



# **Kurzstellungnahme**

**der Clearingstelle Mittelstand 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)**

**für das Ministerium für Wirtschaft, Innovation, Digitalisierung und Energie des Landes Nordrhein-Westfalen**

Düsseldorf, 7. November 2019

**Ausgangslage:**

Die Richtlinie (EU) 2018/958 über eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vor Erlass neuer Berufsreglementierungen gehört zu einem Dienstleistungspaket von Januar 2017 und ist bis zum 30. Juli 2020 in nationales Recht umzusetzen. Sie stellt Regeln für die Verhältnismäßigkeitsprüfung auf, die vor der Einführung neuer oder der Änderung bestehender Berufsreglementierungen durchzuführen sind.

Der Gesetzesentwurf soll die Richtlinie (EU) 2018/958 umsetzen, soweit öffentlich-rechtliche Körperschaften (Kammern) oder sonstige juristische Personen des öffentlichen Rechts aufgrund von Bundesrecht über die Befugnis zur Rechtsetzung verfügen. Mit dem Gesetzesentwurf werden die Kammern, die als öffentlich-rechtliche Körperschaften aufgrund von Bundesrecht mit Satzungsbefugnissen ausgestattet sind, dazu verpflichtet, die Verhältnismäßigkeitsrichtlinie anzuwenden und die Verhältnismäßigkeitsprüfung bei Erlass oder Änderung von Satzungen mit berufsbezogenen Regelungen durchzuführen. Dazu sind Änderungen der Bundesrechtsanwaltsordnung, der Patentanwaltsordnung, des Steuerberatungsgesetzes, des IHK-Gesetzes, der Wirtschaftsprüferordnung, der Gewerbeordnung und der Handwerksordnung erforderlich.

Das Ministerium für Wirtschaft, Innovation, Digitalisierung und Energie des Landes Nordrhein-Westfalen hat am 29. Oktober 2019 die Clearingstelle Mittelstand beauftragt, eine beratende Stellungnahme gemäß § 6 Abs. 5 MFG zum Gesetzesentwurf zu erstellen.

Der Clearingstelle Mittelstand liegen folgende Stellungnahmen vor:

- IHK NRW
- Gemeinsame Stellungnahme von Handwerk.NRW und WHKT

Die Clearingstelle Mittelstand hat auf Grundlage der eingegangenen Stellungnahmen das Meinungsbild zusammengefasst.

**Allgemeine Positionen:**

Die nordrhein-westfälischen Handwerksorganisationen begrüßen die Umsetzung gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben zur Verhältnismäßigkeitsprüfung bei reglementierten Berufen im Bereich der öffentlich-rechtlichen Körperschaften mit Satzungsautonomie durch ein Artikelgesetz. Gleiches gelte für den Ansatz, die teilweise sehr umfassenden Vorgaben der Richtlinien 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen und 2018/958/EU über eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vor Erlass neuer Berufsreglementierungen nicht in das jeweilige Fachrecht zu integrieren, sondern über Verweisungen auf sie zu referenzieren. Denn das Richtlinienrecht lasse den Mitgliedstaaten keine Gestaltungsoptionen und enthalte inhaltlich sehr detaillierte Regelungen.

**Einzelne Positionen:****Änderung des IHK-Gesetzes**

IHK NRW äußert, dass sich die Zuständigkeit der IHKs für die öffentliche Bestellung und Vereidigung von Sachverständigen nicht unmittelbar nach dem IHK-Gesetz oder einer bundesgesetzlichen Regelung, sondern nach Landesrecht richtet. Zwar hätten nach aktuellem Stand alle Bundesländer den Industrie- und Handelskammern Zuständigkeiten zur Bestellung von Sachverständigen nach § 36 GewO übertragen, der Umfang der Bestellungskompetenz sei jedoch sehr unterschiedlich. Hinzu komme, dass neben den IHKs auch andere

Körperschaften und Behörden Zuständigkeiten in diesem Bereich besitzen, wie etwa in NRW die Ingenieur-, Architekten- und Landwirtschaftskammern, aber auch Bezirksregierungen und Bergämter. Es liege also in der Hand der Länder, darüber zu bestimmen, ob und welche Institutionen für die Verfahren nach § 36 GewO verantwortlich sind.

Laut IHK NRW macht es deshalb Sinn, die nach der Richtlinie zu erfolgende Regelung für alle Bestellungsbehörden einheitlich dort einzufügen, wo sich die Rechtsgrundlage für die öffentliche Bestellung und Vereidigung befindet, nämlich in § 36 GewO. Dies sei mit dem vorliegenden Referentenentwurf geschehen. Eine zusätzliche, über die Anforderungen der Richtlinie hinausgehende Bestimmung im IHKG sei gesetzssystematisch überflüssig und nicht erforderlich.

