

EuGH konkretisiert Regeln zur Anwendbarkeit des nationalen Berufsrechts

von Michael Jung, Ass.iur.

I. Einleitung und Sachverhalt

Die fortschreitende Entwicklung des europäischen Binnenmarkts hat in den letzten Jahrzehnten insbesondere bei Angehörigen der Freien Berufe zu einem deutlichen Anstieg der grenzüberschreitenden Berufsausübung geführt. Rechtlich wird dies durch harmonisierende Regeln für die Anerkennung der Berufsqualifikationen ermöglicht, die vor allem in der Richtlinie 2005/36/EG¹ (nachfolgend: „Richtlinie“) zu finden sind. Neben der dauerhaften Niederlassung in anderen Mitgliedstaaten wird durch diese Vorschriften auch die vorübergehende grenzüberschreitende Dienstleistung näher ausgestaltet. Beide Grundfreiheiten sind als Pfeiler des Binnenmarkts seit jeher in den Verträgen verankert².

Während die Handhabung der Niederlassungsfreiheit relativ unkompliziert in der Praxis umzusetzen ist – die Antragsteller können ihren Beruf nach Anerkennung ihrer Berufsqualifikation im betreffenden Mitgliedstaat unter denselben Voraussetzungen wie Inländer ausüben³ –, kann die vorübergehende Dienstleistung schwierige Fragen aufwerfen. Im Titel II der Richtlinie sind Rahmenbedingungen für Anforderungen der Mitgliedstaaten enthalten, die diese an Dienstleister aus anderen Mitgliedstaaten stellen können. So dürfen Dienstleister manchen inländischen Anforderungen wie z.B. einer kosten- oder aufwandsträchtigen Mitgliedschaft in Berufsorganisationen nicht unterworfen werden⁴. Eine zentrale Vorschrift ist Artikel 5 Absatz 3 der Richtlinie: „[Dienstleister unterliegen] im Aufnahmemitgliedstaat den berufsständischen, gesetzlichen oder verwaltungsrechtlichen Berufsregeln, die dort in unmittelbarem Zusammenhang mit den Berufsqualifikationen für Personen gelten, die denselben Beruf ausüben, und den dort geltenden Disziplinarbestimmungen; zu diesen Bestimmungen gehören etwa Regelungen für die Definition des Berufs, das Führen von Ti-

teln und schwerwiegende berufliche Fehler in unmittelbarem und speziellem Zusammenhang mit dem Schutz und der Sicherheit der Verbraucher.“

Auch wenn diese Grundprinzipien auf dem Papier einfach aussehen mögen, kann ihre Anwendung im konkreten Einzelfall gleichwohl schwierig sein. Dies verdeutlicht der nachfolgende, jüngst vom EuGH⁵ entschiedene Sachverhalt: Ein griechischer Arzt, der in Athen in eigener Praxis niedergelassen ist und dort jahrzehntelange Erfahrung mit andrologischen Operationen hat, behandelte im Zeitraum von 2006 bis 2010 in einem ambulanten Operationszentrum in Darmstadt deutsche Patienten. Hierfür kam er durchschnittlich an einem bis zwei Tagen pro Monat nach Deutschland, seine Tätigkeit beschränkte sich ausnahmslos auf die Durchführung hochspezialisierter chirurgischer Eingriffe. Ein Patient beschwerte sich im Jahr 2007 bei der Landesärztekammer über eine angeblich überhöhte Abrechnung⁶, was zu einem berufsrechtlichen Ermittlungsverfahren führte. Im Zuge dieses Verfahrens prüfte die Kammer auch die Werbung des Arztes für seine Leistungen. Er hatte im Internet unter der Bezeichnung „Deutsches Institut“ bzw. „Europäisches Institut“ geworben, ohne dabei deutlich zu machen, dass er selbst nur zeitweise in Deutschland und ohne eigene Infrastruktur tätig sei. Dies stufte die Kammer als irreführend ein.

