



## **Stellungnahme der Bundesärztekammer**

zum Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vor Erlass neuer Berufsreglementierungen (COM(2016) 822 final) vom 10.01.2017

Berlin, 17.02.2017

Korrespondenzadresse:

Bundesärztekammer  
Herbert-Lewin-Platz 1  
10623 Berlin

## **A. Vorbemerkungen**

Mit dem am 10.01.2017 von der Europäischen Kommission vorgestellten „Dienstleistungspaket“ erfolgten mehrere Gesetzgebungsvorschläge sowie eine Empfehlung die Dienstleistungsberufe betreffend.

Insbesondere relevant für die Gesundheitsberufe ist ein Richtlinienvorschlag über eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vor Erlass neuer Berufsreglementierungen (RL-VHM-E). Darin wird eine detaillierte Verhältnismäßigkeitsprüfung für neu zu erlassene oder zu ändernde Berufszugangs- oder Berufsausübungsregelungen regulierter Berufe verpflichtend vorgeschrieben. Von dieser Richtlinie betroffen sind Bundes- und Landesgesetze, Rechtsverordnungen sowie die Rechtsetzung durch die Heilberufekammern der Länder.

Schon im Rahmen der Berufsanerkennungsrichtlinie 2005/36/EG (BARL) wurde die Verpflichtung der Mitgliedstaaten festgelegt, die Verhältnismäßigkeit bereits bestehender Berufszugangs- und Berufsausübungsregelungen in einem sog. Normenscreening zu prüfen und die Ergebnisse der Kommission und den anderen Mitgliedstaaten zur gegenseitigen Evaluation vorzulegen.

Der vorliegende Richtlinienvorschlag geht weiter und sieht vor, dass noch vor Erlass einer neuen bzw. noch vor Änderung einer bestehenden Regelung eine Verhältnismäßigkeitsprüfung durchgeführt werden muss. Diese Prüfung soll insbesondere unter Abwägung ökonomischer Gesichtspunkte erfolgen und die Auswirkungen auf den Wettbewerb innerhalb der Union beinhalten. Dabei soll nach dem RL-VHM-E unter Einbeziehung sog. unabhängiger Kontrollgremien eine Kosten-Nutzen-Analyse erstellt werden. Darüber hinaus ist von den Mitgliedstaaten eine Gesamtwürdigung der Umstände unter Einbeziehung einer kumulativen Wirkung der betreffenden Reglementierung in Bezug auf bereits bestehende Anforderungen, wie z.B. die Pflichtmitgliedschaft in einer Kammer oder geografische Beschränkungen, wenn der Beruf in Teilen eines Mitgliedstaates anders reglementiert ist, vorzunehmen.

Grundsätzlich sollen diese Anforderungen auch für die Gesundheitsberufe gelten, jedoch sieht Erwägungsgrund (12) u.a. einen gewissen Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten zum Schutze der Gesundheit vor.

## **B. Grundlegende Bewertung**

Der vorliegende Richtlinienvorschlag wird aus den folgenden Gründen für den Bereich des Gesundheitswesens abgelehnt:

Der RL-VHM-E verstößt gegen das Subsidiaritäts- und das Verhältnismäßigkeitsprinzip, wie auch gegen das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung. Die neu vorgeschlagenen und erweiterten Prüfkriterien für eine Verhältnismäßigkeitsprüfung stehen nicht im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH zur Verhältnismäßigkeit. Der Verwaltungsaufwand wie auch der finanzielle Aufwand werden dadurch deutlich erhöht. Darüber hinaus wird die Entscheidungsfreiheit der Mitgliedstaaten in diesem Zuständigkeitsbereich beschränkt. Ein durch die Verhältnismäßigkeitsprüfung erzielter Mehrwert auf EU-Ebene ist nicht ersichtlich.

Mit dem RL-VHM-E wird weiterhin gegen Art. 168 Abs. 7 AEUV verstoßen. Im Gesundheitsbereich ist die EU für den Erlass einer derartigen Richtlinie nicht zuständig. Damit wird sowohl in die Organisation des Gesundheitswesens als auch die medizinische Versorgung eingegriffen, deren Ausgestaltung den Mitgliedstaaten vorbehalten ist.

Für den Gesundheitsbereich wird die Problematik der vorgeschlagenen Verhältnismäßigkeitsprüfung besonders dadurch deutlich, dass patientenschützende

Stellungnahme der Bundesärztekammer zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vor Erlass neuer Berufsreglementierungen

Normen an wirtschaftlichen Aspekten des Binnenmarktes zu messen sind. Eine solche Abwägung verbietet sich. Dies würde letztlich dem vom EuGH aufgestellten europäischen Wertekanon, in dem der Schutz von Leben und Gesundheit die höchsten Rechtsgüter sind, zuwider laufen.

Kritisiert wird zudem, dass in dem RL-VHM-E der Patient als „Verbraucher“ charakterisiert wird. Der Patient muss aber gerade von diesem Begriff abgegrenzt werden. Ansonsten bestünde die Gefahr, dass die EU ihre Kompetenzen auf Patienten als Verbraucher ausweiten würde, was mit weiteren Konsequenzen verbunden wäre (z.B. Angleichung technischer Normen im Binnenmarkt).

Die geplante Ausweitung der bestehenden und vom EuGH vorgegebenen Kriterien für eine Verhältnismäßigkeitsprüfung nach dem vorliegenden Richtlinienentwurf ist abzulehnen. Die EU überschreitet damit ihre Gesetzgebungskompetenz. Die nationale Regelungskompetenz wie auch die Struktur und der Aufbau der Mitgliedstaaten wird in Frage gestellt. Eine solche Konzeption ist durch die in den Verträgen erfolgte Übertragung von Teilen der staatlichen Souveränität nicht mehr gedeckt.

