BIngK
BUNDES
INGENIEURKAMMER

Stellungnahme der Bundesingenieurkammer

zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2018/958 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Juni 2018 über eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vor Erlass neuer Berufsreglementierungen (Verhältnismäßigkeitsrichtlinie) durch öffentlich-rechtliche Körperschaften (Verhältnismäßigkeitsrichtlinien-Umsetzungsgesetz)

Die Bundesingenieurkammer vertritt die sechzehn Ingenieurkammern der Länder als Körperschaften des öffentlichen Rechts, von denen zwölf Kammern auf der Grundlage von § 36 Gewerbeordnung zur öffentlichen Bestellung und Vereidigung von Sachverständigen ermächtigt sind. Diese sind von der geplanten Gesetzesänderung in Artikel 6 (Änderung der Gewerbeordnung) unmittelbar betroffen.

Die Bundesingenieurkammer und die Ingenieurkammern der Länder begrüßen die dem vorliegenden Referentenentwurf zugrundeliegende grundsätzliche Absicht der Bundesregierung, europarechtliche Vorgaben zur Vermeidung überbordender Bürokratie im 1:1-Maßstab umzusetzen.

Mit Blick auf die Umsetzung der EU-Verhältnismäßigkeitsrichtlinie jedoch, ist die beabsichtige Änderung der Gewerbeordnung bereits nach den Maßstäben des nationalen Grundgesetzes hierfür **ungeeignet.** Es besteht für die beabsichtigte Änderung **kein Umsetzungserfordernis**, da der Anwendungsbereich nicht eröffnet ist!

Dies kann exemplarisch anhand der gesetzlichen Regelung des Landes Nordrhein-Westfalen aufgezeigt werden:

Nach § 36 Absatz 1 Gewerbeordnung (GewO) werden Personen als Sachverständige für bestimmte Sachgebiet öffentlich bestellt und vereidigt. Sie werden nach § 404 Absatz 3 der Zivilprozessordnung vorrangig für die Erstellung von Gutachten in gerichtlichen Verfahren durch das Gericht bestellt. Gemäß § 36 Absatz 4 GewO i.V.m. § 39 Absatz 1 Nummer 8 Baukammerngesetz NRW hat die Ingenieurkammer-Bau NRW die Aufgabe, Sachverständige öffentlich zu bestellen und zu vereidigen, das Sachverständigenwesen zu fördern und auf Anforderung von Behörden und Gerichten sowie Dritter Sachverständige namhaft zu machen. Hierzu kann die Ingenieurkammer-Bau NRW durch Satzung die in § 36 Absatz 3 GewO genannten Vorschriften erlassen. Von dieser Ermächtigung hat die Ingenieurkammer-Bau NRW in der Sachverständigenordnung (SVO IK-Bau NRW) vom 09.11.2010 Gebrauch gemacht. Auf Grundlage dieser Satzung werden durch die Ingenieurkammer-Bau regelmäßig Sachverständige öffentlich bestellt und vereidigt.

Unter „B. Lösung“ auf Seite 1f. heißt es in dem Gesetzesentwurf:

„Im Hinblick auf die Tatsache, dass bereits jetzt Berufsreglementierungen nach geltendem Verfassungsrecht und Europarecht den Anforderungen der Verhältnismäßigkeit genügen müssen, soll die Richtlinie (EU) 2018/958 so umgesetzt werden, dass den europarechtlichen Anforderungen an die Umsetzung der Richtlinie genüge getan, hierüber aber auch nicht hinausgegangen wird (1:1-Umsetzung).“

Weiter heißt es in der Begründung unter „A. Allgemeiner Teil – I. Zielsetzung und Notwendigkeit der Regelungen“ auf Seite 9 des Entwurfes:

„Die Richtlinie (EU) 2018/958 gilt für die unter die Richtlinie 2005/36/EG fallenden Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, die die Aufnahme oder Ausübung eines Berufs oder einer bestimmten Art seiner Ausübung beschränken, einschließlich des Führens einer Berufsbezeichnung und der im Rahmen dieser Berufsbezeichnung erlaubten beruflichen Tätigkeiten.“

Zusammenfassend soll der der Gesetzentwurf der 1:1- Umsetzung der Verhältnismäßigkeitsrichtlinie 2018/958 und gilt (entsprechend deren Anwendungsbereich) für Rechts- und Verwaltungsvorschriften aus dem Anwendungsbereich der Berufsanerkennungsrichtlinie 2005/36/EG dienen.

