

21/ 17/106

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

Referent: Britta Kynast, Österreichischer Rechtsanwaltskammertag

Sehr geehrte Damen und Herren!

Der Österreichische Rechtsanwaltskammertag (ÖRAK) ist die gesetzlich eingerichtete Vertretung der Rechtsanwälte in Österreich und als solche zur Wahrung der Rechte und Angelegenheiten sowie zur Vertretung der österreichischen Rechtsanwälte auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene berufen. Als solcher obliegen ihm besonders die Erstattung von Gesetzesvorschlägen und Stellungnahmen zu Gesetzesentwürfen sowie die Anzeige von Mängeln der Rechtspflege und Verwaltung bei der zuständigen Stelle und die Erstattung von Vorschlägen zur Verbesserung von Rechtspflege und Verwaltung.

Der ÖRAK erlaubt sich, zu dem **Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vor Erlass neuer Berufsreglementierungen (COM (2016) 822 final)** wie folgt Stellung zu nehmen:

Ungeachtet der bereits – ohne den Richtlinienvorschlag – bestehenden Verpflichtung zu einer Verhältnismäßigkeitsprüfung ist der vorliegende Vorschlag aus verschiedenen Gründen in seiner jetzigen Form abzulehnen.

Zusammengefasst:

- Der Richtlinienvorschlag **verstößt gegen** die im europäischen Primärrecht festgeschriebenen **Grundsätze der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit**.
- Der Richtlinienvorschlag **verstößt gegen die Agenda zur besseren Rechtsetzung der Europäischen Kommission**.
- Es **fehlt die unionsrechtliche Kompetenzgrundlage** für die geplanten weitreichenden Regelungen des Richtlinienvorschlags.
- Die **vorgesehenen Beweisregelungen gehen weit über die bestehende Rechtsprechung des EuGH hinaus**, so wird zB der durch die Rechtsprechung klar anerkannte Wertungsspielraum der Mitgliedstaaten nicht anerkannt.



- Der Richtlinienvorschlag bedeutet einen **hohen Aufwand für die Mitgliedstaaten bei fraglicher Realisierung der Ziele desselben**, dies sowohl im Hinblick auf die **detaillierten Vorgaben zu nationalen Gesetzgebungsverfahren** ohne Rücksicht auf etablierte Verfahren, als auch im Hinblick auf den vorgesehenen **überschießenden Prüfungsumfang**, insbesondere im Hinblick auf die Prüfung kumulativer Effekte von Regelungen.

I. Grundsätzliche Vorbemerkungen

1. Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit des Vorschlags zweifelhaft

Im Hinblick auf die gemäß Artikel 5 Abs. 1 EUV vorgeschriebene Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit des Vorschlags bestehen erhebliche Zweifel. Es ist insbesondere hervorzuheben, dass nicht ersichtlich ist, weshalb eine Richtlinie zur Durchführung der ohnehin bereits vorgeschriebenen Verhältnismäßigkeitsprüfung einschließlich bekannter Prüfkriterien geschaffen werden soll (Vergleich hierzu auch die bereits bestehende Regelung in Artikel 59 Abs. 3 der sogenannten Dienstleistungsrichtlinie, RL 2005/36/EG, geändert durch RL 2013/55/EU) und worin der Mehrwert gegenüber den nationalen etablierten Verfahren besteht, der eine solche Richtlinie erforderlich macht.

Insofern es bei der Richtlinie in Wahrheit um eine Hilfestellung zur Prüfung der Verhältnismäßigkeit lediglich für einige Mitgliedstaaten gehen soll – in Österreich kann die verpflichtende Verhältnismäßigkeitsprüfung als Standard angesehen werden –, wäre zunächst eine individuelle Kontaktaufnahme und konkrete Hilfestellung für diese Mitgliedstaaten und sollte dies ohne Erfolg bleiben, eine Mitteilung der Europäischen Kommission das vorzugswürdige Instrument.