Die von Art. 168 Abs. 1 AEUV verlangte Sicherstellung eines hohen Gesundheitsschutzniveaus in allen Unionspolitiken und -maßnahmen (Niggemeier in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Auflage 2016, Art. 168 AEUV Rn. 64) wird durch diesen Richtlinienentwurf nicht erzielt. Er ist nicht im Sinne der Verträge und ein Eingriff in das funktionierende deutsche Gesundheitssystem.

Sollte der Vorschlag geltendes Recht werden, wären im Gesamtgefüge auch die Kammern verpflichtet, jede Änderung, insbesondere ihrer Berufs-, Weiterbildungs- oder Fortbildungsordnung, substantiiert zu begründen.

Vor diesem Hintergrund drohen den Landesärztekammern sowohl ein erheblicher Begründungsmehraufwand als auch erhebliche Mehrkosten durch zusätzlich erforderliche Gutachten oder Studien.

Obwohl der Entwurf keine Folgen an den Verstoß gegen die vorgeschriebene Verhältnismäßigkeitsprüfung knüpft, ist dennoch damit zu rechnen, dass die Kommission nicht zögern wird, ein Vertragsverletzungsverfahren einzuleiten, wenn eine Norm nach ihrer Auffassung binnenmarktuntauglich ist.

Wegen der Ablehnung dieses Richtlinienvorschlags für den Bereich des Gesundheitswesens sollte eine Bereichsausnahme erwogen werden. Konkrete Formulierungen hierfür sollten sowohl auf nationaler wie auf europäischer Ebene mit den zuständigen Verbänden abgestimmt werden.

## **C. Stellungnahme im Einzelnen**

### **I. Allgemeine Erwägungen**

#### **1. Gesetzgebungskompetenz in Bezug auf Grundprinzipien der EU**

##### **a. Ziel des RL-VHM-E**

Ziel der Europäischen Kommission ist es, europaweit einheitliche Mindestkriterien für eine Verhältnismäßigkeitsprüfung zu etablieren, die eine Vergleichbarkeit dieser Prüfung in den einzelnen Mitgliedstaaten ermöglicht und damit mehr Rechtssicherheit schaffen soll.

Erwägungsgrund (24) der RL-VHM-E nennt als Ziel die Beseitigung von unverhältnismäßigen Beschränkungen bei Berufszugangs- und Berufsausübungsregeln.

Stellungnahme der Bundesärztekammer zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vor Erlass neuer Berufsreglementierungen

Dies sei nur auf Unionsebene erreichbar, weshalb die Union sich vorbehalte, weitere Maßnahmen unter Beachtung des Subsidiaritätsprinzips einzuführen.

## **b. Stellungnahme der Bundesärztekammer**

Die Bundesärztekammer lehnt ein von der EU verbindlich vorgegebenes System für eine Verhältnismäßigkeitsprüfung ab. In diesem Bereich hat die EU keine Gesetzgebungskompetenz.

### **Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung**

Die EU leitet ihre Existenz und ihre Befugnisse aus den vertraglichen Grunddokumenten ab, in denen der Integrationswille ihrer Mitgliedstaaten zum Ausdruck kommt. Diese Dokumente begründen und begrenzen ihre Rechtsetzungsbefugnisse. Ein Handeln, ohne eine daraus abgeleitete Kompetenz ist nicht möglich. Auch für die Setzung von abgeleitetem Recht gilt das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5, Art. 13 Abs. 2 EUV): Jeder Rechtsakt der EU bedarf einer ausdrücklichen oder impliziten Rechtsgrundlage im Primärrecht. Darüber hinaus hat die EU zusätzlich zwei Kompetenzausübungsregeln zu beachten: das Subsidiaritätsprinzip und das Verhältnismäßigkeitsprinzip (Art. 5 EUV, mit Verweis auf das Protokoll Nr. 2 über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit).

### **Subsidiaritätsprinzip**

Soweit eine nicht ausschließliche EU-Zuständigkeit vorliegt, darf die EU nach Maßgabe des Art. 5 Abs. 3 EUV (Subsidiaritätsprinzip), mit Verweis auf das Protokoll Nr. 2 über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit, nur dann handeln, wenn Maßnahmen auf Ebene der Mitgliedstaaten nicht ausreichen. Hierbei ist stets das Gebot der Achtung der nationalen Identität der Mitgliedstaaten (Art. 4 Abs. 2 EUV) zu beachten.

### **Verhältnismäßigkeitsprinzip**

Das Handeln der EU wird aus rechtsstaatlicher Sicht durch das Verhältnismäßigkeitsprinzip des Art. 5 Abs. 4 EUV begrenzt, der auf das Protokoll Nr. 2 über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit verweist. Maßnahmen der EU, die nicht geeignet und erforderlich sind, erweisen sich als rechtsstaatswidrig und können vor dem EuGH überprüft werden. Art. 5 des Protokolls Nr. 2 sieht vor, dass bei Entwürfen von Gesetzgebungsakten der Union sowohl die finanzielle Belastung als auch der Verwaltungsaufwand für nationale Regierungen, regionale wie auch lokale Behörden etc., so gering wie möglich gehalten werden und in einem angemessenen Verhältnis zu dem angestrebten Ziel stehen müssen.