II. Vorlagebeschluss des Heilberufsgerichts

Die Landesärztekammer schuldigte den Arzt nachfolgend beim Heilberufsgericht wegen zweifachen Verstoßes gegen seine Berufspflichten an: er habe sowohl gegen das Verbot unangemessener Abrechnung (§ 12 Berufsordnung Hessen) als auch gegen das Verbot berufswidriger Werbung (§ 27 Berufsordnung Hessen) verstoßen. Diese Pflichten bean-

spruchten gemäß § 3 Absatz 3 Heilberufsgesetz, der insoweit Artikel 5 Absatz 3 der Richtlinie umsetze, auch Geltung gegenüber Dienstleistern aus anderen Mitgliedstaaten. Der angeschuldigte Arzt berief sich im Verfahren hingegen darauf, er unterliege im Rahmen seiner vorübergehenden Tätigkeit nicht dem deutschen Standesrecht und der hiesigen Berufgerichtsbarkeit, sondern allein der griechischen Berufsaufsicht. Beschwerden seien also an diese zu richten.

Vor diesem Hintergrund rief das Heilberufsgesetz den Europäischen Gerichtshof im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens nach Artikel 267 AEUV an⁷. Nach seiner Auffassung könne bereits die Unterwerfung unter das berufsgerichtliche Verfahren – unabhängig von seinem Ausgang – eine erhebliche Beeinträchtigung für den betroffenen Arzt darstellen. Darüber hinaus müsse bezweifelt werden, ob die betroffenen Abrechnungs- und Werbevorschriften in den Anwendungsbereich des Artikels 5 Absatz 3 fielen. Eine vollumfängliche Unterstellung von Dienstleistern unter das Berufs- und Disziplinarrecht könne über das unionsrechtlich Erlaubte hinausgehen⁸. Klärungsbedürftig sei daher, welche beruflichen Verstöße im Sinne der Richtlinie als „schwerwiegend“ einzustufen seien. Das Gericht äußerte erhebliche Zweifel daran, dass ein disziplinarrechtliches Vorgehen wegen nicht ordnungsgemäßer Honorarbemessung hier noch verhältnismäßig sei⁹.

Die Landesärztekammer machte gegenüber dem EuGH unter anderem geltend, es könne nicht sein, dass Dienstleister im Gegensatz zu niedergelassenen Ärzten nur für „schwerwiegende“ Verstöße disziplinarisch zur Rechenschaft gezogen werden könnten. Eine solche Auslegung gefährde das in den EU-Verträgen und mit der Richtlinie bezweckte hohe Verbraucherschutzniveau. Das Unionsrecht fordere allein eine Gleichbehandlung mit Inländern.

III. Schlussanträge des Generalanwalts

Generalanwalt Cruz Villalón sah sich bei der Abfassung seiner Schlussanträge¹⁰ dazu veranlasst, zunächst die Anwendbarkeit der Richtlinie an sich zu prüfen. Deren materieller Anwendungsbereich sei nämlich allein auf die Harmonisierung der Zugangsvoraussetzungen zu einem Beruf gerichtet, nicht aber auf die Ausübungsbedingungen dieses Berufs¹¹. Letztere würden grundsätzlich von der Dienstleistungsrichtlinie 2006/123/EG erfasst, die allerdings nach ihrem Artikel 2 nicht auf Gesundheitsdienstleistungen anwendbar sei¹². Prüfungsmaßstab im vorliegenden Fall sei daher mangels sekundärrechtlich einschlägiger Re-

gelungen das Primärrecht, konkret Artikel 56 AEUV. Die Verhängung von Disziplinarmaßnahmen sei offensichtlich eine die Dienstleistungsfreiheit beschränkende Maßnahme, die allerdings aus Gesundheits- und Verbraucherschutzgründen gerechtfertigt werden könne. Ob diese Rechtfertigung tatsächlich begründet werden könne, müsse vom vorlegenden nationalen Gericht beurteilt werden. Der Generalanwalt gab allerdings bezüglich der beiden Vorwürfe seine persönliche Einschätzung zu erkennen, die sich im Ergebnis wohl mit den Ausführungen des vorlegenden Gerichts deckt: Wenn ein gewisser Spielraum bei der Bemessung des Honorars bestehe, dürfe eine Kammer nicht durch Disziplinarmaßnahmen in diesen Ermessensspielraum des Dienstleisters eingreifen. Andererseits entspreche die angegriffene Werbung des Arztes kaum den für Ärzte geltenden ethischen Standards.

