Universität zu Köln

Universität zu Köln • Albertus-Magnus-Platz • 50923 Köln

LANDTAG
NORDRHEIN-WESTFALEN
17. WAHLPERIODE

STELLUNGNAHME
17/2274

A06, A18

Rechtswissenschaftliche Fakultät

Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliche Fakultät

Europäisches Zentrum für Freie Berufe

Dr. Dirk Michel
Akademischer Rat auf Zeit
Geschäftsführer

Telefon +49 221 470 2937
E-Mail: dirk.michel@uni-koeln.de
http://www.euzfb.uni-koeln.de/

Schriftliche Stellungnahme zur Öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Europa und Internationales am 6. März 2020

Freie Berufe unterstützen: Qualität, Qualifikation, Verbraucherschutz und Transparenz stärken, EU-Dienstleistungspaket begleiten

Antrag der Fraktion der CDU und der Fraktion der FDP, Drucksache 17/7909

Dr. Dirk Michel

Geschäftsführer des Europäischen Zentrums für Freie Berufe

Leitung: Prof. Dr. Martin Henssler

A. Einleitung

Der Antrag thematisiert eingangs die Bedeutung der Freien Berufe für die Förderung und den Schutz öffentlicher Güter sowie deren wirtschaftliche Bedeutung. Sodann nimmt der Antrag Bezug auf europarechtliche Entwicklungen, welche unmittelbaren Einfluss auf die Reglementierung der Freien Berufe haben. Insbesondere wird auf die Entscheidung des EuGH zur Unwirksamkeit von Mindest- und Höchstpreisen nach der HOAI und ein noch laufendes Vertragsverletzungsverfahren wegen des beschränkten Zugangs zum Beruf des Steuerberaters eingegangen.

Die im Antrag getroffenen Feststellungen sind aus fachlicher Sicht weitestgehend zutreffend. Auf einige Unschärfen im Antragstext soll eingangs hingewiesen werden (B.). Vertiefende Erläuterungen werden zur Frage der europarechtlichen Zulässigkeit von Mindest- und Höchstpreisen (C.), zum Einfluss des Europarechts auf nationale Berufsauszulassungs- und Berufsausübungsregelungen (D. 1.) sowie zum aktuelle Vertragsverletzungsverfahren (D. 2.) gegeben.

Postadresse:
Albertus-Magnus-Platz
50923 Köln

Hausadresse:
Weyertal 115
50931 Köln
Telefon +49 221 470-5711 (Sekretariat)
Telefax +49 221 470-4918

B. Allgemeine Hinweise

Unter dem soziologischen Begriff der Freien Berufe[1] werden unterschiedliche Berufe zusammengefasst, die qualitativ hochwertige Dienstleistungen im Allgemeininteresse erbringen. Typisch ist die Absolvierung einer Hochschulausbildung, die Bindung an eine besondere Berufsreglementierung sowie die Achtung berufsethischer Grundsätze. Dies trifft auf den engen Begriff der verkammerten Freien Berufe zu, also Rechtsanwälte, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer, Architekten, beratende Ingenieure, die Heilberufe sowie Apotheker. Sie tragen zur Sicherung öffentlicher Rechtsgüter bei. Zu den geschützten Rechtsgütern zählen die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege, die Bausicherheit oder die Volksgesundheit. Der Schutz dieser Rechtsgüter rechtfertigt die Bindung der Berufsangehörigen an Berufszulassungs- und Berufsausübungsregelungen. Die wirtschaftliche Bedeutung der Freien Berufe in NRW ergibt sich sowohl aus den unmittelbar gegenüber Verbrauchern erbrachten Dienstleistungen als auch aus unternehmensnahen Dienstleistungen, welche als Vorprodukte eine wichtige Bedeutung für die übrigen Wirtschaftszweige in NRW haben.

Neben dem engen Begriff der verkammerten Freien Berufe gibt es einen weiten Begriff, der bspw. dem § 1 PartGG zugrunde liegt. Er umfasst auch eine Vielzahl weiterer Berufe, die nicht eine eigene Berufskammer bilden und z.T. gar nicht reglementiert sind, wie bspw. naturwissenschaftlich orientierte Berufe oder Vermittler geistiger Güter und Informationen.[2] Die in dem Antrag thematisierte Frage des europarechtlichen Einflusses auf die Berufsreglementierungen hat im Wesentlichen Einfluss auf die verkammerten Freien Berufe.