### **Keine Gesetzgebungskompetenz**

In der Begründung zu dem RL-VHM-E wird auf Seite 6 ausgeführt, dass dieser u.a. auf Art. 53 Abs. 1 AEUV beruhe, der „den Erlass von Richtlinien über den Zugang zu Tätigkeiten und ihre Ausübung als Selbständige“ vorsehe. Diese Aussage enthält Art. 53 Abs. 1 AEUV jedoch nicht. Art. 53 Abs. 1 AEUV sieht lediglich die Befugnis zum Erlass von Richtlinien „für die Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Aufnahme und Ausübung selbständiger Tätigkeiten“ vor. Es ist ständige Rechtsprechung des EuGH, dass jeder Mitgliedstaat die Kompetenz hat zu bestimmen, welcher Beruf auf welchem Niveau reglementiert wird. Hierbei haben die Mitgliedstaaten die drei vom EuGH festgelegten Kriterien zur Verhältnismäßigkeit von Reglementierungen zu berücksichtigen, die der EU-Gesetzgeber schließlich in der BARL kodifiziert hat. Das vorgeschlagene verbindlich vorgegebene System für eine Verhältnismäßigkeitsprüfung, das elf neue, vom EuGH nicht vorgesehene Prüfkriterien festlegt, ist keine Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten. Es stellt vielmehr eine Einschränkung der

Entscheidungsfreiheit der nationalen Gesetzgeber in autonomen Zuständigkeitsbereichen dar und ist damit nicht von Art. 53 Abs. 1 AEUV gedeckt.

Auf Seite 8 der Begründung des RL-VHM-E wird ausgeführt, dass die Kosten zur Einführung einer Verhältnismäßigkeitsprüfung für künftige Reglementierungen nur begrenzt spürbar sein würden. Die Verbesserung des Prüfsystems werde insbesondere eine positive Wirkung auf die Verwaltungskosten haben, da die Mitgliedstaaten wahrscheinlich seltener mit Vertragsverletzungsverfahren konfrontiert würden. Die Begründung geht in diesem Zusammenhang nicht auf die von den Erwägungsgründen (9), (11) und (18) vorgesehene objektive und unabhängige wissenschaftliche Kosten-Nutzen-Analyse ein. Diese Analyse bedeutet sowohl einen deutlich erhöhten Verwaltungsmehraufwand als auch eine nicht bezifferbare finanzielle Mehrbelastung. Unklar ist darüber hinaus, aus welchem Grund die Kommission annimmt, die Zahl der Vertragsverletzungsverfahren werde durch Einführung der Richtlinie zurückgehen. Sollte die Kommission eine neu eingeführte Reglementierung trotz Verhältnismäßigkeitsprüfung als binnenmarktschädlich einstufen, bestünde die Gefahr, dass sie dennoch ein Vertragsverletzungsverfahren einleiten und diese Ergebnisse sogar für ein solches Verfahren nutzen wird.

### **c. Zwischenfazit**

Der RL-VHM-E verstößt gegen das Subsidiaritäts- und das Verhältnismäßigkeitsprinzip, wie auch gegen das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung. Die neu vorgeschlagenen Prüfkriterien für eine Verhältnismäßigkeitsprüfung stehen nicht im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH zur Verhältnismäßigkeit, erhöhen den Verwaltungsaufwand deutlich und beschränken die Entscheidungsfreiheit der Mitgliedstaaten in autonomen Zuständigkeitsbereichen. Dadurch wird kein Mehrwert auf EU-Ebene erzielt.

## **2. Gesetzgebungskompetenz für den Gesundheitsbereich**

### **a. Grundansatz des RL-VHM-E**

Die Verhältnismäßigkeitsprüfung soll für alle reglementierten Berufe der Berufsankennungsrichtlinie 2005/36/EG, mithin auch für den Gesundheitsbereich gelten.

### **b. Stellungnahme der Bundesärztekammer**

Die EU ist für den Erlass einer Richtlinie über eine Verhältnismäßigkeitsprüfung bezüglich neuer und zu ändernder berufsregulierender Vorschriften im Gesundheitsbereich nicht zuständig, sie überschreitet damit ihre Kompetenzen.

Es gibt eine Reihe von primärrechtlichen Ermächtigungen, die „Gesundheit“ explizit nicht nennen und dennoch gesundheitspolitisch relevant sind. Hierbei ist insbesondere auf Art. 53 AEUV zu verweisen, der das Europäische Parlament und den Rat ermächtigt, „*Richtlinien für die gegenseitige Anerkennung der Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise*“ zu erlassen. Auf dieser Rechtsgrundlage basiert die Berufsankennungsrichtlinie, die verschiedene Berufsbilder im Gesundheitsbereich betrifft. Dabei soll innerhalb der EU grundsätzlich eine hohe Qualität der in den Gesundheitsberufen erbrachten Dienstleistungen sichergestellt werden.

Auch der vorliegende Richtlinienvorschlag zur Verhältnismäßigkeitsprüfung basiert auf Art. 53 AEUV, da er sich auf berufsregulierende Normen und die Berufsankennungsrichtlinie bezieht. Allerdings hat die Union bei der Ausübung dieser Kompetenz die Verantwortung der Mitgliedstaaten für die Festlegung ihrer Gesundheitspolitik, der Organisation des Gesundheitswesens und der medizinischen Versorgung aus Art. 168 Abs. 7 AEUV zu wahren.

Stellungnahme der Bundesärztekammer zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vor Erlass neuer Berufsreglementierungen

Gemäß Titel XIV des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) hat die EU im Gesundheitswesen eine sehr eingeschränkte Gesetzgebungskompetenz, die sich i.V.m. Art. 6 AEUV im Wesentlichen auf einen unterstützenden Beitrag zur Gesundheitspolitik der Mitgliedstaaten beschränkt. Nach dem Willen der Vertragsparteien wurde diese Gesetzgebungskompetenz unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH in dem Vertrag von Lissabon sogar weiter eingeschränkt.

