



Stellungnahme der Bundesingenieurkammer zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie im Gewerberecht und in weiteren Rechtsvorschriften (Stand: 03.02.2009)

Die Bundesingenieurkammer vertritt die Interessen der Ingenieurkammern der Länder, die als Körperschaften des öffentlichen Rechts in ihrer überwiegenden Zahl zur öffentlichen Bestellung und Vereidigung von Sachverständigen, insbesondere in den Bereichen des Ingenieurwesens, auf der Grundlage von § 36 Gewerbeordnung (GewO) ermächtigt sind.

1.)

Die Bundesingenieurkammer unterstützt den Grundgedanken der europäischen Richtlinie 2006/123/EG (Dienstleistungsrichtlinie) die Beseitigung von Beschränkungen im Interesse einer Entwicklung von Dienstleistungstätigkeiten zwischen den Mitgliedsstaaten im Rahmen einer „eins-zu-eins“-Umsetzung. In diesem Sinne sind wir an einer europarechtlichen konformen Ausgestaltung des Instituts der öffentlichen Bestellung und Vereidigung auf Grundlage von § 36 GewO interessiert.

Jedoch wird im Hinblick auf das Anliegen der Dienstleistungsrichtlinie, Beschränkungen zu beseitigen, die einem freien, wettbewerbsfähigen Dienstleistungsmarkt entgegenstehen, keine Notwendigkeit zu deren Umsetzung in § 36 GewO gesehen. Dieser stellt, wie wir bereits in einer gemeinsamen Stellungnahme der Bestellungskörperschaften vom 19.12.2008 begründet haben, für Sachverständige aus der Europäischen Union keine Beschränkung dar.

Schon heute ist es für Sachverständige aus anderen europäischen Ländern möglich, die Sachverständigentätigkeit ungehindert und ohne behördliche Zulassung auszuüben. Für die Sachverständigentätigkeit in Deutschland besteht regelmäßig auch keine Anzeigepflicht.

§ 36 GewO stellt keine zusätzlichen dienstleistungs- oder berufsrelevanten Anforderungen. Alle Sachverständigen können sich unabhängig von der Staatsangehörigkeit in Deutschland öffentlich bestellen lassen, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen hierzu vorliegen. Soweit ein Antragsteller aus einem EU-Mitgliedstaat die Voraussetzungen des § 36 Abs. 1 GewO bereits durch Tätigkeiten und Qualifikationen in einem anderen EU-Mitgliedsstaat nachweisen kann, muss er diese im Rahmen des Bestellungsverfahrens in Deutschland nicht noch einmal erbringen. Diese im Ausland bereits erbrachten Qualifikationen werden bereits heute als ein „Baustein“ im Rahmen der Prüfung der besonderen Sachkunde des Sachverständigen anerkannt.

Insbesondere bedarf es aus unserer Sicht auch kein Regelungsbedürfnis für eine Verordnungsermächtigung für die öffentliche Bestellung ausländischer Sachverständiger.

Ausreichend wäre daher zur Klarstellung der Anerkennung von europäischen Qualifikationsnacheisen eine Ergänzung der bestehenden gesetzlichen Regelung von § 36 GewO. Wir schlagen insoweit vor, § 36 Abs. 1 GewO um eine Regelung zu ergänzen, die klarstellt, dass bei der Prüfung der Voraussetzungen nach Satz 1 Nachweise aus einem anderen Mitgliedsstaat der Europäischen Union und Qualifikationen, die in einem Mitgliedsstaat der Europäischen Union oder in einem Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum erworben wurden und einer inländischen Qualifikation vergleichbar sind, in gleicher Weise anerkannt werden.

Mit einer solchen Regelung wird unseres Erachtens einerseits deutlich gemacht, dass die öffentliche Bestellung und Vereidigung offen für alle Antragsteller ist, die die besondere Sachkunde und persönliche Eignung nachweisen können, unabhängig davon, welcher Nationalität und Staatszugehörigkeit sie sind sowie wo und wie sie ihre besondere Sachkunde erworben haben. Andererseits kann damit die hohe Qualität der öffentlichen Bestellung und Vereidigung von Sachverständigen und damit das besondere Vertrauen der Marktteilnehmer in dieses Institut weiterhin sichergestellt werden.