Insofern sei die Situation, so IHK NRW, auch nicht mit den übrigen, in dem Entwurf erfassten öffentlich-rechtlichen Körperschaften vergleichbar. Bei diesen berufsständigen Kammern gehe es darum, dass sie Zugangsvorschriften für ihren Berufsstand regeln. Daher sei die Ergänzung der berufsständigen Gesetze in diesen Fällen systematisch richtig, während es sich bei den Sachverständigenbestellungen nach § 36 GewO gerade nicht um berufsständische Zulassungsverfahren handele.

IHK NRW spricht sich zusammenfassend für folgende Änderung des Gesetzesentwurfs aus:

*„Die Vorgaben der Richtlinie (EU) 2018/958 sollten gesetzlich an der Stelle vorgenommen werden, an der die Rechtsgrundlage geregelt ist. Im Fall der öffentlichen Bestellung und Vereidigung von Sachverständigen nach § 36 GewO ist die ergänzende Regelung systematisch richtige in der Gewerbeordnung einzuordnen und nicht im IHK- Gesetz.“*

IHK NRW führt aus, dass die EU-Richtlinie nicht vorschreibt, dass der zuständige Normgeber einem Genehmigungsvorbehalt unterliegt. Der Referentenentwurf enthalte über die Vorgaben der Richtlinie hinaus in Art. 4 (Änderung des IHK-Gesetzes) die Bestimmung, dass die Vorschriften zu ihrer Wirksamkeit der Genehmigung durch die zuständige Aufsichtsbehörde bedürfen. Diese habe zu prüfen, ob die Vorgaben der Richtlinie eingehalten wurden. Dabei werde das Prüfverfahren unterschiedlich gestaltet. Während für die Bundesrechtsanwalts- und die Patentanwaltsordnung jeweils eine nachträgliche Prüfung vorgesehen ist, wird in Steuerberatungsgesetz, IHK-Gesetz, Wirtschaftsprüferordnung und Handwerksordnung ein vorgelagertes Genehmigungsverfahren als Wirksamkeitsvoraussetzung festgelegt.

Aus der Richtlinie sei nicht zu entnehmen, dass im Fall der Übertragung von Aufgaben auf eine mit Satzungscompetenz ausgestattete Körperschaft ein besonderes vorgeschaltetes Überwachungsmanagement erfolgen muss, um die Vorgaben der Richtlinie zu erfüllen. Die Richtlinie unterstelle vielmehr, dass alle betroffenen öffentlich-rechtlichen Stellen dieselben Erfüllungspflichten treffen. In Art. 4 Absatz 5 der Richtlinie werde bestimmt, dass die Mitgliedstaaten dafür sorgen, dass die Prüfung objektiv und unabhängig durchgeführt wird. Diese Vorgabe sei aber bereits dadurch ausreichend erfüllt, dass die Bestellungskompetenz auf Körperschaften des öffentlichen Rechts übertragen worden sind, die unabhängig und objektiv arbeiten und gemäß Art. 20 Absatz 3 GG an Gesetz und Recht gehalten sind.

IHK NRW äußert weiter, dass zudem in Art. 4 Absatz 6 der Richtlinie bestimmt wird, dass die Mitgliedstaaten nach dem Erlass von Rechts- und Verwaltungsvorschriften die Übereinstimmung mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit überwachen. Dies unterstreiche ebenfalls, dass die Richtlinie kein präventives Kontrollverfahren vorgibt, sondern ein nachgelagertes Überprüfungssystem verlange, bei dem auch Entwicklungen Berücksichtigung finden sollten.

IHK NRW sieht die präventive Aufsicht in Form einer Genehmigung als Wirksamkeitsvoraussetzung als bürokratisch und nicht erforderlich an. Es sei nicht nachvollziehbar, warum der Gesetzgeber für die Wirksamkeit der betroffenen Berufszulassungs- und Berufsausübungsregelungen ein Genehmigungsverfahren vorsieht. Dieses Verfahren verursache bei den betroffenen Kammern und den Aufsichtsbehörden einen nicht nur unerheblichen bürokratischen Aufwand und verzögere den Erlass der Regelung, da die betreffende Satzung mit umfangreicher Begründung der Aufsichtsbehörde zugeleitet werde und von dieser überprüft werden müsse. Es gebe keinen Grund zu der Annahme, dass die Kammern die in der Richtlinie vorgesehene Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht ordnungsgemäß in eigener Verantwortung erledigen könnten und würden. Auch nach bisheriger Regelung hätten die Kammern beim Erlass ihrer Satzungen stets nach Recht und Gesetz gehandelt und dabei bereits die Verhältnismäßigkeit in den Fokus ihrer Überlegungen einbezogen.