IV. Urteil des EuGH

Der Gerichtshof begründet sein Urteil in ähnlicher Weise. Allerdings sieht er, anders als der Generalanwalt und angesichts des Wortlauts der Richtlinie überzeugend, grundsätzlich einen Anwendungsbereich der Richtlinie für Berufsausübungsbedingungen. Diese müssten aber „in unmittelbarem Zusammenhang mit der Ausübung der ärztlichen Heilkunst selbst stehen“ und ihre „Nichtbeachtung den Schutz des Patienten beeinträchtigen“¹³. Folglich fielen weder Gebührenordnungen noch Werberegulungen in den sachlichen Anwendungsbereich des Artikel 5 Absatz 3¹⁴. Im Ergebnis prüft also auch der EuGH den Sachverhalt am Maßstab der Dienstleistungsfreiheit nach Artikel 56 AEUV.

Anders als der Generalanwalt bejaht der Gerichtshof nicht ohne weiteres das Vorliegen einer Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit durch die verpflichtende Anwendung einer Gebührenordnung. Dies begründet er damit, dass eine nationale Regelung nicht allein dadurch beschränkende Wirkung entfalte, dass andere Mitgliedstaaten weniger strenge Vorschriften erlassen hätten¹⁵. Nur wenn den Vorschriften jegliche Flexibilität fehlen würde, könnte ihre Anwendung auf Ärzte aus anderen Mitgliedstaaten abschreckend wirken¹⁶. Diese Prüfung unterliege der Beurteilung durch das vorlegende Gericht.

Auch der EuGH geht sodann auf die Rechtfertigungsmöglichkeiten einer Beschränkung ein und benennt den Gesundheits- und Verbraucherschutz als Rechtfertigungsgründe. Gemäß gefestigter Rechtsprechung habe das vorlegende Gericht auch zu prüfen, ob eine kohärente und systematische Regelungsstruktur

vorliege und ob die Schwere der beabsichtigten Sanktionen verhältnismäßig sei¹⁷.

In den Werberegungen der Berufsordnungen sieht der EuGH wohl eine Beschränkung¹⁸, auch wenn es sich nicht um ein Totalverbot handele. Auch diese Beschränkung könne aber in gleicher Weise gerechtfertigt sein, was das nationale Gericht zu prüfen habe.

Bezüglich der vom Heilberufsgericht aufgeworfenen Frage der Vereinbarkeit einer vollumfänglichen Unterwerfung von Dienstleistern unter die Berufsordnung und die Berufsgerichtsbarkeit sieht der Gerichtshof keine Anhaltspunkte für die Entscheidungserheblichkeit im konkreten Fall. Er weist diese daher als hypothetisch und unzulässig zurück¹⁹. Gleichwohl sieht er sich veranlasst zur Klarstellung, dass die Richtlinie weder die Berufsregeln noch die Disziplinarvorschriften vorschreibt, denen ein Dienstleister unterworfen werden kann²⁰.

V. Bewertung

Die wesentlichen Ergebnisse der Entscheidung lassen sich wie folgt zusammenfassen: Sowohl die Richtlinie als auch die Dienstleistungsfreiheit stehen grundsätzlich einer umfassenden Unterwerfung von Dienstleistern unter Berufsordnungen und Disziplinarvorschriften nicht entgegen. Bei der konkreten Anwendung einzelner Ge-/Verbote muss allerdings geprüft werden, ob sich dies als beschränkende Maßnahme auswirkt²¹ und ob Ziele des Allgemeininteresses die beabsichtigten Maßnahmen rechtfertigen. Insoweit wird man angesichts des auch in Unionsrecht hohen Stellenwerts des Gesundheits- und Verbraucherschutzes²² zu einem weitgehend übereinstimmenden Prüfungsergebnis sowohl am Maßstab des deutschen Verfassungsrechts als auch des Unionsrechts kommen. Damit wird die Rolle der Berufsgerichtsbarkeit der Heilberufe auch im Rahmen der grenzüberschreitenden Dienstleistung bekräftigt und gestärkt. Ein separates Regelwerk für Dienstleister ist nicht erforderlich.