2. Vorschlag steht im Gegensatz zur Agenda zur besseren Rechtsetzung der Europäischen Kommission

a) Vorverlegung des Nachweises der Verhältnismäßigkeit von Regelungen

Im Grundsatz haben zwar bereits jetzt Mitgliedstaaten die Verhältnismäßigkeit einer Regelung im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens zu beweisen, jedoch wird durch die nun vorgeschlagene vollumfängliche ex-ante-Rechtfertigungspflicht ein nicht unerheblicher bürokratischer Aufwand entstehen.

b) Nicht notwendige Belastung der Mitgliedstaaten bei fraglicher Effektivität

Darüber hinaus ist fraglich, ob der mit Einführung der Richtlinie erhoffte Effekt einer (gründlichen) Anwendung einer – bereits nach aktueller Rechtslage vorgeschriebenen – Verhältnismäßigkeitsprüfung tatsächlich eintreten wird. Selbst bei Verabschiedung dieser zusätzlich vorgeschlagenen Richtlinie kommt es – wie bereits derzeit – weiter entscheidend darauf an, wie einzelne Mitgliedstaaten in der Praxis verfahren und berichten werden und inwiefern die Europäische Kommission in der Lage sein wird, dies zu evaluieren. Die Effektivität der geplanten Richtlinie ist insofern kritisch zu sehen.



Es stellt sich weiters das Problem einer nicht notwendigen und nicht zielführenden Belastung der Mitgliedstaaten, insbesondere derer, die sich derzeit bereits an die rechtlichen Vorgaben zur Verhältnismäßigkeitsprüfung halten.

II. Anmerkungen zur Kompetenz der EU und Inhalten des Richtlinienvorschlags

1. Mangelnde Kompetenz der EU

Der Richtlinienvorschlag beinhaltet genaue Vorgaben zur Verhältnismäßigkeitsprüfung für die nationalen Gesetzgeber, insbesondere auch zum Verfahren innerhalb der Mitgliedstaaten. Dabei stützt sich der Vorschlag auf die Artikel 46, Artikel 53 Absatz 1 und Artikel 62 AEUV, die allerdings für derlei detaillierte Vorgaben keinerlei Kompetenzgrundlage bieten.

Insbesondere ist hier Artikel 4 Absatz 5 des Richtlinienvorschlags zu nennen, der vorschreibt: „Die Mitgliedstaaten ergreifen die notwendigen Maßnahmen, um zu gewährleisten, dass die Prüfung der Verhältnismäßigkeit nach Absatz 1 objektiv und unabhängig durchgeführt wird, einschließlich durch die Mitwirkung unabhängiger Kontrollstellen“. Eine solche Regelung der Verfahren in den Mitgliedstaaten wird nicht von der Kompetenz der EU getragen.

Ebenso wenig besteht eine Zuständigkeit für die Vorgaben in den Artikeln 7 und 8 des Richtlinienvorschlags zur Information und Mitwirkung von Interessenträgern und zum europäischen Informationsaustausch. Dass solcherlei Verfahren bereits gelebte Praxis in den Mitgliedstaaten sind, ändert hieran nichts.

2. Überschießende Beweisregeln im Widerspruch zur Rechtsprechung des EuGH

Der Richtlinienvorschlag geht auch im Hinblick auf die durch die Mitgliedstaaten vorzulegenden Nachweise zu weit. So werden in Erwägungsgrund 9 „spezifische Nachweise“, in Artikel 4 Absatz 3 dann eine Substantiierung durch „qualitative und, soweit möglich, quantitative Nachweise“ gefordert.

Hier werden zwei grundsätzliche Prinzipien der Verhältnismäßigkeitsprüfung außer Acht gelassen:

a) Alleiniges Nichtvorliegen von Studien o.ä. bedeutet nicht die Unverhältnismäßigkeit einer Maßnahme

Nach der Rechtsprechung des EuGH kann allein aus der Tatsache, dass ein Mitgliedstaat zum Nachweis der Verhältnismäßigkeit einer Regelung keine Studien vorlegen kann, nicht geschlossen werden, dass diese unverhältnismäßig ist.¹

¹ Siehe Urteil des EuGH in der Rechtssache *Stoß gegen Wetteraukreis* vom 8. September 2010, C-316/07, Rn. 72): „(...) lässt sich aus dieser Rechtsprechung nicht ableiten, dass einem Mitgliedstaat nur deshalb die Möglichkeit genommen wäre, zu belegen, dass eine innerstaatliche restriktive Maßnahme diesen Anforderungen genügt, weil er keine Untersuchungen vorlegen kann, die dem Erlass der fraglichen Regelung zugrunde lagen.“

Des Weiteren hat der EuGH eindeutig klargestellt, dass keine Pflicht seitens der Mitgliedstaaten besteht, positiv belegen zu müssen, dass das angestrebte Ziel durch keine andere vorstellbare Maßnahme erreicht werden könne.²

Im Hinblick auf das zuvor Gesagte sind die entsprechenden vorgeschlagenen Regelungen in Erwägungsgrund 9 und Artikel 4 des Richtlinienvorschlags zu streichen.