Was die Industrie- und Handelskammern betreffe, wäre ein derartiger Genehmigungsvorbehalt auch systemfremd. Abgesehen davon, dass nach Auffassung von IHK NRW die Regelung gar nicht in das IHK-Gesetz gehöre, würde das geplante Verfahren den bisherigen Aufsichtsgrundsätzen im IHKG widerlaufen. Der Gesetzgeber habe den Industrie- und Handelskammern bewusst einen breiten Spielraum und eine hohe Selbstverantwortung für den Erlass von Satzungen eingeräumt. Dies entspreche den Grundsätzen der wirtschaftlichen Selbstverwaltung, zumal die Industrie- und Handelskammern sich selbst finanzieren und keine staatlichen Mittel in Anspruch nehmen. Das IHK-Gesetz manifestiere diesen Grundgedanken dadurch, dass die Kammern lediglich einer Rechtsaufsicht unterliegen. Nur in wenigen Fällen sehe der Gesetzgeber in § 11 Absätze 2 bis 2b IHKG eine präventive Aufsicht in Form eines Genehmigungsvorbehalts vor. Dabei handele es sich aber ausschließlich um Regelungen, die den Kern der Arbeit und die Existenz der IHK betreffen. Regelungen, wie eine Sachverständigenordnung, die aufgrund einer übertragenen Aufgabe erlassen werden, seien bisher nicht in diesen engen Genehmigungsbereich gefallen.

IHK NRW regt daher an, von der Genehmigungspflicht für Satzungen im Sachverständigenwesen abzusehen. Sofern der Gesetzgeber trotz der Bedenken eine Prüfung durch die Aufsichtsbehörde für zwingend erforderlich hält, käme als milderer Mittel eine Vorlage der erlassenen Satzung im Nachgang an die Aufsichtsbehörde in Betracht.

IHK NRW spricht sich zusammenfassend für folgende Änderung des Referentenentwurfs aus:

*„Von einem Genehmigungsvorbehalt als Wirksamkeitsvoraussetzung für berufsregelnde Satzungen sollte abgesehen werden.“*

### **Änderung der Handwerksordnung**

Die nordrhein-westfälischen Handwerksorganisationen führen aus, dass über die grundsätzliche Frage der Berufsreglementierung im Handwerk der Bundesgesetzgeber entscheidet. Im Bereich der autonomen Regelungszuständigkeit der Handwerkskammern bestehe allein im Sachverständigenwesen ein Umsetzungsbedarf für europäische Vorgaben zur Prüfung der Verhältnismäßigkeit von Berufsreglementierungen. So habe der Bundesgesetzgeber bereits durch Schaffung der Regelung des § 36a GewO die Frage bejaht, ob es sich bei der öffentlichen Bestellung von Sachverständigen um eine Berufsreglementierung im Sinne des Artikels 3 Abs. 1 a) der Anerkennungsrichtlinie (RL 2005/36/EG) handelt. Damit sei auch der Anwendungsbereich der bis zum 30. Juli 2020 in nationales Recht umzusetzenden Verhältnismä-

ßigkeitsrichtlinie (EU) 2018/958 zu bejahen, die ebenfalls auf die vorgenannte Begriffsdefinition referenziere (vgl. Art. 3 RL (EU) 2018/958).

Im Hinblick auf die avisierten Änderungen der Handwerksordnung ist es daher folgerichtig, so die Handwerksorganisationen, in Artikel 7 Nr. 2 des Referentenentwurfs auf den „Erlass und die Änderung von Vorschriften und Satzungen nach § 106 Abs. 1 Nummer [...] 12“ abzustellen, wo der Erlass von Vorschriften über die öffentliche Bestellung und Vereidigung von Sachverständigen durch die Vollversammlung genannt wird.

Allerdings bestünden gegen die Anwendung der europäischen Bestimmungen zur Verhältnismäßigkeitsprüfung auf den Erlass von Vorschriften über die Berufsausbildung, berufliche Fortbildung und berufliche Umschulung (§ 106 Abs. 1 Nr. 10 HwO) sowie den Erlass der Gesellen- und Meisterprüfungsordnungen (§ 106 Abs. 1 Nr. 11 HwO) grundlegende Bedenken. Dies ginge deutlich über die mit dem Referentenentwurf verfolgte 1:1-Umsetzung der Richtlinienvorgaben hinaus, sei gemeinschaftsrechtlich nicht geboten und würde zu signifikanten Mehrbelastungen führen.

