahren in seinem Heimatstaat einleiten können. Es sind umfangreiche Standardisierungen von Antragsformularen und Verwaltungsprozessen vorgesehen. Bei Nichteinhaltung kurz bemessener Fristen sollen Genehmigungsfiktionen greifen.

Unklar ist, wie eine Antragsprüfung im Zielstaat erfolgen soll, da Unterlagen im Herkunftsstaat in der dortigen Amtssprache eingereicht werden und eine funktionale Gleichwertigkeit im Herkunftsstaat bestehender Regeln mit solchen des Zielstaates zu berücksichtigen ist. Letzteres setzt umfassende funktional vergleichende Betrachtungen von derzeit 28 mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen im Bereich des öffentlichen Wirtschaftsrechts voraus. Dies setzt nicht nur entsprechende Sprachkenntnisse, sondern auch Kenntnisse fremden Rechts voraus. Entsprechende Kompetenzen in einer Koordinierungsbehörde zu bündeln, die auch über Anträge aus dem europäischen Ausland zu entscheiden hat, erscheint utopisch. Auf-

grund kurz bemessener Prüffristen⁹ besteht daher die latente Gefahr, Genehmigungsfiktionen durch Fristüberschreitung auszulösen. Dies führt im Ergebnis zu einer Anwendung des Herkunftslandprinzips, das der Deutsche Bundestag zuletzt im Juni 2016 in einer Beschlussfassung zur aktuellen Binnenmarktstrategie der Kommission abgelehnt hatte.

Der persönliche Anwendungsbereich der Regeln zur Europäischen Dienstleistungskarte wird über dessen Annex I definiert, der auf der aktuellen Wirtschaftszweigklassifikation der EU beruht.¹⁰ In der gewerblichen Wirtschaft sollen der Bausektor und die Gebäudereiniger erfasst werden, darüber hinaus verschiedene Freie Berufe. Der sachliche Anwendungsbereich überschneidet sich teilweise mit bestehenden Regelungen im Bereich der Anerkennung von Berufsqualifikationen und der Entsendung von Arbeitnehmern.

b. Bestehender Regelungsrahmen

Über die mit der Dienstleistungsrichtlinie eingeführten Einheitlichen Ansprechpartner¹¹ stehen kleinen und mittleren Unternehmen in Europa bereits leistungsfähige Strukturen zur Verfügung. Sie informieren über erforderliche Verfahren und Formalitäten, die direkt auf elektronischem Wege eingeleitet und abgewickelt werden können. Den Einheitlichen Ansprechpartnern kommt dabei eine Koordinierungsfunktion zu. Dies bedeutet, dass die Behördenzuständigkeit unangetastet bleibt und der Einheitliche Ansprechpartner diejenigen Datensätze, die für ein Genehmigungsverfahren oder sonstige Anforderungen relevant sind, an die jeweilige Behörde weiterleitet und später den Bescheid erhält und an den Dienstleister weiterleitet. Die seit 2009 bestehenden Strukturen der Einheitlichen Ansprechpartner werden derzeit optimiert. In Deutschland wurde hierfür das Konzept der EA 2.0 entwickelt.¹²

Die Einheitlichen Ansprechpartner nutzen bereits das Binnenmarktinformationssystem. Daher existiert schon eine online-gestützte grenzüberschreitende Behördenzusammenarbeit. Wie dem Sonderbericht 5/2016 des Europäischen Rechnungshofs zur wirksamen Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie zu entnehmen ist, wurden über das Binnenmarktinformationssystem zwischen dem 2. Quartal 2010 und dem 2. Quartal 2015 pro Jahr durchschnittlich weniger als 400 Anfragen europaweit abgewickelt. Über das Binnenmarkt-Informationssystem wurden ausweislich des Sonderberichts im Untersuchungszeitraum zudem drei Vorwarnungen im Rahmen des durch die Dienstleistungsrichtlinie vorgesehenen Vorwarnmechanismus übermittelt, von denen eine als falsch zurückgezogen werden musste. Ob die insgesamt geringe Nutzung in strukturellen Schwächen des Systems begründet ist, lässt der Bericht offen.