b) Mitgliedstaaten steht ein Wertungsspielraum zu

Auch durch die Rechtsprechung des EuGH wird klar anerkannt, dass den Mitgliedstaaten bei der Rechtfertigung von Beschränkungen im Hinblick auf Ziele des Allgemeininteresses ein Wertungsspielraum zusteht. So führte der EuGH beispielsweise in seinem Urteil vom 19. Mai 2009 zur Rechtssache Apothekerkammer des Saarlandes gegen Saarland und Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales (Rn. 19) aus: „Bei der Prüfung, ob das genannte Gebot beachtet worden ist, ist zu berücksichtigen, dass unter den vom Vertrag geschützten Gütern und Interessen die Gesundheit und das Leben von Menschen den höchsten Rang einnehmen und dass es Sache der Mitgliedstaaten ist, zu bestimmen, auf welchem Niveau sie den Schutz der Gesundheit der Bevölkerung gewährleisten wollen und wie dieses Niveau erreicht werden soll. Da sich dieses Niveau von einem Mitgliedstaat zum anderen unterscheiden kann, ist den Mitgliedstaaten ein Wertungsspielraum zuzuerkennen.“ (Siehe hierzu ebenfalls: Urteil des EuGH vom 10. Februar 2009 in der Rechtssache Europäische Kommission gegen Italien (C-110/05), Rn. 61, 65).

Die Möglichkeit eines Wertungsspielraums der Mitgliedstaaten wird im derzeitigen Richtlinienvorschlag nicht widergespiegelt, dies ist unbedingt zu korrigieren.

Daneben ist ausdrücklich klarzustellen, dass alleine ein Vergleich mit weniger strengen Regelungen in anderen Mitgliedstaaten für die Bewertung der Verhältnismäßigkeit einer Maßnahme nicht aussagekräftig ist.

3. Hoher Aufwand und fragliche Realisierbarkeit

a) Nationales Gesetzgebungsverfahren

Insofern vorgesehen ist, dass eine Rechtfertigung einer Regulierung durch qualitative und soweit möglich auch quantitative Nachweise gestützt wird, Art. 4 Abs. 3 Richtlinienvorschlag, stellt sich auch die Frage nach der Realisierbarkeit und den möglichen Kosten solcher empirischer Erhebungen (zum Verstoß dieser vorgeschlagenen Regelung gegen Prinzipien der Verhältnismäßigkeitsprüfung siehe bereits zuvor unter 2.a.).

Dasselbe gilt für die „Mitwirkung unabhängiger Kontrollstellen“, Art. 4 Abs. 5 Richtlinienvorschlag. Es erscheint, als wolle die Europäische Kommission für die

² siehe Urteil in der Rechtssache Europäische Kommission gegen Italien vom 28.04.2009, C- 518/06, Rn. 84: „Zwar obliegt dem Mitgliedstaat, der sich zur Rechtfertigung einer Beschränkung im Sinne des Vertrags auf ein zwingendes Erfordernis beruft, der Nachweis, dass seine Regelung angemessen und zur Erreichung des angestrebten legitimen Ziels erforderlich ist. Diese Beweislast geht jedoch nicht so weit, dass er positiv belegen müsste, dass sich dieses Ziel mit keiner anderen vorstellbaren Maßnahme unter den gleichen Bedingungen erreichen lasse.“

Mitgliedstaaten eine einheitliche Folgenabschätzung einführen ohne dabei die etablierten nationalen Verfahren zu berücksichtigen (zur mangelnden Kompetenz der EU zur Schaffung einer solchen Regelung siehe bereits zuvor unter 1.).

b) Überschießender Prüfungsumfang

Der Ansatz, dass neue Regelungen auch spezifisch auf kumulative Effekte mit anderen Vorschriften überprüft werden müssen (Art. 6 Abs. 2 (k), Abs. 4), erscheint ebenfalls überschießend. Es ist anzunehmen, dass in vielen Fällen durch diese detaillierte Vorgabe ein extrem hoher Aufwand ohne dem gegenüberstehenden Nutzen bzw. Relevanz betrieben werden müsste.

Der ÖRAK ersucht höflichst, die vorstehenden Anmerkungen im Gesetzgebungsverfahren zu berücksichtigen.

Wien, am 4. August 2017

DER ÖSTERREICHISCHE RECHTSANWALTSKAMMERTAG


Dr. Rupert Wolf
Präsident