Insoweit wird angeregt, unter der der Ziffer I des Antrags deutlicher zwischen verkammerten und nicht verkammerten Freien Berufen zu differenzieren. So dürfte sich die genannte Zahl von 264.000 Berufsangehörigen allein auf die verkammerten Freien Berufe beziehen. Diese sind nicht notwendigerweise Selbständig, sondern können auch in einem Beschäftigungsverhältnis stehen, z.B. zu einer Rechtsanwaltskanzlei oder einer Klinik. Da die verkammerten Freien Berufe allesamt über einen Hochschulabschluss verfügen müssen, hat das duale Ausbildungssystem für sie keine Bedeutung. Sie bilden aber selbst im Rahmen des dualen Ausbildungssystems aus. Unter den nicht verkammerten Freien Berufen finden sich hingegen auch einige Ausbildungsberufe.

Angesprochen wird in dem Antrag die Bedeutung des Prinzips der Selbstverwaltung und der Selbstkontrolle. In der Tat zählt das Bestehen eines Kammersystems in den von der EU-Kommission herangezogenen Regulierungsindizes zu den Kriterien, welche auf einen hohen Regulierungsgrad hinweisen. Nach mehreren Untersuchungen des EuZFB bilden die Indizes das Maß der Regulierung insoweit unvollständig ab.[3] Das Fehlen eines Kammersystems hat nämlich regelmäßig nicht das Entfallen der damit verbundenen Berufsreglementierung zur Folge. Vielmehr werden die Aufgaben einer Berufskammer in den betreffenden Mitgliedstaa-

---

[1] Vgl. BVerfGE 10, 354 (364); *Raisch*, Geschichtliche Voraussetzungen, dogmatische Grundlagen und Sinnwandlung des Handelsrechts, Viertes Kapitel, I., S. 209; *Rittner*, Unternehmen und Freier Beruf als Rechtsbegriffe, S. 8.

[2] Vgl. die Übersicht der Freien Berufe in *Henssler*, PartGG, 3. Aufl. 2018, § 1 Rn. 231 ff.

[3] Vgl. dazu nur *Arentz/Recker*, Reglementierte Berufe: Wettbewerbsindikatoren der EU-Kommission auf dem Prüfstand, Wirtschaftsdienst 2017, 817 ff. zum Beruf des Architekten.

ten von einer staatlichen Verwaltungsbehörde übernommen. Auch sagt die Entscheidung für eines der beiden Systeme nichts über die Regelungstiefe der jeweiligen Berufsreglementierung aus. Aus Sicht des EuZFB sind beide System vielmehr gleichwertig.

C. Zulässigkeitsvoraussetzungen nationaler Honorar- und Gebührenordnungen

Ziel der Festsetzung von Mindestpreisen ist vor allem der Schutz vor einem Marktversagen. Ein solches Marktversagen ist denkbar, wenn Dienstleistungen nur noch mit einer verminderten Qualität angeboten werden, um Wettbewerber preislich zu unterbieten. Wird der Preiswettbewerb eingeschränkt, verlagert sich der Wettbewerb hingegen auf das Merkmal der Qualität. Marktteilnehmer können sich von ihren Mitbewerbern v.a. durch eine bessere Qualität abheben. Durch den Ausschluss des Preiswettbewerbs soll die Erbringung qualitativ hochwertiger Dienstleistungen garantiert werden.[4] Die Wirksamkeit solcher Regelungskonzepte konnte in der ökonomischen Forschung nachgewiesen werden.[5] Allerdings stellt die weitgehende Aussetzung des Preiswettbewerbs zugleich einen schwerwiegenden Eingriff in die marktwirtschaftliche Ordnung dar, was seinerseits zu Marktineffizienzen und Wohlfahrtsverlusten führen kann.[6] Dies ist dann der Fall, wenn der gesetzliche Mindestpreis über dem Gleichgewichtspreis liegt, der sich bei einer freien Preisbildung am Markt einstellen würde. Der Anbieter kann höhere Rente realisieren, während die Nachfrager höhere Preise zu zahlen haben. Nachfrager, die nur zu niedrigeren Preisen bereit wären, die Leistung in Anspruch zu nehmen, werden vom Markt ferngehalten.[7] Als Reflex kann es zudem zu einem Überangebot an Dienstleistern kommen, wenn Anbieter in der Hoffnung auf hohe Renten durch garantierte Preise in den Markt drängen.[8] Anzeichen hierfür lassen sich durchaus für den deutschen Architektenmarkt beobachten. Aus diesen volkswirtschaftlichen Zusammenhängen lässt sich ableiten, dass gesetzliche Mindestpreise nur dann angeordnet werden sollten, wenn sich die Qualität einer Dienstleistung nicht durch andere Regulierungen sichern lässt.