Vor dem Vertrag von Lissabon lautete ex-Art. 152 Abs. 5 Satz 1 EGV: „**Bei der Tätigkeit der Gemeinschaft im Bereich der Gesundheit** der Bevölkerung wird die Verantwortung der Mitgliedstaaten für die Organisation des Gesundheitswesens und die medizinische Versorgung in vollem Umfang gewahrt.“ Damit bezog sich ex-Art. 152 Abs. 5 Satz 1 EGV lediglich auf die Tätigkeit der Gemeinschaft „im Bereich der Gesundheit der Bevölkerung“. In anderen Politikbereichen war die Tätigkeit der Gemeinschaft dadurch nicht beschränkt.

Mit diesem ex-Art. 152 Abs. 5 Satz 1 EGV befasste sich intensiv der EuGH in seinem Urteil zum Fremdbesitzverbot (EuGH, Urteil vom 19.05.2009, verb. Rs. C-171/07 und 172/07, Apothekerverband des Saarlandes u.a.). In diesem Urteil distanzierte er sich davon, auch die sozial- und gesundheitspolitischen Entscheidungen der Mitgliedstaaten detailliert anhand der Grundfreiheiten zu überprüfen und im Wege der „negativen Integration“ anzugleichen. Beschränkungen der Grundfreiheiten, die dem Gesundheitsschutz dienen, sind damit nur noch unverhältnismäßig, wenn sie die Grenzen des den Mitgliedstaaten zustehenden Wertungsspielraums hinsichtlich der drohenden Gefahren und der Wirksamkeit der getroffenen Gegenmaßnahmen überschreiten. Die Mitgliedstaaten sind sogar befugt, präventiv Maßnahmen zum Schutz von Leben und Gesundheit als den höchsten Rechtsgütern des EGV zu treffen und das zu erreichende Schutzniveau selbst festzulegen (C-171/07 und 172/07, Rn. 20; so auch EuGH-Urteile vom 11.12.2003, Deutscher Apothekerverband, C-322/01, Rn. 103, vom 11.09.2008, Kommission/Deutschland, C-141/07, Rn. 51, und Hartlauer, C-169/07, Rn. 30), vom 5.06.2007, Rosengren u. a., C-170/04, Rn. 39).

Vor diesem Hintergrund wurde Art. 168 Abs. 7 Sätze 1 und 2 AEUV (ex-Art. 152 Abs. 5 EGV) seit dem Vertrag von Lissabon inhaltlich verändert und lautet: „**Bei der Tätigkeit der Union** wird die Verantwortung der Mitgliedstaaten für die Festlegung ihrer Gesundheitspolitik sowie für die Organisation des Gesundheitswesens und die medizinische Versorgung gewahrt. Die Verantwortung der Mitgliedstaaten umfasst die Verwaltung des Gesundheitswesens und der medizinischen Versorgung sowie die Zuweisung der dafür bereitgestellten Mittel.“

Damit bezieht sich der Wortlaut nunmehr auf die gesamte Tätigkeit der Union und nicht mehr nur auf den Gesundheitsbereich. Darüber hinaus wurde durch die Aufnahme der Formulierung „die Verantwortung der Mitgliedstaaten für die Festlegung ihrer Gesundheitspolitik“ eine sehr breite und grundsätzliche Verantwortung vor „die Organisation des Gesundheitswesens und die medizinische Versorgung“, in den Vertragstext eingefügt. Dadurch wird der Wille der Vertragsparteien deutlich, den gesamten Bereich der Gesundheitspolitik und ihrer Ausgestaltung auf Mitgliedstaatsebene zu belassen.

Diese Vertragsgestaltung verleiht der Argumentation des EuGH zusätzlich Gewicht. Denn nach der reinen Wortlautauslegung kann Art. 168 Abs. 7 Satz 1 AEUV der Ausübung anderer Kompetenzen der EU Grenzen setzen (Berg in: Schwarze, EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 168 AEUV Rn. 36 m.w.N.).

### c. Zwischenfazit

Der RL-VHM-E verstößt gegen Art. 168 Abs. 7 AEUV, die EU ist zum Erlass einer Richtlinie über eine Verhältnismäßigkeitsprüfung bezüglich neuer und zu ändernder berufsregulierender Vorschriften im Gesundheitsbereich nicht zuständig. Damit wird sowohl

in die Organisation des Gesundheitswesens als auch die medizinische Versorgung eingegriffen, deren Ausgestaltung den Mitgliedstaaten vorbehalten ist.

### **3. Verhältnismäßigkeitsprüfung unter wirtschaftlichen Aspekten des Binnenmarktes**

#### **a. Beabsichtigte Regelung**

Die Erwägungsgründe (11) und (18), sowie die Art. 4 Abs. 3 und 5 und Art. 6 Abs. 2 lit. i RL-VHM-E sehen eine Kosten-Nutzen-Analyse unter besonderer Berücksichtigung des unionsweiten Wettbewerbs im Markt, der Qualität der angebotenen Dienstleistung und den Auswirkungen auf die Freizügigkeit von Personen und Dienstleistungen unter Mitwirkung unabhängiger Stellen vor.

