



BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

Stellungnahme Nr. 26/2017

Mai 2017

Registernummer: 25412265365-88

zum Vorschlag für eine Richtlinie des europäischen Parlaments und des Rates über eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vor Erlass neuer Berufsreglementierungen (COM(2016) 822 final)

Mitglieder des Ausschusses Europa

Rechtsanwalt und Notar Kay-Thomas Pohl, Vorsitzender (Berichterstatter)

Rechtsanwalt Dr. Martin Abend, LL.M.

Rechtsanwalt Dr. Hans-Joachim Fritz

Rechtsanwältin Dr. Margarete Gräfin von Galen

Rechtsanwalt Andreas Max Haak

Rechtsanwalt Dr. Frank J. Hospach

Rechtsanwalt Guido Imfeld

Rechtsanwalt Dr. Georg Jaeger

Rechtsanwalt Dr. Stefan Kirsch

Rechtsanwalt Dr. Christian Lemke

Rechtsanwalt Andreas von Máriássy

Rechtsanwalt Dr. Jürgen Martens

Rechtsanwältin Dr. Kerstin Niethammer-Jürgens

Rechtsanwalt Dr. Hans-Michael Pott

Rechtsanwalt Jan K. Schäfer

Rechtsanwalt Dr. Thomas Westphal

Rechtsanwältin Dr. Heike Lörcher, Bundesrechtsanwaltskammer

Rechtsanwältin Hanna Petersen, Bundesrechtsanwaltskammer

Rechtsanwältin Doreen Göcke, Bundesrechtsanwaltskammer

Rechtsanwältin Katrin Grünewald, Bundesrechtsanwaltskammer

Bundesrechtsanwaltskammer

The German Federal Bar
Barreau Fédéral Allemand
www.brak.de

Büro Berlin – Hans Litten Haus

Littenstraße 9 Tel. +49.30.28 49 39 - 0
10179 Berlin Fax +49.30.28 49 39 -11
Deutschland Mail zentrale@brak.de

Büro Brüssel

Avenue des Nerviens 85/9 Tel. +32.2.743 86 46
1040 Brüssel Fax +32.2.743 86 56
Belgien Mail brak.bxl@brak.eu

Verteiler: Europa

Europäische Kommission
Europäisches Parlament
Rat der Europäischen Union
Ständige Vertretungen der Bundesrepublik Deutschland bei der EU
Justizreferenten der Landesvertretungen
Rat der Europäischen Anwaltschaften (CCBE)
Europäische Bürgerbeauftragte

Deutschland

Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages
Unterausschuss Europarecht des Deutschen Bundestages
Innenausschuss des Deutschen Bundestages
Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
Deutscher Richterbund
Deutscher Notarverein
Bundesnotarkammer
Deutscher Anwaltverein
Bundessteuerberaterkammer
Patentanwaltskammer
Deutscher Industrie- und Handelskammertag
Bundesverband der Deutschen Industrie
Bundesingenieurkammer

Die Bundesrechtsanwaltskammer ist die Dachorganisation der anwaltlichen Selbstverwaltung in Deutschland. Sie vertritt die Interessen der 28 Rechtsanwaltskammern und damit der gesamten Anwaltschaft der Bundesrepublik Deutschland mit etwa 164.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten gegenüber Behörden, Gerichten und Organisationen – auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Die Europäische Kommission hat am 10.01.2017 als Teil des sogenannten Dienstleistungspakets einen Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vor Erlass neuer Berufsreglementierungen unterbreitet. Die Bundesrechtsanwaltskammer nimmt zu diesem Entwurf wie folgt Stellung:

Die Bundesrechtsanwaltskammer hat bereits in ihrer Stellungnahme Nr. 30/2016 vom September 2016 die Bemühungen der Kommission um Schaffung europaweit einheitlicher Mindestkriterien für die Verhältnismäßigkeitsprüfung begrüßt, weil dadurch eine Vergleichbarkeit dieser Prüfung in den einzelnen Mitgliedsstaaten ermöglicht und mehr Rechtssicherheit geschaffen wird.