Die europarechtlichen Voraussetzungen entsprechen im Ergebnis dieser volkswirtschaftlichen Sichtweise. Als Beschränkung fundamentaler Marktprinzipien müssen gesetzliche Mindestpreise nach der Gebhard-Formal gerechtfertigt sein. Dies ergibt sich unmittelbar aus Art. 15 Abs. 2 lit. g) der Dienstleistungsrichtlinie.[9] Mindestpreise können darüber hinaus in

---

[4] Vgl. BVerfG NJW 2006, 495 (496); BGH NJW 2009, 534 (535). Aus der Literatur *Kleen/Riegler/Schäfer*, Freie Preise für freie Berufe?, NJW 2015, 3404 (3405 f.).

[5] Vgl. nur *Mimra/Rasch/Waibel*, Price competition and reputation in credence goods markets: Experimental evidence, CER-ETH – Center of Economic Research at ETH Zurich Working Paper No. 13/176, abrufbar unter SSRN: http://ssrn.com/abstract=2240349 oder http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.224034. Der EuGH hat dies ebenfalls ausdrücklich anerkannt, vgl. EuGH Urt. v. 4.7.2019 – C-377/17, NJW 2019, 2529, Rn. 78; EuGH Urt. v. 5. 12. 2006 - C-94/04 und C-202/04, NJW 2007, 281 Rn. 67.

[6] Vgl. dazu *Michel* Aktuelle Entwicklungen in der Europäischen Debatte um die Deregulierung reglementierter Berufe, in: Jahrbuch des Kammer- und Berufsrechts 2014, 225 (233 f.).

[7] Vgl. *Wied-Nebbeling/Schott*, Grundlagen der Mikroökonomik, 4. Aufl. 2007, S. 196 f.

[8] Vgl. *Wied-Nebbeling/Schott*, Grundlagen der Mikroökonomik, 4. Aufl. 2007, S. 198 f.

[9] Vgl. EuGH Urt. v. 4.7.2019 – C-377/17, NJW 2019, 2529 f.; *Schlachter/Ohler/Cornils*, Europäische Dienstleistungsrichtlinie, 2008, Art. 15 Rz. 1.

die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit nach Art. 49 und Art. 56 AEUV eingreifen[10], welche damit ebenfalls nach der Gebhard-Formel gerechtfertigt sein müssen.

Die durch das Urteil des EuGH vom 4.7.2019[11] festgestellte Europarechtswidrigkeit der bislang in §§ 3 Abs. 1; 7 Abs. 1; 3 HOAI für bestimmte Architektur- und Ingenieurdienstleistungen geltenden Mindestpreise ist vor diesem ökonomischen Hintergrund zu sehen. Der EuGH hat die vorgebrachten Argumente wie die Qualität der Planungsleistungen, den Verbraucherschutz, die Bausicherheit, die Erhaltung der Baukultur und ökologisches Bauen als zwingende Gründe des Gemeinwohls anerkannt.[12] Mindestpreise sind auch aus Sicht des EuGH ein geeignetes Qualitätssicherungsinstrument. In Frage steht aber die Erforderlichkeit der bislang durch die HOAI angeordneten Mindestpreise. Der EuGH hat die Erforderlichkeit mit dem Argument verneint, die Regelung sei nicht kohärent. Das Gericht begründet dies mit dem Umstand, dass auch in Deutschland in gewissem Umfang Planungsleistungen durch Personen erbracht werden dürfen, die nicht Architekten oder Ingenieure sind und damit nicht den Bindungen der HOAI unterliegen.[13] Deutschland habe die Erforderlichkeit der Maßnahme nicht hinreichend dargelegt. Es ist daher die Hoffnung aufgekommen, durch begrenzte gesetzgeberische Eingriffe die vom EuGH angenommene Inkohärenz zu beseitigen und die Mindestpreise im Übrigen beibehalten zu können.[14]

Es sprechen aber weitere, gewichtigere Gründe dafür, dass die Mindestpreise nach der HOAI nicht erforderlich sind. Der EuGH musste sich mit diesen Gründen nicht mehr auseinandersetzen. Sie würden aber in einem denkbaren erneuten Verfahren eine Rolle spielen. Am schwersten wiegt der Umstand, dass alle qualitätssichernden Regelungsziele bereits durch öffentlich-rechtliche Bauvorschriften und technische Normen adressiert werden. Diese Normen sind bei der Erbringung von Planungsleistungen zwingend einzuhalten. Ihre Einhaltung wird sowohl durch die öffentlich-rechtliche Bauaufsicht als auch die berufsrechtliche Aufsicht überwacht. Darüber hinaus wirkt auch die bürgerlich-rechtliche Haftung des Planers für Berufsfehler verhaltenssteuernd.[15]