#### **b. Stellungnahme der Bundesärztekammer**

Die Vorgaben des RL-VHM-E zu einer staatlich unabhängigen, wissenschaftlich unterlegten Kosten-Nutzen-Analyse unter besonderer Berücksichtigung von europäischen Wettbewerbs- und Freizügigkeitsregeln sind eine Einflussnahme, für die der Union die Legitimation fehlt. Nach dem o.g. EuGH-Urteil zum Fremdbesitzverbot (C-171/07 und 172/07, Rn. 20) sind die Mitgliedstaaten befugt, präventiv Maßnahmen zum Schutz von Leben und Gesundheit als den höchsten Rechtsgütern des EGV zu treffen und das zu erreichende Schutzniveau selbst festzulegen (so auch EuGH-Urteile vom 11.12.2003, Deutscher Apothekerverband, C-322/01, Rn. 103, vom 11.09.2008, Kommission/Deutschland, C-141/07, Rn. 51, und Hartlauer, C-169/07, Rn. 30, vom 5.06.2007, Rosengren u. a., C-170/04, Rn. 39). Um den Mitgliedstaaten diese Möglichkeit zu geben, dürfe von ihnen nicht verlangt werden, hinsichtlich des "Vorliegens und der Bedeutung" dieser Gefahren und hinsichtlich der Eignung und Erforderlichkeit der zur Abwehr dieser Gefahren ergriffenen Maßnahmen vollständigen Beweis zu erbringen (Rs. C-171/07 und 172/07, Rn. 31). Problematisch ist darüber hinaus, dass zur Beurteilung von Präventivmaßnahmen oft keine geeigneten Methoden für entsprechende (ökonomische) Gutachten zur Verfügung stehen.

Die Begründung des RL-VHM-E setzt sich nicht damit auseinander, welche Gefahren der Funktionsfähigkeit eines innerhalb eines Mitgliedstaates bestehenden Gesundheitssystems drohen, wenn patientenschützende Normen an ihren wirtschaftlichen Auswirkungen gemessen werden. Es wird auch völlig außer Betracht gelassen, dass die Feststellung der „Unverhältnismäßigkeit“ einer bestimmten Regulierungsmaßnahme aus unionsweiten Wettbewerbs- oder Freizügigkeitsgründen sogar sehr weitreichende Kurskorrekturen in der nationalen Gesundheitspolitik erzwingt. Denn der selektive Wegfall einzelner Normen erfordert aufgrund vielfältiger und komplexer Wechselwirkungen mit anderen Regulierungsinstrumenten regelmäßig weitere Anpassungen. Der ersatzlose Wegfall einer Norm, die aus dem Blickwinkel des Binnenmarktes unverhältnismäßig erscheint, ist folglich in einer Gesamtschau zu sehen. Die ursprünglich durch die Ländergesetzgebung vorgeschriebene Verantwortung der Ärzteschaft würde damit im Ergebnis aufgehoben. Der RL-VHM-E beschränkt nicht nur die Regelungskompetenz des nationalen Gesetzgebers im Gesundheitsbereich, sondern stellt diese sogar infrage.

#### **c. Zwischenfazit**

Es verbietet sich patientenschützende Normen an wirtschaftlichen Aspekten des Binnenmarktes zu messen. Denn dies würde dem vom EuGH aufgestellten europäischen Wertekanon, in dem der Schutz von Leben und Gesundheit die höchsten Rechtsgüter sind, letztlich zuwider laufen.

#### **4. Patient als Verbraucher**

##### **a. Beabsichtigte Regelung**

Der RL-VHM-E stellt allgemein nur auf den Verbraucher ("consumer") ab.

##### **b. Stellungnahme der Bundesärztekammer**

Der Patient ist nicht primär als „Verbraucher“ zu charakterisieren. Damit würde der Grundgedanke des solidarisch finanzierten Sozialstaates außer Acht gelassen werden. Würde der Patient primär nur als "Verbraucher" definiert, wäre die Mitgestaltungskompetenz der EU in einem noch weiteren Maße eröffnet. Der Patient muss trennscharf vom Verbraucher abgegrenzt werden, da ansonsten die Gefahr bestünde, dass die EU ihre Kompetenzen auf den Patienten als Verbraucher in absehbarer Zukunft ausweiten wird (z.B. Angleichung technischer Normen im Binnenmarkt).

## **II. Regelungen im Einzelnen**

Bisher hat die EU durch Maßnahmen, die der Durchsetzung der Grundfreiheiten dienen, einen signifikanten Einfluss auf die Gesundheitssysteme der Mitgliedstaaten ausgeübt. So hat die EU die BARL, gestützt auf die Arbeitnehmer-, Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit, erlassen und damit in die Verwaltung des Gesundheitswesens und der medizinischen Versorgung eingegriffen.

Der vorliegende RL-VHM-E zum Verhältnismäßigkeitstest soll die BARL ergänzen. Deshalb wird dieser auch auf die Arbeitnehmer-, Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit gestützt. Jedoch geht der Vorschlag weiter als Art. 59 Abs. 3 BARL, der die EuGH-Rechtsprechung kodifiziert und lediglich eine Prüfung der von den Mitgliedstaaten erlassenen Normen nach den Grundsätzen der Nicht-Diskriminierung wegen:

- der Staatsangehörigkeit oder des Wohnsitzes,
- der Rechtfertigung durch übergeordnete Gründe des Allgemeininteresses sowie
- der Geeignetheit und Erforderlichkeit fordert.