Einer zusätzlichen Regelung für Tätigkeiten, die einem öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen vorbehalten sind, bedarf es in § 36 GewO nicht, da in der Gewerbeordnung ein solcher Vorbehalt nicht enthalten ist. Soweit überhaupt Tätigkeiten von öffentlich bestellten Sachverständigen ausgeführt werden dürfen, die anderen Sachverständigen nicht erlaubt sind, werden diese sogenannten „Vorbehaltsbereiche“ in speziellen Fachgesetzen geregelt. Die Konformität dieser Regelungen mit der Dienstleistungsrichtlinie kann und sollte daher auch ausschließlich im Rahmen dieser Gesetze beurteilt und sichergestellt werden. Regelmäßig ist die öffentliche Bestellung auch nur eine von verschiedenen zugelassenen Möglichkeiten zur Berechtigung für diese Tätigkeit. Die in den jeweiligen Fachgesetzen definierten Voraussetzungen für diese Tätigkeiten gelten dann aber für alle dort geregelten Möglichkeiten und sind insoweit einer generellen Regelung in einem allgemeinen Gesetz nicht zugänglich.

Die Diskussion über die rechtliche Einordnung des Instituts der öffentlichen Bestellung und Vereidigung im Rahmen der Anpassung an die EU-Vorschriften kann insoweit nicht mit Fokus auf die „Vorbehaltsaufgaben“ geführt werden. Diese gesetzlichen Regelungen betreffen nur fünf von knapp 500 Sachgebieten und machen deshalb nicht das Wesen der öffentlichen Bestellung und Vereidigung nach § 36 GewO aus. Sie sind nicht abschließend hinsichtlich anderer Berechtigungen zur Tätigkeitserbringung und nehmen lediglich Bezug auf § 36 GewO, ohne umgekehrt Auswirkungen auf das Regelungssystem in § 36 GewO auszustrahlen.

Soweit aufgrund spezialgesetzlicher Regelungen bestimmte Tätigkeiten ausschließlich von öffentlich bestellten Sachverständigen ausgeführt werden dürfen (z.B. §§ 5, 10 Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz), sind hier die Fachgesetze zu ändern, damit diese Tätigkeiten entsprechend auch von anderen Sachverständigen ausgeübt werden dürfen. Die konkret erforderliche Qualifikation für eine solche Tätigkeit ergibt sich ausschließlich aus dem betreffenden Fachgesetz und kann nur in diesem Regelungskontext bewertet werden.

Die Vereinbarkeit der Regelung in § 36 GewO über die öffentliche Bestellung und Vereidigung mit den Anforderungen der Dienstleistungsrichtlinie ergibt sich auch aus Art. 26 Dienstleistungsrichtlinie. Danach sind die Mitgliedsstaaten dazu aufgefordert, Maßnahmen zu ergreifen, um eine freiwillige Qualitätssicherung der Dienstleistungen zu fördern. In Absatz 2 werden explizit Gütesiegel und Qualitätskennzeichnungen für Dienstleistungen angesprochen. Die Regelungen in § 36 GewO haben genau diese Funktion. § 36 GewO setzt voraus, dass der Sachverständige bereits in dem Sachgebiet, für das er öffentlich bestellt werden möchte, seit einiger Zeit tätig ist. Der Antragsteller wird also nur für Tätigkeiten bestellt, die er bereits erlaubt ohne die öffentliche Bestellung ausführen durfte. Ein Kriterium, wenn auch nicht das einzige, für die öffentliche Bestellung ist dabei, dass der Sachverständige über deutlich über dem Durchschnitt befindliche Kenntnisse und fachliche Fähigkeiten verfügt. Diese kann er jedoch erst im Rahmen der Tätigkeit selbst erwerben. Das System „öffentliche Bestellung“ macht daher nur eine besondere Qualität sichtbar, die zuvor von einer unabhängigen und neutralen Stelle - der Bestellungskörperschaft - überprüft wurde.