Im Rahmen der Kohärenz prüft der EuGH darüber hinaus auch das Verhältnis zu vergleichbaren Regelungen. Denn eine Rechtsnorm muss sich widerspruchsfrei in die Gesamtrege-

---

[10] EuGH, 5.12.2006 – C-94/04, Federico Cipolla ./. Rosaria Portolese, verheiratete Fazari und C-202/04, Stefano Macrino und Claudia Capoparte ./. Roberto Meloni, Slg. I 11471, Rz. 58 ff. zur Betroffenheit der Dienstleistungsfreiheit durch Mindestgebühren für Rechtsanwälte. Vgl. auch *Schlachter/Ohler/Cornils*, Europäische Dienstleistungsrichtlinie, 2008, Art. 15 Rn. 21; *Hellwig*, AnwBl. 2011, 476 (479); *Michel*, Gesetzliche Mindestpreise als Verletzung des europarechtlichen Kartellverbots, GPR 2018, 294 (297); *Schröder*, Die Angriffe der Europäischen Kommission auf Honorarordnungen und Beteiligungsverbote, EuZW 2016, 5 (8).
[11] EuGH Urt. v. 4.7.2019 – C-377/17, NJW 2019, 2529 ff.
[12] EuGH Urt. v. 4.7.2019 – C-377/17, NJW 2019, 2529 Rn. 69 ff.
[13] EuGH Urt. v. 4.7.2019 – C-377/17, NJW 2019, 2529 Rn. 92 f.
[14] Vgl. *Brüning*, Die Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) nach dem EuGH-Urteil: Entscheidungsinhalt, Auswirkungen, Reformbedarf, KommJur 2020, 1 (4); *Orlowski*, Besiegelt der EuGH das Ende der HOAI?, NJW 2019, 2505 (2508).
[15] Vgl. zum ganzen ausführlich *Michel*, Aktuelle Entwicklungen in der Europäischen Debatte um die Deregulierung reglementierter Berufe, in: Jahrbuch des Kammerrechts 2014, 225 (232 ff.)*; Michel* Neue Deregulierungsanforderungen der EU-Kommission, in: Jahrbuch des Kammerrechts 2015, 187 (192 ff.); *Michel* Gesetzliche Mindestpreise als Verletzung des europarechtlichen Kartellverbots, GPR 2018, 294 (298).

lung einfügen und darf nicht inkonsequent oder selbstwidersprüchlich sein.[16] Für andere Freie Berufe werden Mindestgebühren jedoch gar nicht oder nur sehr eingeschränkt angeordnet. So sind bei Rechts- und Steuerberatungsleistungen Mindestgebühren nur in Fällen der gerichtlichen Vertretung, nicht aber bei der außergerichtlichen Vertretung und Beratung einzuhalten. Es ist nicht einsichtig, wieso die Qualität nur bei der gerichtlichen Vertretung durch Mindestpreise gesichert werden müsste,[17] obwohl die außergerichtliche Beratung und Vertretung mittlerweile mit 74 % den Großteil der anwaltlichen Tätigkeit ausmacht.[18] Ebenso fraglich ist, wieso im Anwendungsbereich der StBVV und der HOAI eine Qualitätssicherung dann nicht notwendig sein soll, wenn ausländische Anbieter nach § 1 HOAI für bzw. § 1 Abs. 1 S. 1 StBVV eine grenzüberschreitende Dienstleistung erbringen.

Schließlich ist auffällig, dass in vielen Mitgliedstaaten der Europäischen Union in den vergangenen Jahren für Architekten und Ingenieure verbindliche Mindestpreise bewusst aufgehoben worden sind, um den freien Preiswettbewerb zu ermöglichen.[19] Die weit überwiegende Zahl der Mitgliedstaaten kennt für Architektur- und Ingenieurleistungen keine Mindestpreise.[20] Dennoch wird aus den betroffenen Mitgliedstaaten nicht berichtet, dass die Qualität von Planungsleistungen nachgelassen hätte.

Aus den vorgenannten Überlegungen folgt, dass eine anstehende Reform der HOAI nur dann noch Mindestpreise festsetzen könnte, wenn der Gesetzgeber zugleich überzeugend darlegen kann,

(1) wieso die bestehenden öffentlich-rechtlichen und berufsrechtlichen Vorschriften nicht ausreichen, um die Qualität von Planungsleistungen zu sichern und die Qualitätslücke nur durch verbindliche Mindestpreise geschlossen werden kann und
(2) wieso sich das Marktumfeld für Architekten und Ingenieure derart von den übrigen verkammerten Freien Berufen in Deutschland und den Architekten und Ingenieuren in den übrigen Mitgliedstaaten unterscheidet, dass kein milderes Mittel als Mindestpreise als zusätzlichen Qualitätssicherungswerkzeug zur Verfügung stehen.