Die Bundesrechtsanwaltskammer teilt weiterhin die Auffassung, dass durch Verbesserung des Informationsstandes über die vom Europäischen Gerichtshof geschaffenen europaweit einheitlich zu beachtenden Kriterien für die Verhältnismäßigkeitsprüfung und die dadurch hergestellte Vergleichbarkeit dieser Prüfung in den einzelnen Mitgliedsstaaten das Funktionieren des Binnenmarktes für Dienstleistungen verbessert werden kann. Überdies kann dadurch die Zahl der Vertragsverletzungsverfahren reduziert und der Gerichtshof entlastet werden. Die Bundesrechtsanwaltskammer weist aber darauf hin, dass die Erbringung von Dienstleistungen in aller Regel mit der Notwendigkeit der Kommunikation zwischen Dienstleistungserbringer und Dienstleistungsempfänger in weit größerem Maße einhergeht, als der freie Warenverkehr. Deshalb stößt die Erbringung grenzüberschreitender Dienstleistungen auch dann, wenn durch Gesetz oder Verwaltungsvorschriften Mindestsprachkenntnisse nicht vorgeschrieben sind, jenseits jeglicher Regulierung dann auf Grenzen, wenn aus sprachlichen Gründen die Verständigung zwischen Dienstleistungserbringer und Dienstleistungsempfänger erschwert ist. Dies gilt umso mehr bei Berufen,

„deren Ausübung eine genaue Kenntnis des einzelstaatlichen Rechts erfordert und bei denen Beratung und/oder Beistand in Bezug auf das einzelstaatliche Recht ein wesentlicher und beständiger Teil der Berufsausübung ist“, vgl. Artikel 14 (3) der Richtlinie 2005/36/EG. Selbst in Abwesenheit jeglicher Regulierung würden auf Sprachunterschieden beruhende Verständigungsprobleme sowie die erforderliche, aber fehlende Kenntnis der Rechtsordnung eines jeden einzelnen Mitgliedsstaates die Erbringung grenzüberschreitender Dienstleistungen für eine Vielzahl von Berufen rein tatsächlich erschweren.

Bei der Beurteilung des Funktionierens des Binnenmarktes und der Möglichkeit, Freizügigkeitsrechte auszuüben, insbesondere im Vergleich zum freien Warenverkehr, sollte stets berücksichtigt werden, dass die Herstellung des freien Dienstleistungsverkehrs weniger durch regulatorische, sondern vielmehr bereits durch rein tatsächliche Umstände beeinflusst wird, welche auch durch vollständige Berücksichtigung der Notwendigkeiten der Gewährleistung der Freizügigkeit nicht aus der Welt geschaffen werden können. Dass der grenzüberschreitende Warenverkehr besser als die grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung funktioniert, taugt deshalb nur begrenzt als Indiz für die Beschränkung grenzüberschreitender Dienstleistungen durch die in den Mitgliedsstaaten geltenden Vorschriften.

Zu Recht geht die Kommission in ihrem Vorschlag davon aus, dass es die Aufgabe des Unionsrechtes ist, die Freizügigkeit der Arbeitnehmer, die Niederlassungsfreiheit und die Dienstleistungsfreiheit und in diesem Rahmen auch die Berufsfreiheit und die unternehmerische Freiheit zu gewährleisten. Das primäre Unionsrecht gewährleistet innerhalb der Union die Freizügigkeit der Arbeitnehmer, Artikel 45 Abs. 1 AEUV, und verbietet nach Maßgabe der weiteren Bestimmungen des Vertrages Beschränkungen der freien Niederlassung, Artikel 49, Abs. 1 Satz 1 AEUV, ebenso wie Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Union für Angehörige der Mitgliedsstaaten, die in einem anderen Mitgliedsstaat als demjenigen des Leistungsempfängers ansässig sind, Artikel 56, Abs. 1 AEUV.