Im Rahmen der Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie wurde bereits ein umfassendes Normenscreening durchgeführt. Es basierte auf dezidierten Vorgaben der Dienstleistungsrichtlinie. Dabei musste der gesamte Normenbestand von Bund, Ländern, Kommunen und Selbstverwaltungskörperschaften auf Kompatibilität mit gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben überprüft werden. Die Ergebnisse wurden der Kommission übermittelt.

⁹ Maximal 4 Wochen bei grenzüberschreitender Dienstleistungserbringung (vgl. Art. 12 Abs. 1, 2 RLE) und 6 Wochen bei Niederlassungsvorgängen (vgl. Art. 13 Abs. 1, 2 RLE).

¹⁰ NACE Revision 2; siehe VO 1893/2006:

¹¹ Vgl. Art. 6 RL 2006/123/EG.

¹² http://www.it-planungsrat.de/DE/Projekte/Koordinierungsprojekte/EA2_0/EA2.0_node.html.

Durch die Richtlinie 2013/55/EU wurde die Richtlinie 2005/36/EG um Regeln zum Europäischen Berufsausweis ergänzt.¹³ Der Berufsausweis kann bisher für fünf Berufe genutzt werden¹⁴, in denen europaweit rund 4,5 Millionen Menschen beschäftigt sind. Bis Ende 2016 wurden lediglich rund 500 Berufsausweise ausgestellt, sodass nur ein verschwindend geringer Prozentsatz der Personen, die theoretisch anspruchsberechtigt wären, einen Berufsausweis erhalten haben. Zudem besteht im Anwendungsbereich der Richtlinie zur Anerkennung von Berufsqualifikationen eine Verpflichtung der Behörden des Zielstaates zur elektronischen Verfahrensabwicklung.¹⁵ Daher ist bereits ein umfassender und zur Europäischen Dienstleistungskarte vorrangiger Rechtsrahmen vorhanden.

c. Schlussfolgerungen im Hinblick auf Artikel 5 EUV

aa. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz des Artikels 5 Absatz 4 EUV

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz des Artikels 5 Absatz 4 EUV verlangt, dass europäische Rechtsakte die mitgliedstaatlichen Handlungsspielräume möglichst gering einschränken dürfen. Konkret müssen sie geeignet, erforderlich und angemessen im engeren Sinne sein.

Vorliegend bestehen Zweifel an der Erforderlichkeit und Angemessenheit. So kollidiert das Konzept der Europäischen Dienstleistungskarte mit den bereits bestehenden Strukturen der Einheitlichen Ansprechpartner, über die als zentrale Anlaufstellen in den Zielstaaten alle relevanten Verfahren und sonstigen Anforderungen im Zusammenhang mit einer grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung oder Niederlassungsvorgängen abgewickelt werden können. Dabei ist eine elektronische Verfahrenseinleitung und -abwicklung möglich. Auch die Europäische Dienstleistungskarte soll elektronisch beantragt werden. Bei der elektronischen Verfahrenseinleitung und -abwicklung ist es für Dienstleister zunächst einmal egal, wo die bearbeitende Behörde lokalisiert ist. Besteht mithin bereits ein operables System zur elektronischen Abwicklung von Genehmigungsverfahren, so indiziert dies die **Unverhältnismäßigkeit des Aufbaus einer Parallelstruktur**.¹⁶

Für die **Entsendung von Arbeitnehmern** besteht ein **abschließender europäischer Rechtsrahmen** durch die Arbeitnehmer-Entsenderichtlinie¹⁷ sowie die Durchsetzungsrichtlinie.¹⁸ Derzeit wird die Arbeitnehmer-Entsenderichtlinie überarbeitet.¹⁹ Aufgrund des umfassenden und abschließenden Regelungscharakters der speziellen europäischen Regeln zur Arbeitnehmerentsendung verbleibt kein Raum für eine Erstreckung von Regelungen zur Dienstleistungskarte auf diesen Bereich. Unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten wird durch den bestehenden Rechtsrahmen zur Arbeitnehmer-Entsendung eine fehlende Erforderlichkeit bzw. Angemessenheit indiziert, zumal die Gefahr besteht, dass die Erstreckung der Europäischen Dienstleistungskarte auf diesen Bereich zu Anwendungsdefiziten führen könnte.

¹³ Vgl. Artikel 4a ff. der konsolidierten Anerkennungsrichtlinie.