Auf der anderen Seite ist es als Folge der EuGH-Rechtsprechung nicht erforderlich, die HOAI vollständig aufzuheben. Vielmehr hat der EuGH selbst vorgeschlagen, als milderes Mittel gegenüber Höchstpreisen Verbrauchern Preisorientierungen zur Verfügung zu stellen.[21] Die HOAI könnte unter diesen Voraussetzungen grundsätzlich unverändert fortbestehen. Es sollte jedoch ein Vorrang der Individualabrede festgeschrieben werden. Die Gebührensätze nach der HOAI würden dann nur noch subsidiär gelten und angewendet werden,

---

[16] Vgl. zur Reichweite des Kohärenzgebots Grabitz/Hilf/*Nettesheim/Forsthoff*, Das Recht der Europäischen Union, 68. Lfg. Oktober 2019, Art. 45 AEUV Rz. 401 ff.
[17] Henssler/Prütting/*Kilian*, BRAO, 5. Aufl. 2019, § 49b Rn. 13.
[18] *Kilian*, AnwBl. 2017, 1201.
[19] Vgl. *Henssler/Wambach*, Die Lage der Freien Berufe in ihrer Funktion und Bedeutung für die Europäische Zivilgesellschaft, Zusammenfassung, Brüssel 2014, S. 76; *Michel* Aktuelle Entwicklungen in der Europäischen Debatte um die Deregulierung reglementierter Berufe, in: Jahrbuch des Kammerrechts 2014, 225 (232 f.)
[20] Vgl. *Henssler/Wambach*, Die Lage der Freien Berufe in ihrer Funktion und Bedeutung für die Europäische Zivilgesellschaft, Zusammenfassung, Brüssel 2014, S. 75 f.
[21] EuGH Urt. v. 4.7.2019 – C-377/17, NJW 2019, 2529 Rn. 95.

wenn zwischen den Vertragsparteien keine Gebührenvereinbarung abgeschlossen worden ist.[22] Kombiniert werden könnte die nur noch subsidiäre Geltung der HOAI mit einem berufsrechtlichen Angemessenheitserfordernis, wie es sich bspw. in § 4 Abs. 2 S. 3 RVG findet. In die Beurteilung der Angemessenheit muss der Aufwand und das Haftungsrisiko des Architekten oder Bauingenieurs einfließen. Zudem würde auch § 138 BGB nach wie vor Anwendung finden, nach dem eine zu hoch oder zu niedrig bemessene Vergütung als Verstoß gegen die guten Sitten nichtig ist.

Der Vorteil einer solchen Regelung ist vor allem die Transparenz der Vergütung. Anbieter wie Nachfrager einer Planungsdienstleistung können im Voraus erkennen, welche Vergütung zu erwarten ist. Zudem gibt die HOAI einen Hinweis darauf, welche Vergütung für die erbrachte Leistung angemessen ist. Der Wunsch einer der Parteien auf eine von der HOAI abweichende Vergütung müsste entsprechend begründet werden. All dies führt zu einem Abbau der Informationsasymmetrie.[23]

D. Europarechtliche Regulierung von Berufszulassungsvoraussetzungen

1. Verhältnis nationaler Berufszulassungsregelungen zum Europarecht

In dem Antrag wird Bezug genommen auf die Kompetenzordnung zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten in Bezug auf den Erlass von Berufszulassungsregelungen. Diese Frage muss differenziert betrachtet werden. Zunächst ist es richtig, dass der Erlass von Berufszulassungsregelungen in die Kompetenz der Mitgliedstaaten fällt. Die nationalen Gesetzgeber haben daher zu entscheiden, ob und inwieweit der Zugang zu einem Beruf oder die Ausübung einer beruflichen Tätigkeit reglementiert werden soll.

Die Berufsreglementierung ist jedoch auch Gegenstand europäischen Primär- und Sekundärrechts. Besonders deutlich wird die bei der gesetzlichen Abschlussprüfung und dem damit verbundenen Beruf des Wirtschaftsprüfers. Die Abschlussprüferrichtlinie[24] enthält in Art. 3 ff. Vorschriften über die einheitliche Ausbildung, Prüfung und Zulassung von Abschlussprüfern und Prüfungsgesellschaften. Ein Teil der Berufsaufsicht über die Wirtschaftsprüfer wird ebenfalls durch europäisches Recht geregelt. Die Berufsaufsicht über Abschlussprüfer und Prüfungsgesellschaften richtet sich etwa nach den Art. 20 ff. der Abschlussprü-