Der beabsichtigte Verhältnismäßigkeitstest sieht eine sehr in die Tiefe gehende Prüfung eines kumulativen Effektes einer neu zu erlassenden oder zu ändernden berufsregulierenden Norm u.a. bezüglich der folgenden Anforderungen vor:

- bereits bestehende Regeln bezüglich der Berufsorganisation, den Standesregeln und der Berufsaufsicht (Art. 6 Abs. 2 lit. k i.V.m. Art. 6 Abs. 4 lit. c RL-VHM-E);
- bereits bestehende Regeln bezüglich einer Pflichtmitgliedschaft in einer Kammer, insbesondere wenn diese Anforderungen den Besitz einer bestimmten Berufsqualifikation implizieren (Art. 6 Abs. 2 lit. k i.V.m. Art. 6 Abs. 4 lit. d RL-VHM-E);
- bereits bestehende Regeln bezüglich bestimmter Rechts- oder Beteiligungsformen, soweit diese Anforderungen unmittelbar mit der Ausübung des reglementierten Berufs zusammenhängen (Art. 6 Abs. 2 lit. k i.V.m. Art. 6 Abs. 4 lit. f RL-VHM-E);
- bereits bestehende Regeln bezüglich geografischer Beschränkungen, insbesondere wenn der Beruf in Teilen eines Mitgliedstaates anders reglementiert ist (Art. 6 Abs. 2 lit. k i.V.m. Art. 6 Abs. 4 lit. g RL-VHM-E);

- bereits bestehende Regeln bezüglich der partnerschaftlichen Ausübung eines reglementierten Berufs und Unvereinbarkeitsregeln (Art. 6 Abs. 2 lit. k i.V.m. Art. 6 Abs. 4 lit. h RL-VHM-E);
- bereits bestehende Regeln bezüglich der Berufshaftpflichtversicherung (Art. 6 Abs. 2 lit. k i.V.m. Art. 6 Abs. 4 lit. i RL-VHM-E);
- bereits bestehenden Regeln bezüglich spezieller Sprachkenntnisse, wenn sie für die Ausübung des Berufs erforderlich sind (Art. 6 Abs. 2 lit. k i.V.m. Art. 6 Abs. 4 lit. j RL-VHM-E).

Im Folgenden wird auf einige dieser Kriterien näher eingegangen.

## **1. Verpflichtende Kammermitgliedschaft, zu Art. 6 Abs. 4 lit. d RL-VHM-E**

### **a. Beabsichtigte Regelung**

Art. 6 Abs. 2 lit. k i.V.m. Art. 6 Abs. 4 lit. d RL-VHM-E sieht vor, die Berufsregulierung dahingehend zu prüfen, ob sie zur Erreichung des im Allgemeininteresse liegenden Ziels beiträgt und hierfür notwendig ist, wobei die kumulative Wirkung mit bereits bestehenden Regeln bezüglich einer Pflichtmitgliedschaft in einer Kammer, insbesondere wenn diese Anforderungen den Besitz einer bestimmten Berufsqualifikation implizieren, zu berücksichtigen ist. Die beabsichtigte Berufsregulierung ist also auch daran zu messen, ob ihre Wirkung durch die bereits bestehende Anforderung einer Pflichtmitgliedschaft in einer Kammer gesteigert wird.

### **b. Stellungnahme der Bundesärztekammer**

Die Pflichtmitgliedschaft von Ärzten in ihren Landesärztekammern ist ein zentraler Bestandteil des deutschen Regulierungskonzepts der Freien Berufe mit ihrer Selbstverwaltung. Die Berufskammern übernehmen wichtige Aufgaben bei der Regulierung und Überwachung, die ansonsten durch staatliche Organe erledigt werden müssten. Mit diesem Konzept ermöglicht der deutsche Gesetzgeber einerseits eine möglichst sachgerechte und kompetente Regulierung durch Einbeziehung des beruflichen Sachverständs, andererseits aber auch eine möglichst effiziente und kostengünstige Aufgabenerledigung. Durch die konkrete Ausgestaltung in den Heilberufe- und Kammergesetzen werden elementare demokratische und rechtsstaatliche Grundsätze berücksichtigt, die allen Ärzten eine gleichberechtigte Mitwirkung in den Kammern garantieren. Dabei sind die Kammern darauf angewiesen, in ihrer Tätigkeit nach Maßgabe des von ihnen ermittelten Gesamtinteresses ihrer Mitglieder zu handeln und so einen effektiven Interessenausgleich herbeizuführen. Im Vergleich zu alternativen Systemen wie einer rein staatlichen Überwachung oder rein privatrechtlich organisierten Berufsverbänden stellt das deutsche Kammersystem ein sinnvolles und effizientes Regulierungskonzept dar.

Die Landesärztekammern nehmen im Rahmen der Gesetze die beruflichen Belange ihrer Mitglieder wahr, überwachen die Erfüllung der Berufspflichten, fördern die Fort- und Weiterbildung und wirken in der öffentlichen Gesundheitspflege mit. Damit stellen sie eine gleichbleibend hohe Qualität der in ihrem Kammergebiet erbrachten Gesundheitsdienstleistungen und damit den Schutz der öffentlichen Gesundheit sowie den Schutz von Patienten und Dienstleistungsempfängern sicher. Die Tätigkeit der Kammern ist für eine qualitativ hochwertige medizinische Versorgung der Bevölkerung und ein hohes Patientenschutzniveau daher unverzichtbar. Die Pflichtmitgliedschaft und die Kammern werden mit dem RL-VHM-E zur Disposition gestellt.

Die Fraktionen der CDU/CSU und SPD haben in einem Antrag vom 21.06.2016 „Den europäischen Binnenmarkt weiter vertiefen – Bewährte Standards erhalten“ (BT-Drs.