¹⁴ Krankenschwestern bzw. Krankenpfleger, Apotheker, Physiotherapeuten, Bergführer, Immobilienmakler.

¹⁵ Vgl. Art. 57a der konsolidierten Anerkennungsrichtlinie.

¹⁶ Etwaige Defizite wie eine unzureichende Mehrsprachigkeit einzelner Angebote könnten durch eine Weiterentwicklung des Systems leicht behoben werden.

¹⁷ RL 96/71/EG.

¹⁸ RL 2014/67/EU.

¹⁹ KOM(2016) 128 endg.

Entsprechendes gilt für den **Bereich der Anerkennung von Berufsqualifikationen**. Die Richtlinie 2013/55/EU hat für den Bereich der Anerkennung von Berufsqualifikationen bereits Regelungen zum Europäischen Berufsausweis eingeführt. Sie sind nunmehr in Art. 4a – 4e der konsolidierten Anerkennungsrichtlinie²⁰ enthalten und regeln alle wesentlichen Fragen zur Ausstellung des Berufsausweises und dem Verfahren der grenzüberschreitenden Behördenzusammenarbeit. Zudem besteht eine Verpflichtung der Behörden des Zielstaates, im Anwendungsbereich der Richtlinie zur Anerkennung von Berufsqualifikationen eine elektronische Verfahrensabwicklung zu gewährleisten.²¹ Die Ausgestaltung dieser Regelung trägt den Spezifika von Anerkennungsverfahren Rechnung. Ein damit konkurrierender Regelungsansatz über die Kommissionsvorschläge zur Europäischen Dienstleistungskarte ist unverhältnismäßig, da ein und dasselbe Ziel durch unterschiedliche Mittel verfolgt wird und damit die Mitgliedstaaten und die betroffenen Behörden entsprechend belastet.

Das **Konzept der Elektronischen Dienstleistungskarte** würde **tiefgreifende Eingriffe im Bereich des Genehmigungsrechts** zur Folge haben. So soll ein Standardformular für die Beantragung der Europäischen Dienstleistungskarte geschaffen werden.²² Dieses soll im Kern die in Artikel 4 Absatz 1 des Verordnungsentwurfs genannten Angaben enthalten, bei denen es sich um reine Stammdaten handelt, die keinerlei antrags- oder verfahrensspezifischen Anforderungen Rechnung tragen. Bei nationalen Genehmigungsverfahren und sonstige Anforderungen, die nicht durch dieses Standardformular abgedeckt werden, soll folgendes gelten:

- Wenn die **Dienstleistungskarte zwecks grenzüberschreitender Dienstleistungserbringung** ausgestellt werden soll, muss die Koordinierungsbehörde im Zielstaat der Ausstellung der Dienstleistungskarte widersprechen, wenn sie Genehmigungen und sonstigen Anforderungen berücksichtigt wissen will. Sie muss dabei nachweisen, dass die entsprechenden Genehmigungen oder sonstigen Anforderungen aus bestimmten zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sind. Zudem ist Anforderungen Rechnung zu tragen, die bereits im Herkunftsstaat erfüllt werden. Diese Bewertung hat zu erfolgen, ohne dass im Antrag enthaltene erforderliche Klarstellungen oder notwendige zusätzliche Informationen vom Herkunftsmitgliedstaat oder vom Antragsteller verlangt werden dürfen. Bei fehlender Reaktion wird nach vier Wochen eine **Genehmigungsfiktion** ausgelöst. Nur ein zulässiger Einwand von der Koordinierungsbehörde des Zielstaates führt dazu, dass der Antrag von der Koordinierungsbehörde des Zielstaates unmittelbar zurückzuweisen ist.

Folgerung: Im Kern wird hier für die grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung das **Herkunftslandprinzip** statuiert, da Kontrollfunktionen im Herkunftsstaat ausgeübt werden und Genehmigungen oder sonstige Anforderungen nur in extrem engen Grenzen und mit einem erheblichen Begründungsaufwand zulässig sind. Die geforderte **funktionale Gleichwertigkeitsprüfung** bereits im Herkunftsstaat bestehender Anforderungen mit denen des Zielstaats dürfte aufgrund fehlender Kenntnisse des Rechts von dreißig anderen mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen im EU/EWR-

²⁰ RL 2005/36/EG, geändert durch: RL 2013/55/EU.