Einer weiteren Umsetzung, vor allem in Form einer Verordnungsermächtigung, bedarf es daher nicht.

2.)

Weiterhin sieht der Gesetzentwurf Änderungen in Absatz 3 vor, die nicht vollständig durch die in Bezug genommenen Richtlinien intendiert sind. Insoweit stehen wir einer kurzfristigen Änderung kritisch gegenüber. Hier sollte nach genauer rechtlicher Prüfung in einem späteren Gesetzgebungsverfahren die dann als wirklich notwendig und sinnvoll erkannte Anpassung erfolgen. Die knappen und zum Teil sehr vagen Begründungen zeigen den noch bestehenden Bedarf, die Notwendigkeit sowie gegebenenfalls den Inhalt und Umfang einer gesetzlichen Änderung zu prüfen. Gleichwohl nehmen wir im Folgenden zu diesen Punkten bereits inhaltlich Stellung.

In Nummer 1 von Absatz 3 sollen die klarstellenden Worte „einschließlich altersmäßiger Anforderungen“ gestrichen werden. Begründet wird diese Streichung mit einer möglichen Diskriminierung aus Altersgründen. Diese Begründung ist sehr vage gehalten. Nachdem jedoch weiterhin die Möglichkeit vorgesehen ist, Beginn und Ende der öffentlichen Bestellung zu regeln, wird nicht ganz klar, ob der Gesetzgeber hier nur sprachliche Änderungen vornehmen will oder ob eventuell sogar die Altersgrenze insgesamt aufgehoben werden soll.

Die Satzungen der Bestellungskörperschaften enthaltenen Altersgrenzen für die öffentliche Bestellung als besondere Qualitätskennzeichnung, nicht für die Ausübung der Sachverständigentätigkeit an sich. Diese Altersgrenzen sind von der Rechtsprechung in den letzten zwanzig Jahren wiederholt überprüft und bis hin zum Bundesverfassungsgericht (z.B. Beschluss vom 16.11.1990 – 1 BvR 1280/90 in GewArch 1991,103) als zulässig und in Bezug auf die bereits oben dargestellte Funktion der öffentlichen Bestellung zur Qualitätssicherung sinnvoll bestätigt worden. Auch die Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht ist in der Rechtsprechung unbestritten (VGH München vom 11.03.2009 Az. 22 BV 08.1413; VG München vom 21.10.2008 Az. 16 K 08.644; VG Mainz vom 21.3.2007 Az. 6 L 149/07.MZ) Vor diesem Hintergrund wäre eine komplette Abschaffung der Altersgrenzen sicher nicht mit einem vagen Satz in der Begründung zu rechtfertigen.

Auch das Bundesverfassungsgericht hat in der bereits zitierten Entscheidung (GewArch 1991, 103) die satzungsrechtliche Regelung einschließlich der Ermächtigungsgrundlage in § 36 Abs. 4 iVm. Abs.3 GewO in der damaligen Fassung als wirksam und ausreichend angesehen.

Auch unter dem Aspekt der Qualitätssicherung erscheint uns ein gänzlicher Verzicht auf jegliche Altersgrenzen als problematisch. Für die Frage, ob der Sachverständige noch über die nötige persönliche Eignung verfügt, ist eine Altersgrenze nach oben (in der Regel das 68. oder 67. Lebensjahr) ein objektives Kriterium, welches auch von Obergerichten anerkannt worden ist. Auf Grund der Verwaltungsrechtsprechung ist in den Sachverständigenordnungen der Ingenieurkammern die Vorgabe, dass eine mindestens 10-jährige Berufserfahrung vorliegen muss, entfallen. Es wird jedoch nach wie vor eine gewisse Berufserfahrung und, auch dies deutet auf die persönliche Eignung hin, Lebenserfahrung zu fordern sein. Dieses ist durch die Mindestaltersgrenze von 30 Jahren sichergestellt. Ein Verzicht hierauf würde auch bedeuten, dass objektive Kriterien entfallen.