18/8867) für den Dienstleistungssektor folgende Aufforderung an die Kommission gerichtet (Seite 6):

„(...) Die legitimen Schutzzwecke, insbesondere der Verbraucherschutz, die Qualitätssicherung und die Ausbildungsleistung, denen die Regelungen des Berufszugangs und der Berufsausübung dienen, müssen weiter gewährleistet bleiben. (...) Die mitgliedstaatliche Regelungskompetenz für Berufsregelungen darf daher nicht in Frage gestellt werden. Ein Prüfraster zur Verhältnismäßigkeit (...), (das) auf eine Beschränkung oder gar das Infragestellen der Regelungskompetenz des nationalen Gesetzgebers im Bereich der reglementierten Berufe (...) (abzielt), (ist) abzulehnen; (...)“.

Es wird weiter ausgeführt, dass angemessene Berufsregeln weiterhin möglich bleiben müssten. Erst durch diese werde eine am Gemeinwohl orientierte Leistungserbringung möglich, das diene der Qualitätssicherung. Durch die berufsständische Selbstverwaltung, die Berufsregelungen und Reglementierungen werde der Wettbewerb der Qualitäts- und Ausbildungsstandards sowie die Professionalität gesichert. Das leiste einen langfristigen Beitrag für nachhaltiges Wirtschafts- und Beschäftigungswachstum in Deutschland.

Dem schließt sich die Bundesärztekammer, soweit auf den Arztberuf übertragbar, vollumfänglich an.

## **2. Territoriale Einschränkungen bezogen auf unterschiedliche Regelungen innerhalb eines Mitgliedstaates, zu Art. 6 Abs. 4 lit. g RL-VHM-E**

### **a. Beabsichtigte Regelung**

Art. 6 Abs. 2 lit. k i.V.m. Art. 6 Abs. 4 lit. g RL-VHM-E sieht vor, die Berufsregulierung dahingehend zu prüfen, ob sie zur Erreichung des im Allgemeininteresse liegenden Ziels beiträgt und hierfür notwendig ist, wobei die kumulative Wirkung mit bereits bestehenden Regeln bezüglich geografischer Beschränkungen, insbesondere wenn der Beruf in Teilen eines Mitgliedstaates anders reglementiert ist, zu berücksichtigen ist. Die beabsichtigte Berufsregulierung ist also auch daran zu messen, ob ihre Wirkung durch den föderalen Aufbau eines Mitgliedstaates, mit unterschiedlichen Regelungen derselben Materie innerhalb der verschiedenen Regionen eines Mitgliedstaates, gesteigert wird.

### **b. Stellungnahme der Bundesärztekammer**

Mit der verpflichtenden Prüfung dieser Anforderung missachtet die Kommission die Organisationshoheit der Mitgliedstaaten. Deutschland hat eine föderale Struktur, in der z.B. jede Landesärztekammer auf Grundlage der Heilberufe- und Kammergesetze Regeln in Form von Satzungen erlässt. Satzungen werden in einem rechtsstaatlichen Verfahren erlassen. Die EU hat keine Kompetenz bezüglich der strukturellen Ausgestaltung eines Mitgliedstaates. Denn diese gehört zum Kern der Verfassungsidentität eines jeden Mitgliedstaates. Eine Landesärztekammer müsste bei Berücksichtigung des Kriteriums aus Art. 6 Abs. 2 lit. k i.V.m. Art. 6 Abs. 4 lit. g RL-VHM-E ihre Satzungskompetenz hinterfragen. Denn nach Ansicht der EU ist eine beabsichtigte Berufsregulierung u.a. nur dann binnenmarktauglich, wenn dieselbe Materie in ein und demselben Mitgliedstaat einheitlich geregelt ist.

### **3. *Partnerschafts- und Unvereinbarkeitsregeln, zu Art. 6 Abs. 4 lit. h RL-VHM-E***

#### **a. Beabsichtigte Regelung**

Art. 6 Abs. 2 lit. k i.V.m. Art. 6 Abs. 4 lit. h RL-VHM-E sieht vor, die Berufsregulierung dahingehend zu prüfen, ob sie zur Erreichung des im Allgemeininteresse liegenden Ziels beiträgt und hierfür notwendig ist, wobei die kumulative Wirkung mit bereits bestehenden Regeln bezüglich der partnerschaftlichen Ausübung eines reglementierten Berufs und Unvereinbarkeitsregeln zu berücksichtigen ist. Die beabsichtigte Berufsregulierung ist also auch daran zu messen, ob ihre Wirkung durch die bereits bestehenden Anforderungen bezüglich Partnerschafts- und Unvereinbarkeitsregeln gesteigert wird.

#### **b. Stellungnahme der Bundesärztekammer**

Im deutschen Gesundheitswesen haben Ärzte zahlreiche gemeinwohlbezogene Aufgaben zu erfüllen, die über die direkte gesundheitsbezogene Fürsorgepflicht gegenüber dem einzelnen Patienten hinausreichen und eine völlige Unabhängigkeit von anderen Akteuren im Gesundheitswesen voraussetzen. Bei heilberuflichen Tätigkeiten sind Schutzvorkehrungen zur Sicherung der unabhängigen Berufsausübung besonders dringlich, um den Gefahren entgegenzuwirken, die eine Kommerzialisierung für die Gesundheit haben kann.

### **4. *Sprachvorschriften, zu Art. 6 Abs. 4 lit. j RL-VHM-E***

#### **a. Beabsichtigte Regelung**

Art. 6 Abs. 2 lit. k i.V.m. Art. 6 Abs. 4 lit. j RL-VHM-E sieht vor, die Berufsregulierung dahingehend zu prüfen, ob sie zur Erreichung des im Allgemeininteresse liegenden Ziels beiträgt und hierfür notwendig ist, wobei die kumulative Wirkung mit bereits bestehenden Regeln bezüglich spezieller Sprachkenntnisse, wenn sie für die Ausübung des Berufs erforderlich sind, zu berücksichtigen ist.