Nach Maßgabe der Artikel 49 (2) AEUV sowie 57 (3) AEUV wird das Verbot dadurch umgesetzt, dass die Mitgliedsstaaten es den Angehörigen anderer Mitgliedsstaaten ermöglichen, ihre Tätigkeit zu den Bedingungen auszuüben, die der jeweilige Mitgliedsstaat für seinen eigenen Angehörigen vorsieht – mit der Maßgabe, dass die Mitgliedsstaaten bei der Ausübung ihrer Gesetzgebungszuständigkeit ihrerseits das Verbot von Beschränkungen der Freizügigkeit zu beachten haben.

Zu Recht geht die Kommission deshalb auch davon aus, dass die Zuständigkeit für die Regelung der Anforderungen an den Zugang zu einem reglementierten Beruf oder die Ausübung eines solchen Berufs in die Zuständigkeit der Mitgliedsstaaten und nicht in den Zuständigkeitsbereich der Union fällt. Jeder Mitgliedsstaat legt das Niveau des Schutzes der Dienstleistungsempfänger, Dritter und der von ihm verfolgten Gemeinwohlbelange in eigener Zuständigkeit fest.

Die Zuständigkeit der Union bei der Beurteilung mitgliedstaatlicher Vorschriften über den Zugang zu einem reglementierten Beruf oder dessen Ausübung ist demgemäß **auf Regelungen beschränkt, welche die Ausübung der Freizügigkeitsrechte zu beeinträchtigen geeignet sind.**

Sind die Bedingungen für den Zugang zu einem reglementierten Beruf im Unionsrecht nicht harmonisiert, legt der jeweilige Mitgliedstaat fest, welche Kenntnisse und Fähigkeiten zur Ausübung der einzelnen reglementierten Berufe auf seinem Territorium erforderlich sind (EuGH-Urteil v. 17.12.2015, Rs. C-342/14 X-Steuerberatungsgesellschaft (44), ständige Rechtsprechung). Bei der Entscheidung, ob Dienstleistungserbringer aus anderen Mitgliedstaaten diesen Anforderungen genügen, hat der Mitgliedstaat, in dem die Dienstleistung erbracht werden soll, die Qualifikation, die der Dienstleister in anderen Mitgliedstaaten erworben hat, anzuerkennen und angemessen zu berücksichtigen. Soweit die Anforderungen eines Mitgliedstaates eine Tätigkeit den Angehörigen eines bestimmten Berufes

vorbehalten, gilt nicht nur im Rahmen der Niederlassung, sondern auch für vorübergehende grenzüberschreitende Dienstleistungen Entsprechendes, Artikel 17 Nr. 5 und 6 Richtlinie 2006/123/EG.

Das Unionsrecht verpflichtet die Mitgliedsstaaten allerdings im Hinblick auf das Funktionieren des Binnenmarktes durch Gewährleistung der Freizügigkeitsrechte der betroffenen Unionsbürgerinnen und -bürger, vor dem Erlass neuer Berufsreglementierungen zu prüfen, ob die beabsichtigten Vorschriften geeignet sind, die Ausübung der Grundfreiheiten zu behindern, zu erschweren oder weniger attraktiv erscheinen zu lassen. Ist das der Fall, haben die Mitgliedsstaaten abzuwägen, ob der von ihnen mit der beabsichtigten Regelung verfolgte Gemeinwohlbelang die mit der beabsichtigten Regelung einhergehende Behinderung, Beschränkung oder sonstige Beeinträchtigung der Freizügigkeit im Binnenmarkt tatsächlich erfordert, ob die gewählte Regulierung geeignet ist, den verfolgten Gemeinwohlbelang zu fördern und nicht über das Erforderliche hinausgeht. Diese Prüfung obliegt den Mitgliedstaaten schon jetzt und völlig unabhängig davon, ob die vorgeschlagene Richtlinie erlassen wird.