Daher lehnen wir die Streichung ab und schlagen stattdessen eine klarstellende Formulierung vor.

Nummer 1 sollte wie folgt gefasst werden:

„die persönlichen Voraussetzungen, den Beginn und das Ende der Bestellung sowie Altersgrenzen,“

Im Ergebnis fordern wir daher zunächst den Verzicht auf diese Streichung im aktuellen Gesetzgebungsverfahren, um die eigentliche Bedeutung und die rechtlichen Auswirkungen prüfen zu können. Eine schlichte Streichung, vor allem mit der der aktuellen Rechtslage und der ständigen Rechtsprechung widersprechenden derzeitigen Begründung, wird abgelehnt. Lediglich eine klarstellende Formulierung wie die vorgeschlagene mit einer Gesetzesbegründung, die auf die fehlende Regelungsrelevanz der bestehenden weiten Formulierung gestützt wird, ist akzeptabel.

3.)

Eine europarechtlich begründete Notwendigkeit für eine Streichung von Nummer 3 Punkt e) in Absatz 3 wird nicht gesehen. Begründet wird die Streichung mit der fehlenden Vereinbarkeit des Verbots von Zweigniederlassungen mit dem Gemeinschaftsrecht.

Die Vorgabe an öffentlich bestellte Sachverständige, in Deutschland eine Niederlassung zu gründen, hat ihre Berechtigung darin, dass die öffentlich-rechtlichen Bestelungskörperschaften in die Lage versetzt werden müssen, ihre Kontroll- und Aufsichtsfunktionen auszuüben. An einer solchen klaren Zuständigkeitsregelung für die Ausübung dieser Funktionen, mit denen neben einer Sicherstellung Verwaltungszuständigkeit auch die Sicherstellung der Qualität der Sachverständigentätigkeit verbunden ist, würde es im Falle einer ersatzlosen Streichung fehlen. Dies würde auch die Wertigkeit und die besondere Bedeutung des Instituts der öffentlichen Bestellung beeinträchtigen. Daher sollte erstens Absatz 3 entsprechend angepasst und Punkt e) zum Beispiel wie folgt neu gefasst werden:

"Die Landesregierungen können durch Rechtsverordnung die zur Durchführung der Absätze 1 und 2 erforderlichen Vorschriften über die Voraussetzungen *und die örtliche Zuständigkeit* für die Bestellung sowie über die Befugnisse und Verpflichtungen der öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen bei der Ausübung ihrer Tätigkeit erlassen, insbesondere über ..."

Damit wäre sichergestellt, dass die zuständige Bestellungskörperschaft ihrer Aufsichtspflicht nachkommen kann. Mit der Satzungscompetenz für die örtliche Zuständigkeit bleiben die Bestellungskörperschaften in der Lage, untereinander flexible und praktikable Lösungen zu finden, die das Verwaltungsverfahren vereinfachen und in jedem Fall eine Zuständigkeit sicherstellen.

Denkbar wäre insoweit auch, bei grenzüberschreitenden Dienstleistungen vergleichbar den Regelungen in Ingenieur- bzw. Ingenieurkammergesetzen eine Melde- bzw. Anzeigepflicht einzuführen, die es der Bestellungskörperschaft erforderlichenfalls ermöglicht, den regelmäßigen Aufenthaltsort des Dienstleistungserbringers zu lokalisieren bzw. sich mit seiner zuständigen Heimatbehörde in Verbindung zu setzen.

Insgesamt stehen wir dem Gesetzgebungsverfahren unter den aufgezeigten Voraussetzungen positiv gegenüber, solange das derzeitige Vertrauen der Nachfrager von Sachverständigenleistungen in die öffentliche Bestellung gerechtfertigt bleibt.

Bundesingenieurkammer
Berlin, 24.02.2009