²¹ Art. 57a der konsolidierten Anerkennungsrichtlinie.

²² Vgl. Art. 4 VOE.

Bereich sowie bestehender Sprachbarrieren bei 23 Amtssprachen der EU **unmöglich** sein. Es wird also etwas nicht Leistbares eingefordert und damit die Anwendung jedweder nationalen Regeln im Ergebnis ausgehebelt.

- Bei Vorgängen der **sekundären Niederlassungsfreiheit** (Errichtung von Agenturen, Zweigniederlassungen und Tochtergesellschaften) muss die Koordinierungsstelle des Zielstaates unverzüglich gegenüber der Koordinierungsstelle des Zielstaates und dem Antragsteller begründen, warum im nationalen Recht auf den Sachverhalt anwendbare Genehmigungen oder vorherige Anmeldungen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses erforderlich und verhältnismäßig sind. Der Antragsteller soll sodann mit Unterstützung der Koordinierungsbehörde seines Herkunftsstaates erforderliche Nachweise vorlegen und darlegen, „welche spezifischen Bedingungen durch die Einhaltung von gleichwertigen Anforderungen im Herkunftsmitgliedstaat erfüllt“ werden. Im Zielstaat soll die zuständige Koordinierungsbehörde innerhalb einer Woche prüfen, ob die erbrachten Nachweise seinen Anforderungen genügen. Auch das Nachfordern weiterer Unterlagen oder die Ablehnung der Ausstellung einer Dienstleistungskarte haben unter engen Fristen zu erfolgen.

Folgerung: Gerade bei Niederlassungsvorgängen bestehen teilweise sehr komplexe Lebenslagen, die unterschiedliche Genehmigungen und vorherige Anmeldungen mit sich bringen. Fragen der funktionalen Gleichwertigkeit von im Herkunftsstaat bestehenden Anforderungen zu solchen, die im Zielstaat bestehen, lassen sich unmöglich innerhalb einer Ein-Wochen-Frist beantworten und führen **de facto zu einer zumindest partiellen Einführung des Herkunftslandprinzips** in den Bereichen, wo ansatzweise schlüssig vorgetragen wird, es bestünden bereits vergleichbare Regeln im Herkunftsstaat.

Das Konzept der Europäischen Dienstleistungskarte würde damit eine partielle Zuständigkeitsverlagerung für Antragsverfahren in die Herkunftsstaaten bewirken und den Zielstaaten enge Fristen und Prüfpflichten auferlegen, die in der Praxis zu einer Nichtanwendung des Rechts des Ziellandes führen. Unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten deutet dies auf eine **mangelnde Geeignetheit des Konzepts zur grenzüberschreitenden Verfahrensabwicklung** hin. Vergewenigt man sich, dass über die Strukturen der Einheitlichen Ansprechpartner für Unternehmer aus dem europäischen Ausland bereits ein leichter Marktzugang sowohl bei der grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung als auch bei Niederlassungsvorgängen möglich ist, ohne hierdurch die Anwendung nationalen Rechts in Frage zu stellen, so **mangelt es zudem offensichtlich an einer Erforderlichkeit und Angemessenheit im engeren Sinne**. Sollten bei der grenzüberschreitenden Verfahrensabwicklung der Einheitlichen Ansprechpartner Optimierungserfordernisse bestehen, könnten sie im Rahmen des bestehenden Systems der Einheitlichen Ansprechpartner umgesetzt werden. Eines völlig neuen Konzepts, das mit demjenigen der bereits geschaffenen Strukturen der Einheitlichen Ansprechpartner nicht kompatibel ist, bedarf es nicht.

Auch die vorgesehenen **Rechtfertigungen der Anwendung von nationalen Genehmigungsregeln oder sonstigen Anforderungen im Einzelfall** sind äußerst problematisch. Denn die Rechtsordnungen wurden bereits im Rahmen der Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie einem umfassenden **Normenscreening** unterzogen. In Deutschland waren hier Bund, Länder Kommunen und Kammern eingebunden, so dass der gesamte Rechtsrahmen ebenenübergreifend hinsichtlich seiner Gemeinschaftrechtskonformität überprüft wurde. Vor diesem Hintergrund kann das Erfordernis der Einzelfallbegründung nur dahingehend verstanden werden, dass den Mitgliedstaaten die Anwendung nationaler Regeln so schwer wie nur eben möglich gemacht werden soll, was eine evidente Verletzung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes darstellt.