Die Verträge sehen im Hinblick auf das Ergebnis dieser Abwägung eine ex-post Kontrolle durch den Gerichtshof der Europäischen Union vor. Die ex-ante Beurteilung fällt in die ausschließliche Kompetenz der Mitgliedstaaten. Zu einer Befassung des Gerichtshofs kann es sowohl im Falle einer Vertragsverletzungsklage der Kommission als auch durch ein Vorabentscheidungsersuchen kommen. Der Gerichtshof hat hinreichend klare und allseits akzeptierte Kriterien für die Abwägung der von den Mitgliedstaaten verfolgten Regelungsziele und der Erfordernisse der Freizügigkeit für Individuen und Gesellschaften entwickelt. Jede Entscheidung des Gerichtshofs auf diesem Gebiet berührt zugleich die Abgrenzung der Kompetenzen der Mitgliedstaaten und der Union. Dabei berücksichtigt der Gerichtshof, dass die Berufszugangs- und Berufsausübungsregeln der Mitgliedstaaten vor dem Hintergrund des Rechtssystems und des Staatsaufbaus des jeweiligen Mitgliedstaates Bestandteil sehr unterschiedlicher Maßnahmenkombinationen sind.

Ein Versuch, die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union zu kodifizieren birgt stets die Gefahr, hinter den sorgfältigen Abwägungen des Gerichtshofs zurückzubleiben oder über diese hinauszugehen. Damit geht die Gefahr einher, die sorgfältige Abgrenzung der Kompetenzen der Mitgliedstaaten und der Union zu tangieren.

Die Bundesrechtsanwaltskammer hält deshalb weiterhin die Veröffentlichung unverbindlicher Leitlinien durch eine **Mitteilung der Kommission** mit erklärendem Charakter für ein geeigneteres Mittel als den jetzt vorgestellten Richtlinienentwurf, wenn es darum geht, es den Mitgliedstaaten zu erleichtern, die Abwägung der von ihnen verfolgten Regelungsziele mit den Erfordernissen der Freizügigkeit unter Beachtung der Rechtsprechung des Gerichtshofs vorzunehmen. Dass eine Richtlinie nicht das geeignete Instrument für die Verbesserung der Verhältnismäßigkeitsprüfung durch die Gesetzgeber und Behörden der Mitgliedsstaaten ist, zeigt sich insbesondere darin, dass es nicht möglich ist, gemäß Artikel 11 Abs. 1 des Entwurfes das eigentliche Kernstück der beabsichtigten Richtlinie, nämlich die Verhältnismäßigkeitsprüfung „umzusetzen“. Eine Verhältnismäßigkeitsprüfung haben nach dem Primärrecht die Mitgliedsstaaten ohnehin ständig vorzunehmen. Daran ändert der Erlass der Richtlinie nichts. Eine „Umsetzung“ dieser Verpflichtung erfolgt dadurch, dass vor jedem Gesetzgebungsakt und vor jedem Erlass von Verwaltungsvorschriften geprüft wird, ob negative Auswirkungen auf die Freizügigkeit zu besorgen sind. Hier steht also nicht ein einmaliger Umsetzungsakt gemäß Artikel 11 Abs.1 des Entwurfes in Rede, sondern eine Verpflichtung, der die Mitgliedsstaaten schon jetzt bei jedem einschlägigen Rechtssetzungsakt und auch nach Ablauf der Umsetzungsfrist weiterhin nachzukommen haben.

Sollten sich das Europäische Parlament und der Rat gleichwohl entschließen, auf der Basis des Vorschlags vom 10.01.2017 eine Richtlinie über eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vor Erlass neuer Berufsreglementierungen zu erlassen, bedürfte der vorliegende Richtlinienentwurf mehrerer

Änderungen und Klarstellungen, zu denen die Bundesrechtsanwaltskammer in der Folge Formulierungsvorschläge unterbreitet.

Dies vorausgeschickt meint die Bundesrechtsanwaltskammer, dass der Entwurf jedenfalls in folgenden Punkten verbesserungsbedürftig ist:

1. **Erwägungsgrund (9)**

In Satz 1 des Erwägungsgrundes (9) heißt es *„Die Beweislast für die Rechtfertigung und Verhältnismäßigkeit liegt bei den Mitgliedsstaaten“*. Das ist so nicht richtig. Die Richtlinie betrifft die Verhältnismäßigkeitsprüfung vor Erlass neuer Berufsreglementierungen. Die Mitgliedsstaaten sind verpflichtet, die Rechtfertigung der beabsichtigten Regelungen durch die von ihnen verfolgten Gemeinwohlbelange einerseits und die Verhältnismäßigkeit der beabsichtigten Regelungen im Hinblick auf mögliche Behinderungen der Freizügigkeit andererseits zu prüfen. Dies geschieht im Wege einer Folgenabschätzung, mit anderen Worten, im Wege einer Prognose. Eine Prognose ist einer Beweisführung nicht zugänglich. Sie kann durch eine Beweisführung weder verifiziert noch falsifiziert werden. Überdies erhebt der Gerichtshof in Vorabentscheidungssachen auch gar nicht Beweis. Die Prognose kann sowohl vom Mitgliedsstaat als auch vom Europäischen Gerichtshof lediglich auf ihre Plausibilität und Nachvollziehbarkeit hin untersucht werden. Der erste Satz des Erwägungsgrundes (9) sollte deshalb

ersatzlos gestrichen

und könnte allenfalls durch folgende Formulierung ersetzt werden:

Die Darlegungslast für die Rechtfertigung und Verhältnismäßigkeit liegt bei den Mitgliedsstaaten.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 19.10.2016 in der Rechtssache Deutsche Parkinson Vereinigung C-148/15. Zwar verwendet der Gerichtshof in Rand-Nr. 40 des Urteils die Formulierung, dem Gerichtshof lägen *„in der vorliegenden Rechtssache keine hinreichenden Nachweise... vor“*. Damit ist jedoch nicht eine Beweisführung im Sinne einer Beweislast angesprochen. Die Formulierung, die der Gerichtshof in der genannten Entscheidung gewählt hat, ist vielmehr im Zusammenhang mit der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs zu sehen. Während im Vorabentscheidungsverfahren der Gerichtshof lediglich Hinweise zur Auslegung des Rechtes der Europäischen Union gibt, obliegt die Entscheidung der anhängigen Rechtsstreitigkeit im Einzelfall den nationalen Gerichten. Häufig beschränkt sich der Gerichtshof darauf, die Auslegung des Unionsrechts vorzugeben und dem nationalen Gericht, welches die Rechtssache vorgelegt hat, aufzugeben, anhand der Vorgaben des Gerichtshofs selbst zu prüfen, ob eine Rechtfertigung durch Gemeinwohlbelange in verhältnismäßiger Art und Weise gegeben ist. So hat sich der Gerichtshof auch in Rechtssache C-148/15 auf die Tatsachenfeststellungen des nationalen Gerichts (Rand-Nrn. 15-17) bezogen. Auch aus dem gesamten Zusammenhang der Ausführungen des Gerichtshofs und aus seiner sonstigen Rechtsprechung ergibt sich, dass der in der Rechtssache C-148/15 benutzte Begriff des Nachweises keinesfalls eine Beweislast des Mitgliedsstaates begründet. So hat der Gerichtshof in den Rechtssachen C-171/07 und C-172/07 sowie C-531/06 denselben Sachverhalt mit den Worten beschrieben (C-171/07 und C-172/07 (Rand-Nr. 39) ein *„Mitgliedsstaat könne im Rahmen seines Wertungsspielraums der Ansicht sein ...“*.

Diese Formulierung bringt besser als die Formulierung *„keine hinreichenden Nachweise“* zum Ausdruck, dass der Mitgliedsstaat nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs bei der Beurteilung der Eignung und der Notwendigkeit der von ihm beschlossenen Maßnahmen unter dem Aspekt der Abwägung zwischen den vom Mitgliedsstaat verfolgten Gemeinwohlbelangen und der Freizügigkeit

innerhalb der Union über einen eigenen Beurteilungsspielraum verfügt, mit anderen Worten, nicht zu einer Beweisführung verpflichtet ist, sondern lediglich zu einer für den Gerichtshof nachvollziehbaren Begründung.

Auch die übrigen Organe der Union sind nicht zuständig, weitergehend in die Gesetzgebungszuständigkeit der Mitgliedsstaaten einzugreifen, als dies der Gerichtshof selbst im Vertragsverletzungsverfahren oder auf Vorlage mitgliedstaatlicher Gerichte zu tun befugt ist.