Jedoch geht der Gesetzentwurf mit der in Artikel 6 beabsichtigten Änderung der Gewerbeordnung über dieses Ziel hinaus. Die beabsichtigte Installation einer Verhältnismäßigkeitsprüfung liegt außerhalb der europarechtlichen Anforderungen an die Umsetzung der Richtlinie. **Die §§ 36 und 36a GewO liegen** nicht im Anwendungsbereich der Berufsanerkennungsrichtlinie, sondern **allein im Anwendungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie 2006/123/EG**. Soweit sich aus der derzeitigen Gesetzesbegründung zu den §§ 36 bzw. 36a GewO die Absicht ergibt, sowohl die Dienstleistungs- als auch die Berufsanerkennungsrichtlinie umzusetzen, steht dies im Widerspruch zu der rechtlichen Systematik beider Richtlinien. Nach Artikel 3 Absatz 1 der Dienstleistungsrichtlinie gilt die Dienstleistungsrichtlinie im Verhältnis zum Berufsanerkennungsrichtlinie subsidiär. Dabei findet die Berufsanerkennungsrichtlinie auf die öffentliche Bestellung und Anerkennung von Sachverständigen keine Anwendung, weil diese den Zugang zu bestimmten (reglementierten) Berufen allein von qualifikationsbasierten Merkmalen wie Ausbildungsnachweisen oder Berufserfahrung abhängig macht (vgl. Artikel 3 Absatz 1 Berufsanerkennungsrichtlinie). Die öffentliche Bestellung hingegen erfordert zusätzlich weitergehende Anforderungen, die unabhängig von der durch Qualifikationen zu belegenden Sachkunde erfüllt werden müssen. Konkret sind dies die Erfordernisse von Unparteilichkeit, Gewissenhaftigkeit und Zuverlässigkeit, die in der Person selbst liegen, nicht jedoch aus dessen beruflicher Qualifikation abgeleitet werden. Sofern also der Gesetzgeber die Dienstleistungsrichtlinie (zutreffend) für anwendbar hält, schließt dies eine gleichzeitige Umsetzung der Berufsanerkennungsrichtlinie aus. In der Folge besteht mangels Anwendungsbereichs der Berufsanerkennungsrichtlinie **kein Regelungsbedürfnis** für die Umsetzung der an die Berufsanerkennungsrichtlinie gekoppelte Verhältnismäßigkeitsrichtlinie. Es wird gebeten, dies zu prüfen und **zur Vermeidung von Überregulierung auf eine Änderung des § 36 GewO zu verzichten.**

Darüber hinaus würde ein Festhalten an dem Referentenentwurf - im Widerspruch zum Verhältnis der genannten Richtlinien und in nicht beabsichtigter Übererfüllung der Umsetzungsverpflichtung - die Gefahr einer veränderten Rechtsprechungspraxis **zu Lasten der betroffenen öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen** bergen. Die Ursache hierfür liegt in einer fehlerhaften Begründung im Referentenentwurf zu Artikel 6 auf Seite 21. Dort heißt es:

„Die Anwendbarkeit der Richtlinie (EU) 2018/958 auf Berufszugangs- und -ausübungsregeln für öffentlich bestellte und vereidigte Sachverständige ergibt sich aus Artikel 2 Absatz 1 der Richtlinie. Danach gilt die Richtlinie (EU) 2018/958 für die unter die Richtlinie 2005/36/EG fallenden Rechts- und Verwaltungsvorschriften, die die ***Aufnahme oder Ausübung eines reglementierten Berufs oder einer bestimmten Art seiner Ausübung beschränken. Dazu gehören die Vorschriften einer Satzung über die Voraussetzungen für die Bestellung sowie über die Befugnisse und Verpflichtungen der öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen bei der Ausübung ihrer Tätigkeit****, die die Körperschaften des öffentlichen Rechts, die für die öffentliche Bestellung und Vereidigung von Sachverständigen zuständig sind, durch Satzung nach § 36 Absatz 4 GewO erlassen können.“*

Die Begründung kann in diesem Zusammenhang so verstanden werden, dass aus Sicht des Gesetzgebers die zu erlassenden Satzungen im Schrankengefüge des Artikels 12 Grundgesetz sowohl Berufsausübungs- als auch Berufswahlregelungen enthalten. Bekanntermaßen sind die Rechtfertigungshürden für Berufswahlregelungen ungleich höher, wobei es sich vorliegend schon nicht um Regelungen handelt, welche den Zugang zu einem bestimmten Beruf reglementieren.