Weitergehend könnte sich allerdings die einschränkende Auslegung des Artikel 5 Absatz 3 der Richtlinie durch den EuGH für andere Freie Berufe erweisen. Wie nämlich der Generalanwalt in seinen Schlussanträgen angemerkt hat, sind Berufsausübungsregeln außerhalb der speziellen Vorschrift des Artikel 5 Absatz 3 der Richtlinie an den Maßstäben der Dienstleistungsrichtlinie zu messen²³. Auch wenn das ursprünglich von der Kommission vorgesehene generelle Herkunftslandprinzip in der vom Parlament und dem Rat beschlossenen Fassung

der Dienstleistungsrichtlinie nicht mehr auftaucht, enthält ihr Artikel 16 gleichwohl strikte Vorgaben für die Mitgliedstaaten bezüglich der Anforderungen, die sie an Dienstleister stellen können. Insbesondere wird in Artikel 16 Absatz 3 ein enumerativer Katalog von Rechtfertigungsgründen für Berufsausübungsanforderungen aufgestellt, in dem sich z.B. der Verbraucherschutz nicht wiederfindet. Dies kann Folgen bei der Einzelfallprüfung durch die Gerichte haben. Allerdings erscheint durchaus fraglich, wie sich ein genereller Ausschluss des Verbraucherschutzes als Rechtfertigungsgrund in der Dienstleistungsrichtlinie mit der primärrechtlichen Vorgabe des Artikels 169 AEUV in Einklang bringen lässt. Es bleibt abzuwarten, ob der EuGH künftig Gelegenheit erhält, sich zu dieser Frage zu äußern.

Die europäische Beeinflussung des nationalen Berufsrechts wird im Übrigen aller Voraussicht nach weitergehen. Anfang Oktober 2013 hat die Kommission eine Mitteilung unter dem Titel „Bewertung der nationalen Regulierungen des Berufszugangs“²⁴ vorgelegt, in dem sie die Mitgliedstaaten unter Hinweis auf die im demnächst in Kraft tretenden neuen Artikel 59 der novellierten Richtlinie²⁵ dazu aufruft, ihr gesamtes Berufsrecht zu prüfen und einer gegenseitigen Evaluation zu unterziehen. Die Kommission erwartet insoweit „spürbare Veränderungen“ und fordert insbesondere eine Abwägung regulatorischer Vorteile gegen ihre ökonomischen Kosten. Sie zeigt sich unzufrieden mit den Erfahrungen bei der Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie und wirft den Mitgliedstaaten vor, bislang weitgehend keine fundierte Verhältnismäßigkeitsprüfung vorgenommen zu haben. Für die Bearbeitung dieser Forderungen sieht die Kommission einen sehr ehrgeizigen Zeitplan vor. Letztlich stellt dieses Dokument die Fortführung der früheren Bemühungen der Kommission zur Liberalisierung des Berufsrechts dar²⁶. Den Berufsorganisationen der Freien Berufe und den Regierungen der Mitgliedstaaten steht in den nächsten Jahren die anspruchsvolle Aufgabe bevor, die von ihnen für wesentlich gehaltenen Regulierungen zu verteidigen. Das Ergebnis dieser Diskussionen bleibt abzuwarten.

¹ Richtlinie 2005/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. September 2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen, ABI. EU 2005 L 255, S. 22 ff.

² Heute: Artikel 49 AEUV (Niederlassungsfreiheit) und Artikel 56 AEUV (Dienstleistungsfreiheit).

³ Vgl. Artikel 4 der Richtlinie.