Die **Schaffung (zentraler) Koordinierungsbehörden** in den Mitgliedstaaten würde darüber hinaus zu **tiefgreifenden Eingriffen in die mitgliedstaatlichen Verwaltungsstrukturen** führen, dies insbesondere bei föderalen Strukturen mit dezentraler Aufgabenwahrnehmung. Denn jeder Mitgliedstaat soll eine Koordinierungsbehörde benennen, die inländische Anträge entgegennimmt und ausländische genehmigt. Anders als bei den Einheitlichen Ansprechpartnern, die nur eine Mittlerfunktion haben, würde dies eine Bündelung der Entscheidungskompetenz bei Sachverhalten im Anwendungsbereich der Regeln zur Europäischen Dienstleistungskarte bedeuten. In Anbetracht der für Dienstleister bereits bestehenden Strukturen der Einheitlichen Ansprechpartner ist auch dies nicht mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vereinbar und stellt zudem grundlegende kompetenzielle Fragen, da das Staatsorganisationsrecht der Mitgliedstaaten betroffen ist.

Schließlich wurde die Einführung des Herkunftslandprinzips beim Gesetzgebungsverfahren zur Europäischen Dienstleistungsrichtlinie vom Europäischen Gesetzgeber klar abgelehnt. Dabei spielte die Unverhältnismäßigkeit des Kommissionsvorschlags eine entscheidende Rolle. Der vorliegende Verordnungs- und Richtlinienentwurf ist daher als klare Missachtung des bereits dezidiert zum Ausdruck gebrachten Willens des Europäischen Gesetzgebers zu werten, das Herkunftslandprinzip nicht im Bereich der Dienst- und Niederlassungsfreiheit einführen zu wollen.

bb. Subsidiaritätsgrundsatz gemäß Artikel 5 Absatz 3 EUV

Nach Artikel 5 Satz 5 des Protokolls über die Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit (Abl. EU Nr. C 306 S. 150 vom 13.12.2007) müssen Gesetzgebungsentwürfe der Kommission die finanzielle Belastung und den Verwaltungsaufwand der nationalen Regierungen sowie der regionalen und lokalen Behörden berücksichtigen. Hiergegen wird vorliegend evident verstoßen. Denn durch die Richtlinie 2006/123/EG über Dienstleistungen im Binnenmarkt wurden die Mitgliedstaaten bereits zur Errichtung der Strukturen der Einheitlichen Ansprechpartner verpflichtet. Deren Aufgabe umfasst nach Artikel 6 Absatz 1 a) RL 2006/123/EG *alle Verfahren und Formalitäten, die für die Aufnahme ihrer Dienstleistungstätigkeiten erforderlich sind, insbesondere Erklärungen, Anmeldungen oder die Beantragung von Genehmigungen bei den zuständigen Behörden, einschließlich der Beantragung der Eintragung in Register, Berufsrollen oder Datenbanken oder der Registrierung bei Berufsverbänden oder Berufsorganisationen.* Der **Regelungsbereich des Instruments der**

Dienstleistungskarte ist daher redundant mit demjenigen, der bereits über die in den Mitgliedstaaten errichteten Strukturen der Einheitlichen Ansprechpartner abgedeckt wird.

Dies betrifft auch die elektronische Verfahrensabwicklung unter Einbindung des Binnenmarktinformationssystems. Gemäß Artikel 8 Absatz 1 RL 2006/123/EG stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass *alle Verfahren und Formalitäten, die die Aufnahme oder die Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit betreffen, problemlos aus der Ferne und elektronisch über den betreffenden einheitlichen Ansprechpartner oder bei der betreffenden zuständigen Behörde abgewickelt werden können*. Um die in diesem Rahmen erforderliche grenzüberschreitende Behördenzusammenarbeit zu ermöglichen, wurde die Verordnung (EU) Nr. 1024/2012 über die Verwaltungszusammenarbeit mit Hilfe des Binnenmarkt-Informationssystems verabschiedet.