2. Artikel 1

In Artikel 1 des Richtlinienentwurfes sollte klargestellt werden, worauf sich die Verhältnismäßigkeitsprüfung bezieht. Rechts- und Verwaltungsvorschriften, auch solche, die den Zugang zur reglementierten Berufen oder deren Ausübung beschränken oder bestehende Vorschriften ändern, sind nicht an und für sich verhältnismäßig oder unverhältnismäßig. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung stellt stets eine Abwägung zwischen verschiedenen Rechtsgütern dar. Im Hinblick auf die unterschiedlichen Kompetenzen der Union und der Mitgliedstaaten kann es nur darum gehen, den von dem Mitgliedsstaat verfolgten Gemeinwohlbelang einerseits und die Vorschriften des Unionsrechts über die Freizügigkeit andererseits gegeneinander abzuwägen.

Soweit die Kommission in der Begründung des Richtlinienentwurfes darauf verweist, dass in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union *„das Recht auf Arbeit im Sinne der Freiheit der Berufswahl oder der unternehmerischen Freiheit“* verankert sei, ist darauf hinzuweisen, dass die Charta gemäß Artikel 51 Abs. 1 S.1 der Charta *„ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union“* gilt. Die Geltung der genannten Rechte setzt deshalb ihrerseits voraus, dass der Geltungsbereich des Unionsrechts durch eine potentielle Beeinträchtigung der Freizügigkeit eröffnet ist. Die vom jeweiligen Mitgliedsstaat verfolgten zwingenden Gründe des Allgemeininteresses sind deshalb im Rahmen der unionsrechtlich gebotenen Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht unmittelbar gegen die Freiheit der Berufswahl oder Berufsausübung abzuwägen, sondern nur dann, wenn die Freizügigkeit tangiert ist.

Dementsprechend sollte in Artikel 1 der Richtlinie klargestellt werden, dass sich die Richtlinie auf möglicherweise mit der Einführung neuer Rechts- und Verwaltungsvorschriften einhergehende Beeinträchtigungen der Freizügigkeitsrechte und eine Abwägung der vom Mitgliedsstaat verfolgten Gemeinwohlbelange gegenüber dem Verbot der Beschränkung der Freizügigkeit durch das Unionsrecht bezieht. Die Bundesrechtsanwaltskammer schlägt deshalb folgende Formulierung vor:

„...sofern zu besorgen ist, dass diese Rechtsvorschriften die Arbeitnehmerfreizügigkeit, die Niederlassungsfreiheit oder die Dienstleistungsfreiheit beschränken oder die Ausübung dieser Rechte behindern oder weniger attraktiv erscheinen lassen werden.“

3. Artikel 2

Wie die Kommission in ihrer Begründung zutreffend ausführt, sind die durch den Richtlinienentwurf betroffenen Rechts- und Verwaltungsvorschriften nicht nur anderweit in der Richtlinie 2005/36/EG, sondern auch in der Richtlinie 2006/123/EG bereits unionsrechtlich geregelt. Dementsprechend sollte in Artikel 2 der Richtlinie klargestellt werden, dass die Vorschriften der Richtlinie 2006/123/EG, insbesondere die den freien Dienstleistungsverkehr betreffenden Ausschlüsse vom Anwendungsbereich des Artikel 16 in Artikel 17 der Richtlinie 2006/12/3EG unberührt bleiben. Die Bundesrechtsanwaltskammer schlägt deshalb vor, den Artikel 2 durch einen Absatz 3 wie folgt zu ergänzen:

(3) Die in Artikel 17 der Richtlinie 2006/123EG vorbehaltenen Ausnahmen von der Dienstleistungsfreiheit bleiben unberührt.

Dieser Klarstellung bedarf es unbeschadet des Umstandes, dass die Mitgliedsstaaten auch bei der Ausübung dieser Vorbehalte den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten haben.