Die Tätigkeit als öffentlich bestellter und vereidigter Sachverständiger wird nicht als eigenes Berufsbild eingeordnet. Der Beruf des Sachverständigen steht jedermann offen. Die Rechtsnatur der öffentlichen Bestellung führt dazu, dass eine zuvor schon ausgeübte gewerbliche oder berufliche Tätigkeit öffentlich-rechtlich besonders herausgestellt wird, indem der einzelne Sachverständige hinsichtlich seiner Eignung und Sachkunde überprüft und sodann einem besonderen Pflichtenkatalog mit behördlicher Überwachung unterworfen wird. Es handelt sich nicht um eine Berufszulassung oder um eine Einschränkung der Berufswahl, sondern um die öffentlich-rechtliche Zuerkennung einer besonderen beruflichen Qualifikation, die den betreffenden Sachverständigen aus dem Kreis der übrigen Sachverständigen heraushebt und seinen Gutachten einen hohen Grad von Glaubwürdigkeit verleiht (vgl. hierzu auch BVerwG NVwZ 1991, 268, GewO § 36a Rn. 5, BeckOK GewO/Rickert, 47. Ed. 1.7.2018). Die öffentliche Bestellung ist daher als Maßnahme zur Qualitätssicherung von Sachverständigenleistungen anzusehen, wie sie auch in Art. 26 Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt von den Mitgliedstaaten erwartet wird. Das Bundesverfassungsgericht sieht in der öffentlichen Bestellung von Sachverständigen keine subjektive Berufszulassungsschranke, sondern ordnet sie lediglich als eine Regelung der Berufsausübung ein. Ausdrücklich spricht das Gericht davon, dass öffentlich vereidigte Sachverständige keinen eigenständigen Beruf ausüben. Mit der öffentlichen Bestellung und Vereidigung eines Sachverständigen ändere sich das Bild seiner beruflichen Tätigkeit nicht (vgl. BVerfGE 86, 28 [38] NJW 1992, 2621). Der Zugang zur Betätigung als Sachverständiger ist dem freien Sachverständigen auch auf

den Gebieten, für die Sachverständige öffentlich bestellt werden, nicht verwehrt. Auch den Gerichten, die zum Zwecke der Beweisaufnahme bevorzugt auf öffentliche Sachverständige zurückgreifen sollen (§ 404 Abs. 2 ZPO, § 73 Abs. 2 StPO, § 98 VwGO), ist es durch diese Vorschriften nicht verwehrt, freie Sachverständige mit der Erstattung von Gutachten zu beauftragen.

Mit dem Gesetzentwurf ist ausweislich der Begründung eine Umsetzung der zugrundeliegenden Richtlinie beabsichtigt. Keine Absicht besteht hingegen, im Widerspruch zu den bisherigen Leitlinien in der höchstrichterlichen Rechtsprechung Berufsausübungsregelungen in Berufswahlregelungen umzudefinieren. Vor diesem Hintergrund regen wir dringend an, dies in der Begründung zu Artikel 6 klarzustellen.

Eine entsprechende Begründung wäre abweichend vom bisherigen Referentenentwurf allenfalls wie folgt zu fassen:

„Die Anwendbarkeit der Richtlinie (EU) 2018/958 auf Berufszugangs- und -ausübungsregeln für öffentlich bestellte und vereidigte Sachverständige ergibt sich aus Artikel 2 Absatz 1 der Richtlinie. Danach gilt die Richtlinie (EU) 2018/958 für die unter die Richtlinie 2005/36/EG fallenden Rechts- und Verwaltungsvorschriften, die die Aufnahme oder Ausübung eines reglementierten Berufs oder einer bestimmten Art seiner Ausübung beschränken. ***Zu derartigen Regelungen über eine bestimmte Art der Ausübung eines reglementierten Berufes*** *gehören die Vorschriften einer Satzung über die Voraussetzungen für die Bestellung sowie über die Befugnisse und Verpflichtungen der öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen bei der Ausübung ihrer Tätigkeit, die die Körperschaften des öffentlichen Rechts, die für die öffentliche Bestellung und Vereidigung von Sachverständigen zuständig sind, durch Satzung nach § 36 Absatz 4 GewO erlassen können.“*

Bundesingenieurkammer
Berlin, November 2019