#### **b. Stellungnahme der Bundesärztekammer**

Eine Verhältnismäßigkeitsprüfung für neu zu erlassende oder zu ändernde Regelungen bezüglich spezieller Sprachkenntnisse wird abgelehnt, soweit auch der Arztberuf betroffen wäre. Die ärztliche Berufstätigkeit setzt neben der allgemeinen auch eine fachsprachliche Kompetenz voraus. Nur eine verständliche und fachlich eindeutige Kommunikation sowohl unter Kollegen als auch im Patientengespräch bietet die notwendige Sicherheit für Patienten. Es muss die Kompetenz des Mitgliedstaats bleiben, im Sinne der Patientensicherheit festlegen zu können, welcher Umfang an Sprachkenntnissen für die Ausübung des Arztberufs vorausgesetzt werden kann.

### **5. *Erforderlichkeit der Regulierung***

Erwägungsgrund (15) des RL-VHM-E schließt allgemein eine weitere Regulierung aus, wenn bereits andere Vorschriften (z.B. Verbraucherschutzvorschriften) als ausreichend angesehen werden können. Ähnliches beinhaltet Erwägungsgrund (19) des RL-VHM-E, der bei Verbraucherschützenden Vorschriften den Regulierungsspielraum erheblich einengen will (Beschränkung auf „Titelschutz“), wenn keine Interessen Dritter betroffen sind. Hier ist zu

befürchten, dass die Kommission bei anderer Ansicht nicht zögern wird, ein Vertragsverletzungsverfahren einzuleiten.

## **6. Zwischenfazit**

Die Bundesärztekammer lehnt die durch den RL-VHM-E geplante Ausweitung der bereits bestehenden und vom EuGH vorgegebenen Kriterien für eine Verhältnismäßigkeitsprüfung ab. Sie würden letztlich die innere Struktur der Mitgliedstaaten in Frage stellen.

## **III. Nationale Auswirkungen**

Von dem RL-VHM-E sind die Heilberufe- und Kammergesetze, wie auch das gesamte Satzungsrecht betroffen. Dies stellt einen weitreichenden Eingriff in die von Art. 168 Abs. 7 AEUV garantierte Verantwortung der Mitgliedstaaten in ihre Verwaltung des Gesundheitswesens und der medizinischen Versorgung dar (zur Argumentation s.o. unter C. I.2.). Denn den Mitgliedstaaten soll die Verpflichtung auferlegt werden, die Verhältnismäßigkeit ihrer berufsständischen Regeln im Gesundheitsbereich an Binnenmarktregeln zu messen und zu begründen. Erwägungsgründe (9) und (11) konkretisieren die Darlegungs- und Beweislast und fordern generell einen objektiven und unabhängigen Beweis („specific evidence“) für den Bedarf an Regulierung. Erwägungsgrund (18) ergänzt dies durch eine Kosten-Nutzen-Analyse („cost-benefit analysis“), die sich besonders mit dem Wettbewerb im Markt, der Qualität der angebotenen Dienstleistung und den Auswirkungen auf die Freizügigkeit von Personen und Dienstleistungen auseinandersetzen soll. Dies bedeutet einen gigantischen Mehraufwand im Vergleich zur bisherigen Begründungspflicht nach Art. 59 Abs. 3 BARL. Die innerstaatliche Struktur wird infrage gestellt und die Rechtsentwicklung gelähmt. Mitgliedstaatliche Behörden könnten ihre eigentlichen Aufgaben, z.B. gesetzgeberisch tätig zu werden und das Recht fortzuentwickeln, nicht mehr in ausreichendem Maße wahrnehmen. Problematisch ist darüber hinaus, dass zur Beurteilung von Präventivmaßnahmen keine geeigneten Methoden für entsprechende (ökonomische) Gutachten zur Verfügung stehen.

Die Heilberufe- und Kammergesetze, wie auch das gesamte Satzungsrecht der Landesärztekammern haben sich in Deutschland bewährt. Nach den durch die Länderparlamente beschlossenen Heilberufe- und Kammergesetzen obliegt es in Deutschland der ärztlichen Selbstverwaltung, Berufspflichten, die Weiterbildung und die Fortbildung zu regeln und zu überwachen. Die demokratisch legitimierte Übertragung der Kompetenz auf die Ärztekammern hat ihren Grund: Die Ärzteschaft hat die Expertise und soll die Verantwortung wahrnehmen. Die Gestaltung der entsprechenden Vorgaben erfolgt unter Orientierung am Gemeinwohl.

Eine Prüfung der Verhältnismäßigkeit bestehender und neu einzuführender Berufsreglementierungen für Ärzte, wie auch für andere freie Berufe, findet in Deutschland aus verfassungsrechtlichen Gründen statt. Bestehende Zugangs- und Berufsausübungsbeschränkungen sind bereits wegen des verfassungsrechtlich gebotenen Grundrechtsschutzes nicht diskriminierend und nur im Falle zwingender Gründe des Allgemeininteresses zulässig. Die in Deutschland insoweit vom Gesetzgeber, dem Satzungsgeber und den Gerichten vor jeder Maßnahme oder Entscheidung vorgenommene Prüfung ist mithin fast deckungsgleich mit den vom EuGH entwickelten Vorgaben. Das in Deutschland geltende Recht garantiert einen hohen Patientenschutz, der nicht Einzelinteressen nach Marktgesetzen unterworfen werden darf. Weiterer Vorgaben und bürokratischer Hürden bedarf es nicht. Dies würde zu einer Aushöhlung des demokratisch legitimierten Kompetenzgefüges in Deutschland führen.