4. Artikel 3

sollte um eine Definition der Verhältnismäßigkeitsprüfung ergänzt werden dergestalt, dass klargestellt wird, dass sich die durch die Richtlinie vorgesehene Verhältnismäßigkeitsprüfung sub specie der durch die Verträge gewährleisteten Freizügigkeitsrechte vorzunehmen ist in Abwägung möglicher Beeinträchtigungen der Ausübung der Freizügigkeitsrechte gegenüber den vom Mitgliedsstaat verfolgten Gemeinwohlbelangen. Die Bundesrechtsanwaltskammer schlägt demgemäß folgende Formulierung vor:

(c) „verhältnismäßig“ ist eine Beeinträchtigung der Grundfreiheiten durch Rechts- oder Verwaltungsvorschriften eines Mitgliedstaates im Sinne dieser Richtlinie dann, wenn sie in nichtdiskriminierender Weise angewendet wird, durch Ziele des öffentlichen Interesses gerechtfertigt und geeignet ist, die Verwirklichung des mit ihr verfolgten Zieles zu gewährleisten und nicht über das hinausgeht, was zur Erreichung dieses Zieles erforderlich ist. Der bloße Umstand, dass ein Mitgliedstaat weniger strikte Regeln als ein anderer Mitgliedstaat erlässt, bedeutet nicht, dass die Regeln des letztgenannten Mitgliedstaates unverhältnismäßig sind.

5. Artikel 4 Abs. 5

Der Entwurf sieht in Artikel 4 Abs. 5 die „Mitwirkung unabhängiger Kontrollstellen“ bei der Rechtssetzungstätigkeit der Mitgliedsstaaten vor. Während sich aus dem primären Unionsrecht die materielle Verpflichtung zur Durchführung der Verhältnismäßigkeitsprüfung im Rechtssetzungsverfahren der Mitgliedsstaaten ergibt, hätte eine solche, das innerstaatliche Verfahren regulierende Vorschrift im Unionsrecht keine Grundlage. Sie würde die ausschließliche Zuständigkeit der Mitgliedsstaaten für ihre innerstaatlichen Verfahrensregeln verletzen. Die Bundesrechtsanwaltskammer schlägt deshalb vor,

den letzten Halbsatz des Artikel 4 Abs. 5 zu streichen.

6. Artikel 6

Auch in Artikel 6 Abs. 1 sollte klargestellt werden, worauf sich die Verhältnismäßigkeitsprüfung bezieht, nämlich auf die Prüfung, ob durch die vom Mitgliedsstaat beabsichtigte Einführung neuer Rechts- und Verwaltungsvorschriften die Ausübung von Freizügigkeitsrechten beeinträchtigt wird und dass diese Beeinträchtigung **nicht** über das zur Erreichung des vom Mitgliedsstaat verfolgten Zieles erforderliche Maß hinausgeht. Die Bundesrechtsanwaltskammer schlägt deshalb folgende Ergänzung des Artikels 6 Abs. 1 vor:

„...prüfen die Mitgliedsstaaten, ob diese Vorschriften notwendig und für die Verwirklichung des angestrebten Ziels geeignet sind und ob diese Vorschriften **die Ausübung der vom Vertrag garantierten Grundfreiheiten erschweren oder weniger attraktiv machen können und ob diese Wirkung nicht über das zur Erreichung des angestrebten Ziels erforderliche Maß hinausgeht.**“

Demgemäß sollte Artikel 6 Abs. 2 lit (i) ersatzlos entfallen. Auswirkungen auf den freien Personen- und Dienstleistungsverkehr innerhalb der Union sind Voraussetzung dafür, dass der Mitgliedsstaat überhaupt gegenüber der Union zu einer Verhältnismäßigkeitsprüfung verpflichtet ist. Demgemäß gilt diese Voraussetzung für sämtliche in Artikel 6 Abs. 2 aufgelisteten Erwägungen. Die wirtschaftlichen

Auswirkungen einer Maßnahme und die Intensität des Wettbewerbs auf dem Markt stehen nicht in Beziehung zu möglichen Beeinträchtigungen des freien Personen- und Dienstleistungsverkehrs und sollten als Kriterium entfallen.

Artikel 6 Abs. 3 sollte ebenfalls ersatzlos entfallen. Er ist nicht vereinbar mit dem Konsens, den die Mitgliedsstaaten in der Richtlinie 2006/123/EG Artikel 17 Nr. 5 und 6 gefunden haben.