[22] Vgl. *Michel* Aktuelle Entwicklungen in der Europäischen Debatte um die Deregulierung reglementierter Berufe, in: Jahrbuch des Kammer- und Berufsrechts 2014, 225 (239). Vgl. auch *Motzke*, HOAI – Was bleibt?, NZBau 2019, 553 ff.
[23] *Michel* Aktuelle Entwicklungen in der Europäischen Debatte um die Deregulierung reglementierter Berufe, in: Jahrbuch des Kammerrechts 2014, 225 (232 f.).
[24] Richtlinie 2006/43/EG des europäischen Parlamentes und des Rates vom 17. Mai 2006 über Abschlussprüfungen von Jahresabschlüssen und konsolidierten Abschlüssen, zur Änderung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 84/253/EWG des Rates, ABl. L 157, S. 87, in der Fassung der Richtlinie 2014/56/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 zur Änderung der Richtlinie 2006/43/EG über Abschlussprüfungen von Jahresabschlüssen und konsolidierten Abschlüssen, Abl. L 158, S. 196 ff.

ferverordnung[25], soweit eine Abschlussprüfung bei Unternehmen von öffentlichem Interesse durchgeführt wird. Im Übrigen legt Art. 32 der Abschlussprüferrichtlinie Grundsätze der öffentlichen Aufsicht über Abschlussprüfer fest. Die Kompetenz der Europäischen Union folgt hier sachbezogen aus Art. 50 lit. g) AEUV und dient der Koordinierung der Jahresabschlussprüfung von Unternehmen.

Neben solchen sachbezogenen Kompetenzen ergibt sich eine Regelungskompetenz der Europäischen Union zur Umsetzung der Niederlassungsfreiheit nach Art. 49 AEUV und der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 AEUV. So hat der europäische Gesetzgeber durch Erlass der Rechtsanwaltsdienstleistungsrichtlinie[26] und der EG-Niederlassungsrichtlinie für Rechtsanwälte[27] die grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung wie die berufliche Niederlassung in einem anderen Mitgliedstaat für Rechtsanwälte gesondert und vereinheitlichend geregelt. Diese Bestimmungen wurden durch die BRAO und das EuRAG in deutsches Recht umgesetzt. Schließlich regelt die Berufsanerkennungsrichtlinie[28], unter welchen Voraussetzungen allgemein Angehörige eines reglementierten Berufs Dienstleistungen in einem anderen Mitgliedstaat erbringen können oder sich beruflich niederlassen dürfen. Im Grundsatz ist die Erbringung einer grenzüberschreitenden Dienstleistung in dem Umfang möglich, wie der Berufsträger in seinem Sitzstaat zur Dienstleistungserbringung berechtigt ist. Ausnahmen hiervon gelten für besonders gefahrgeneigte Tätigkeiten, bspw. für die Heilberufe, bei denen eine vorherige Berufsanerkennung erforderlich ist. Die berufliche Niederlassung in einem anderen Mitgliedstaat erfordert demgegenüber die Erfüllung aller gesetzlichen Voraussetzungen, die für eine Berufsaufnahme in dem jeweiligen Mitgliedstaat gelten. Erworbene Berufsqualifikationen aus einem anderen Mitgliedstaat sind aber entsprechend der Vorgaben der Berufsanerkennungsrichtlinie anzuerkennen. In diesem Zusammenhang ist insbesondere darauf hinzuweisen, dass u.a. für Ärzte, Zahnärzte, Tierärzte, Apotheker und Architekten, die zu den hier diskutierten verkammerten Freien Berufen zählen, eine automatische Anerkennung möglich ist. Hierzu wurden für die genannten Berufe Mindestanforderungen an die Berufsqualifikation festgelegt. Erfüllt das von einem Antragsteller absolvierte Studium die in der Richtlinie festgelegten Anforderungen, können von den Mitgliedstaaten für eine Berufsanerkennung nur noch ergänzende Nachweise, etwa zu Sprachkenntnissen, verlangt werden.

Weiterhin findet die Dienstleistungsrichtlinie[29] in dem hier diskutierten Sachzusammenhang Anwendung. Sie konkretisiert die primärrechtlich garantierte Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit. Danach müssen Berufszulassungsregelungen entsprechend der Gebhard-

---

[25] Verordnung (EU) Nr. 537/2014 des europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über spezifische Anforderungen an die Abschlussprüfung bei Unternehmen von öffentlichem Interesse und zur Aufhebung des Beschlusses 2005/909/EG der Kommission, Abl. L 158, S. 77 ff.
[26] Richtlinie des Rates vom 22. März 1977 zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs der Rechtsanwälte (77/249/EWG) i.d.F. der Richtlinie 2013/25/EU des Rates vom 13. Mai 2013.
[27] Richtlinie 98/5/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Februar 1998 zur Erleichterung der ständigen Ausübung des Rechtsanwaltsberufs in einem anderen Mitgliedstaat als dem, in dem die Qualifikation erworben wurde i.d.F. der Richtlinie 2013/25/EU des Rates vom 13. Mai 2013.
[28] Richtlinie 2005/36/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 7. September 2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen i.d.F. der Richtlinie 2013/55/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. November 2013.
[29] Richtlinie 2006/123/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt.