Der vorliegende Ansatz der Europäischen Dienstleistungskarte würde die errichteten Strukturen der Einheitlichen Ansprechpartner potentiell obsolet machen, so dass die getätigten Investitionen als finanzielle Negativbelastung zu verbuchen wären. Insgesamt **fehlt es an einer schlüssigen und nachvollziehbaren Gesamtkostenevaluierung**, die berücksichtigt, dass die Mitgliedstaaten zwei miteinander nicht kompatible Systeme errichten und nebeneinander betreiben sollen.

III. Zusammenfassende Thesen

1. Das Dienstleistungspaket zielt als Maßnahmenbündel auf weitreichende Eingriffe in mitgliedstaatliche Kompetenzbereiche. Es würde bei Verabschiedung die Gestaltungsautonomie der nationalen Gesetzgeber im öffentlichen Wirtschaftsrecht deutlich stärker einschränken, als dies nach primärrechtlichen Anforderungen tatsächlich geboten ist. Damit verfolgt die Kommission im Kern eine Kompetenzverschiebung zu Lasten der Mitgliedstaaten, die im Hinblick auf die grundlegende Bestimmung des Artikels 5 EUV rechtlich äußerst problematisch und politisch inakzeptabel ist.
2. Der Richtlinienentwurf über die Durchsetzung der Dienstleistungsrichtlinie und zur Festlegung eines Notifizierungsverfahrens für dienstleistungsbezogene Genehmigungsregelungen und Anforderungen erinnert an die Vorab-Kontrolle im Beihilferecht. Nur gilt hier ein generelles Verbot mit Erlaubnisvorbehalt. Nicht nur unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten ist der Vorschlag abzulehnen, sondern auch im Hinblick auf grundsätzliche Fragen der Gewaltenteilung, da die Kommission ihre Kontrollfunktion als Hüterin der Verträge zu Ungunsten der Legislative überdehnt.
3. Der Richtlinienentwurf über eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vor Erlass neuer Berufsreglementierungen will den Mitgliedstaaten Prüfkriterien vorschreiben, die nicht von der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu den Personenverkehrsfreiheiten im Bereich der reglementierten Berufe gedeckt sind. Weder besteht hier eine hinreichende Regelungskompetenz, noch werden die Grundsätze der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit respektiert.
4. Mit dem Richtlinien- und Verordnungsentwurf zur Einführung einer Elektronischen Europäischen Dienstleistungskarte würde das Ziellandprinzip zu Gunsten des Herkunftslandprinzips geschwächt. Der Ansatz ist nicht mit den bereits etablierten Strukturen der Einheitlichen Ansprechpartner kompatibel und würde in der Praxis das Herkunftslandprinzip forcieren. Er wirft zahlreiche Fragen der Verhältnismäßigkeit auf und kollidiert mit dem Subsidiaritätsgrundsatz.

Annex

Binnenmarktstrategie Gesetzgebungspaket im Dienstleistungssektor am 10.01.2017

Verhältnismäßigkeits- kriterien bei reglementierten Berufen

- Rechtsinstrument: Richtlinie
- Anwendungsbereich: bestehende und geplante Berufsreglementierungen
- Komplementär: Europ. Semester und Art. 59 der Anerkennungsrichtlinie

Dienstleistungskarte

- Rechtsinstrumente: Verordnung & Richtlinie
- Anwendungsbereich:
 - Bausektor, Freie Berufe
 - Grenzüberschreitende DL-Erbringung und sekundäre NL-Freiheit
- Komplementär: Single Digital Gateway (RL-Vorschlag für April 2017 erwartet)

Notifizierungsver- fahren

- Rechtsinstrument: Richtlinie
- Anwendungsbereich: dienstleistungsbezogene Genehmigungsregelungen und Anforderungen
- Komplementär: Dienstleistungsrichtlinie

Bei Rückfragen

Dr. Stefan Stork
Abteilung Recht

Zentralverband des Deutschen Handwerks
Mohrenstraße 20/21
10117 Berlin

Tel.: +49 30-20619354

Fax: +49 30-2061959354

dr.stork@zdh.de

DAS HANDWERK
DIE WIRTSCHAFTSMACHT. VON NEBENAN.