Gemäß der Legaldefinition des Artikels 3 Abs. 1 a) der Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikation werde der Begriff „reglementierter Beruf“ definiert als eine *berufliche Tätigkeit oder eine Gruppe beruflicher Tätigkeiten, bei der die Aufnahme oder Ausübung oder eine der Arten der Ausübung direkt oder indirekt durch Rechts- und Verwaltungsvorschriften an den Besitz bestimmter Berufsqualifikationen gebunden ist, eine Art Ausübung ist insbesondere die Führung einer Berufsbezeichnung, die durch Rechts- oder Verwaltungsvorschriften auf Personen beschränkt ist, die über eine bestimmte Berufsqualifikation verfügten.*

Die nordrhein-westfälischen Handwerksorganisationen äußern weiterhin, dass auf Grundlage autonomen Satzungsrechts getroffene Kammerregelungen daher nicht als reglementierter Beruf im Sinne der Anerkennungsrichtlinie zu werten sind. Denn nach § 1 Abs. 2 HwO sei ein Gewerbebetrieb allein dann ein Betrieb eines zulassungspflichtigen Handwerks, wenn er handwerksmäßig betrieben werde und ein Gewerbe vollständig umfasse, das in der Anlage A aufgeführt ist, oder Tätigkeiten ausgeübt würden, die für dieses Gewerbe wesentlich sind (wesentliche Tätigkeiten).

Entscheidend für eine Berufsreglementierung sei daher nicht die Tatsache des Bestehens von Aus- und Fortbildungsvorschriften und damit korrespondierenden Prüfungsordnungen, sondern die davon zu trennende Frage der Zuordnung eines Berufs zu den zulassungspflichtigen Handwerken. Zudem berechtige allein das erfolgreiche Absolvieren einer Fortbildung zum Meister oder der Nachweis einer gleichwertigen Berufsqualifikation im zulassungspflichtigen Handwerk zur Ausübung der Betriebsleiterfunktion, so dass der Ausbildungsbereich für Fragen des Berufszugangs generell irrelevant sei.

Dass die in § 106 Abs. 1 Nrn. 10 und 11 HwO genannten Bereiche keiner Verhältnismäßigkeitsprüfung im Bereich der reglementierten Berufe unterliegen, werde besonders augenscheinlich, wenn man sich vergegenwärtige, dass es Aus- und Fortbildungs- sowie Prüfungsordnungen nicht nur für zulassungspflichtige Handwerke gibt, sondern auch für zulassungsfreie Handwerke. Letztere unterfielen nicht dem Anwendungsbereich der Richtlinien 2005/36/EG und 2018/958/EU, da es sich nicht um reglementierte Berufe im Sinne der vorgenannten Legaldefinition des Artikels 3 Abs. 1 a) der Richtlinie 2005/36/EG handele.

Folgerichtig gibt es, so die nordrhein-westfälischen Handwerksorganisationen, für zulassungsfreie Handwerke auch keine Anerkennungsregelungen in der EU/EWR-Handwerk-Verordnung und keine Verpflichtung zur Verhältnismäßigkeitsprüfung auf Grundlage von Artikel 59 RL 2005/36/EG oder der nunmehr umzusetzenden RL 2018/958/EU, die bei der Begrifflichkeit des „reglementierten Berufs“ – wie bereits dargelegt – auf die Begriffsdefinition der Anerkennungsrichtlinie referenziert. Die Tatsache des Vorliegens von Aus- und Fortbildungs- sowie Prüfungsordnungen könne daher schlechterdings nicht maßgeblich für die Beurteilung des Vorliegens eines reglementierten Berufs sein.

Dies klingt auch in Erwägungsgrund 9 der Richtlinie (EU) 2018/958 an, wenn es heißt: *Diese Richtlinie berührt nicht die Befugnis der Mitgliedstaaten, die Organisation und den Inhalt ihrer Systeme der allgemeinen und beruflichen Bildung zu bestimmen, dies gilt insbesondere für die Möglichkeit der Mitgliedstaaten, Berufsorganisationen die Befugnis zur Organisation und Überwachung der Berufsausbildung zu übertragen. Vorschriften, die den Zugang zu reglementierten Berufen oder deren Ausübung nicht beschränken, einschließlich redaktioneller Änderungen oder technischer Anpassungen des Inhalts von Ausbildungsgängen oder der Aktualisierung von Ausbildungsvorschriften, sollten nicht in den Geltungsbereich dieser Richtlinie fallen.*

Die nordrhein-westfälischen Handwerksorganisationen sprechen sich vor dem geschilderten Hintergrund dafür aus, in der Neuregelung des § 106 Abs. 3 HwO allein auf den Erlass und die Änderung von Vorschriften und Satzungen nach § 106 Abs. 1 Nr. 12 HwO zu verweisen.