⁴ Vgl. Artikel 6 der Richtlinie, der stattdessen eine automatische vorübergehende Eintragung oder eine pro-forma-Mitgliedschaft vorsieht. Die deutschen

Heilberufsgesetze verzichten allerdings auf diese Option ganz und fordern nur eine vorherige Meldung (vgl. z.B. § 3 des Hessischen Heilberufsgesetzes).

⁵ Urteil der Vierten Kammer vom 12. September 2013, C-475/11 – *Konstantinides*.

⁶ Mangels einer für die spezielle Operation einschlägigen Gebührenziffer in der ärztlichen Gebührenordnung und unter Berufung auf eine Honorarvereinbarung legte der Arzt seiner Rechnung eine Analogziffer unter Anwendung des Steigerungsfaktors 16,2 sowie weitere Gebührenziffern, teilweise ebenfalls analog, mit verschiedenen Steigerungsfaktoren zugrunde und kam so auf eine Summe von knapp 6.400 Euro.

⁷ Berufsgesicht für Heilberufe bei dem Verwaltungsgericht Gießen, Beschluss vom 14. September 2011, 21 K 1604/10.GI.B.

⁸ In diesem Zusammenhang sah das Gericht auch mögliche verfassungsrechtliche Probleme bei der landesrechtlichen Umsetzung der Richtlinie. Diese Aspekte wurden jedoch in den Schlussanträgen und dem Urteil des EuGH als irrelevant angesehen, da sie nicht in die Prüfungskompetenz des Gerichtshofs fallen.

⁹ Wörtlich: „im Hinblick darauf, dass die Landesärztekammer über mehrere Monate und unter Heranziehung fachgutachterlicher Äußerungen die Rechtsfrage zu klären suchte, wie vorliegend abzurechnen gewesen wäre“

¹⁰ Schlussanträge des Generalanwalts *Pedro Cruz Villalón* vom 31. Januar 2013, C-475/11.

¹¹ Diese Argumentation erscheint allerdings angesichts des Wortlauts der Richtlinie, die mehrmals und insbesondere in Artikel 5 Absatz 3 Berufsausübungsbedingungen erwähnt, sehr gewagt.

¹² ABI. EU 2006 L 376, S. 36 ff. Die Bereichsausnahme für Gesundheitsdienstleistungen wird vom EuGH weit ausgelegt, vgl. Urteil der Ersten Kammer vom 11. Juli 2013, C-57/12 – *Femarbel*.

¹³ EuGH, Rz. 39.

¹⁴ Ebenso schon *Dittberner*, der freie beruf 11/2005, S. 18.

¹⁵ EuGH, Rz. 48.

¹⁶ EuGH, Rz. 49.

¹⁷ EuGH, Rz. 52.

¹⁸ EuGH, Rz. 56: „geeignet, den freien Verkehr der betreffenden ärztlichen Dienstleistungen zu behindern“.

¹⁹ EuGH, Rz. 61 f.; ebenso Schlussanträge, Rz. 21 f.

²⁰ EuGH, Rz. 63.

²¹ Dies dürfte in den meisten Fällen wegen der Sanktionsdrohungen anzunehmen sein.

²² Vgl. Artikel 168 und 169 AEUV.

²³ Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe d) der Dienstleistungsrichtlinie statuiert den Vorrang der Berufsqualifikationsrichtlinie, soweit diese anwendbar ist.

²⁴ KOM (2013) 676.

²⁵ Beschluss des EU-Parlaments abrufbar unter <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2013-0408+0+DOC+XML+V0//DE&language=DE>.

²⁶ KOM (2004) 83 „Bericht über den Wettbewerb bei freiberuflichen Dienstleistungen“ und KOM (2005) 405 „Freiberufliche Dienstleistungen – Raum für weitere Reformen“; vgl. dazu *Jung*, Jahrbuch des Kammerrechts 2005, S. 453 ff. In ihren aktuellen öffentlichen Reden betont die Kommission interessanterweise stets, es gehe ihr nicht um eine Deregulierung. Der Wortlaut ihrer Mitteilung lässt dies aber nicht unbedingt erkennen.