Rechtsprechung nichtdiskriminierend, durch zwingende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt und verhältnismäßig sein (vgl. Art. 9 der Dienstleistungsrichtlinie). Noch strenger sind die Voraussetzungen für Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 16 Abs. 1 der Dienstleistungsrichtlinie. Solche Vorschriften müssen nicht nur nichtdiskriminierend und verhältnismäßig sein. Als zwingende Gründe des Gemeinwohls im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung kommen hier nur Gründe der öffentlichen Ordnung, der öffentlichen Sicherheit, der öffentlichen Gesundheit und des Schutzes der Umwelt in Betracht.

Schließlich muss noch die sog. Verhältnismäßigkeitsrichtlinie[30] berücksichtigt werden. Diese stellt keine zusätzlichen materiellen Anforderungen an Berufsausübungsregelungen auf. Vielmehr verpflichtet die Richtlinie die Mitgliedstaaten, vor Erlass einer neuen Berufsausübungsregelung eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vorzunehmen. Diese Verpflichtung ist nicht neu, sondern entspricht den Anforderungen des EuGH. Jedoch sind die Mitgliedstaaten nunmehr dazu verpflichtet, die Verhältnismäßigkeitsprüfung in einer bestimmten Tiefe durchzuführen und qualifiziert zu dokumentieren. Ziel dieser Regelung ist es, die Gesetzgebungspraxis zu überwinden, die die Verhältnismäßigkeit einer Regelung oftmals ohne materielle Prüfung behauptet hat und erst nachträglich – etwa im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens oder eines Verfahrens vor dem EuGH – eine Begründung nachgeschoben hat.

Die Übersicht zeigt, dass die nationalen Gesetzgeber bei dem Erlass von Regulierungen über den Berufszugang und die Berufsausübung an verschiedene europarechtliche Vorschriften gebunden sind. Zwar sind die Mitgliedstaaten grundsätzlich frei darin, sich bspw. für bestimmte Regulierungsmodelle zu entscheiden (z.B. einem Kammersystem oder die Berufszulassung oder Berufsaufsicht durch eine staatliche Behörde) und konkrete Anforderungen an die Berufsqualifikation festzulegen. Es besteht v.a. keine rechtliche Verpflichtung, die Berufsregulierungen innerhalb der Europäischen Union anzugleichen. Gleichwohl müssen die Mitgliedstaaten bei dem Erlass von Berufsreglementierungen die Grundfreiheiten achten. Hieraus folgt, dass die Mitgliedstaaten keine Anforderungen aufstellen dürfen, durch die ohne sachlichen Grund Berufsangehörige aus anderen Mitgliedstaaten von einer vorübergehenden Dienstleistungserbringung oder einer beruflichen Niederlassung abgehalten würden.

Die europarechtlichen Anforderungen an Berufsreglementierungen entsprechen auch den Anforderungen deutschen Verfassungsrechts. Nahezu jede Berufsreglementierung greift auf Tatbestandsebene in die Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG ein. Ein solcher Grundrechtseingriff ist nur gerechtfertigt, wenn er zur Erreichung eines legitimen Zwecks geeignet, erforderlich und angemessen ist. Diese Voraussetzung entspricht materiell im Wesentlichen der Gebhard-Rechtsprechung des EuGH zur Rechtfertigung eines Eingriffs in die Grundfreiheiten. Eine Verletzung der Grundfreiheiten wird damit häufig zugleich einen nicht gerechtfertigten Eingriff in die Berufsfreiheit bedeuten. Soweit in den vergangenen Jahren Berufsreglementierungen aufgehoben worden sind, geschah dies daher meist durch das Bundesverfassungsgericht und nicht durch den EuGH.

[30] Richtlinie (EU) 2018/958 des europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Juni 2018 über eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vor Erlass neuer Berufsreglementierungen, Abl. L 173, S. 25.

2. Vertragsverletzungsverfahren gegen §§ 3, 4 StBerG

In dem Antrag wird ausdrücklich Bezug genommen auf das laufende Vertragsverletzungsverfahren der EU-Kommission gegen Deutschland in Bezug auf die Regelung des § 4 StBerG. Diese Vorschrift enthält einen Katalog von Berufen und Tätigkeiten, die neben den Steuerberatern, denen nach § 3 die unbeschränkte Befugnis zur Hilfeleistung in Steuersachen erteilt wird, Steuerberatungsleistungen in eingeschränktem Umfang erbringen dürfen. Aus Sicht der EU-Kommission ist die Kombination beider Vorschriften inkohärent. Denn eine größere Anzahl von Berufen dürften steuerberatende Dienstleistungen erbringen, ohne dass diese an eine bestimmte Berufsqualifikation gebunden sind oder einer behördlichen Genehmigung bedürften.

Die gesetzliche Einräumung einer beschränkten Befugnis zur geschäftsmäßigen Hilfeleistung in Steuersachen stellt bei einer genaueren Betrachtung die Notwendigkeit einer Reglementierung des Zugangs zur unbeschränkten Hilfeleistung in Steuersachen nicht in Frage. Im europäischen Vergleich ist zunächst herauszustellen, dass Deutschland zu den Mitgliedstaaten gehört, in denen die unbeschränkte Befugnis zur Hilfeleistung in Steuersachen auch die Vertretung von Mandanten vor Gerichten und gegenüber Behörden umfasst. Insoweit erbringen sie eine Rechtsdienstleistung, welche ihrerseits besondere Kenntnisse voraussetzt. Dies unterscheidet den deutschen Steuerberater von Mitgliedstaaten, in denen das Berufsbild des Steuerberaters im Schwerpunkt eine rein wirtschaftliche Beratung umfasst und die Rechtsvertretung vor allem Rechtsanwälten vorbehalten ist. In diesen Konstellationen sind weniger strikte Berufszulassungsregelungen ausreichend. In einigen Mitgliedstaaten ist der Steuerberater als eigenständiger Berufs sogar unbekannt. Deren Aufgaben werden von anderen Professionen, namentlich Rechtsanwälten, Wirtschaftsprüfern und Unternehmensberatern, wahrgenommen.[31] Die Anforderungen des § 3 StBerG erklären sich damit vor der besonders umfassenden Aufgabenzuweisung an den Steuerberater.

Vieles spricht demgegenüber dafür, dass die Regelung in § 4 StBerG vielmehr zur Verhältnismäßigkeit der strengen Regelung in § 3 StBerG beiträgt. Denn während die uneingeschränkte geschäftsmäßige Hilfeleistung in Steuersachen den Nachweis einer besonderen Berufsqualifikation erfordert, sind umfassende Kenntnisse dann nicht erforderlich, wenn die Beratung nur einen Teilbereich der Hilfeleistung in Steuersachen betrifft. Hierbei handelt es sich typischerweise um Nebenleistungen, die mit der Erbringung einer anderweitigen Hauptleistung einhergehen und nur schwer von der Hauptleistung getrennt werden könnten. In diesen Fällen wäre die zusätzliche Beauftragung eines separaten Steuerberaters, Rechtsanwalts oder Wirtschaftsprüfers weder sachgerecht noch erforderlich. In den in § 3 StBerG aufgezählten Einzelfällen kann auch typischerweise angenommen werden, dass die handelnden Personen aufgrund ihrer sonstigen Berufsqualifikation und ihrer praktischen Tätigkeit über eine besondere Sachkunde für die jeweiligen begrenzten Beratungsgegenstände verfügen.

Schließlich ist die Regelung auch aus Sicht der Grundfreiheiten verhältnismäßig. Die gelegentliche und vorübergehende Erbringung von Hilfeleistungen in Steuersachen aus dem EU-

[31] Vgl. hierzu *Henssler/Wambach*, Die Lage der Freien Berufe in ihrer Funktion und Bedeutung für die Europäische Zivilgesellschaft, Zusammenfassung, Brüssel 2014, S. 58 f.

Ausland heraus wird durch § 3a StBerG ermöglicht. Eine Niederlassung als Steuerberater ist durch eine verkürze Prüfung nach den Voraussetzungen des § 37a StBerG möglich. Diese Regelungen ermöglichen es namentlich Steuerberatern aus anderen EU-Mitgliedstaaten, in dem Umfang Steuerberatungsleitungen zu erbringen, zu denen sie in ihrem Heimatland qualifiziert wurden und die sie in ihrem Heimatland erbringen dürfen. Auf der anderen Seite kann durch diese Regelungen sichergestellt werden, dass nur solche Personen in Deutschland zur unbeschränkten Hilfeleistung in Steuersachen zugelassen werden, die auch in ihrem Heimatstaat über solch umfassende Beratungsbefugnisse verfügen und entsprechend qualifiziert sind.