

aktuelle stellungnahmen 2/05

vom 1. Februar 2005

Liberalisierung des Berufsrechts der Freien Berufe

Aktueller Stand der Arbeiten der Generaldirektion Wettbewerb der EU-Kommission

von Prof. Dr. Winfried Kluth / Assessor Ferdinand Goltz / Karsten Kujath

I. Hintergrund

Im März 2000 hat der Europäische Rat auf seiner Tagung in Lissabon ein **wirtschaftspolitisches Reformprogramm** verabschiedet.¹ Darin setzt sich die Europäische Union das strategische Ziel, sich bis zum Jahr 2010 zum wettbewerbsfähigsten und dynamischsten Wirtschaftsraum der Welt zu entwickeln, der ein dauerhaftes Wirtschaftswachstum, mehr und bessere Arbeitsplätze sowie einen größeren sozialen Zusammenhalt mit sich bringt. In seinen Schlussfolgerungen hat der Europäische Rat die Europäische Kommission, den Rat der EU und die Mitgliedstaaten dazu aufgerufen, die bestehenden Hemmnisse bei der grenzüberschreitenden Erbringung von Dienstleistungen zu beseitigen.

Dieser Vorgabe sowie der eigenen Überzeugung folgend, misst die Kommission dem Dienstleistungsbereich innerhalb der europäischen Wirtschaft eine erhebliche Bedeutung zu. Sie bezeichnet ihn als den wichtigsten Wachstumsmotor in der EU.² Sie hat diese Überzeugung in eine **Binnenmarktstrategie** für den Dienstleistungssektor umgesetzt. Diese Strategie soll dazu beitragen, einen reibungslos funktionierenden Binnenmarkt für alle Dienstleistungsanbieter zu schaffen.³ Die von den **Angehörigen der freien Berufe** erbrachten Dienstleistungen sind Teil dieses wichtigen Wirtschaftsbereichs und können nach Ansicht der Kommission maßgeblich zu einer Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit der EU-Wirtschaft beitragen.⁴ Vor diesem Hintergrund wird deutlich, warum die Kommission den mitgliedstaatlichen Regelungen zu den freien Berufe eine besondere Aufmerksamkeit

schenkt und auch diesen Bereich auf mögliche Hindernisse für das wirtschaftliche Wachstum hin untersucht.

II. Die vorbereitenden Maßnahmen der Generaldirektion Wettbewerb

Das Ziel, den Gemeinsamen Markt auch auf dem Dienstleistungssektor zu verwirklichen, verfolgt die Generaldirektion Wettbewerb – parallel zu den hier ausgeklammerten umfangreichen Bemühungen der Generaldirektion Binnenmarkt⁵ – mit einem **längerfristig angelegten Handlungsprogramm**. Die **erste Phase** der zweistufigen Binnenmarktstrategie bestand darin, die Bedeutung der Dienstleistungen für die europäische Wirtschaft zu evaluieren und festzustellen, welche tatsächlichen und rechtlichen Hindernisse dem Binnenmarkt in diesem Wirtschaftsbereich entgegenstehen.⁶ In der **zweiten Phase** sollen die erkannten Hindernisse für den freien Dienstleistungsverkehr beseitigt und das Entstehen neuer verhindert werden. In diesem Zusammenhang soll überprüft werden, inwieweit das Berufsrecht der freien Berufe in den Mitgliedstaaten an die wettbewerbsrechtlichen Rahmenbedingungen des Gemeinschaftsrechts angepasst werden muss.

1. Ankündigung der Untersuchung durch EU-Kommissar Monti

EU-Wettbewerbskommissar *Mario Monti* hat im März 2003 in einer Rede⁷ vor der Mitgliederversammlung der Bundesrechtsanwaltskammer die Wettbewerbspolitik der Kommission hinsichtlich der freien Berufe in der EU erstmals öffentlich erläutert. Darin hat er die Veröffentlichung einer von der Generaldirektion

Wettbewerb in Auftrag gegebenen Studie angekündigt, die sich mit den wirtschaftlichen Auswirkungen der einzelstaatlichen Regelungen zum Berufsrecht der freien Berufe befasst. Die Schlussfolgerungen dieser Studie hat sich die Kommission im Wesentlichen zu Eigen gemacht.

In seiner Rede erkannte *Monti* zwar die **Besonderheiten der freien Berufe** und ihre Schutzfunktion im öffentlichen Interesse an. Auch verwies er auf zwei EuGH-Urteile, wonach die Mitgliedstaaten zum Erlass von Berufsrecht berechtigt sind und wonach bestimmte berufsrechtliche Regelungen der wettbewerbsrechtlichen Regelung des Art. 81 EG nicht direkt unterliegen.⁸ Doch forderte er zugleich alle Beteiligten dazu auf, keine wettbewerbshemmenden Regeln aufzustellen oder beizubehalten, die nicht zwingend erforderlich sind, um die ordnungsgemäße Berufsausübung zu gewährleisten.

Monti relativierte bei dieser und bei weiteren Gelegenheiten das von den Mitgliedstaaten und Organisationen der freien Berufe angeführte Argument, hohe Zugangshürden und eine strenge Berufsaufsicht würden der Qualitätssicherung von Dienstleistungen dienen. Unter angemessener Qualität sei nicht notwendigerweise ein höchstmögliches Maß an Qualität zu verstehen. Nach seiner Auffassung sollte den Dienstleistungsempfängern vielmehr eine größere Auswahl von Leistungen unterschiedlicher Qualität bereitgestellt werden. Dies begründete er u.a. damit, dass nicht jeder Verbraucher ständig Dienstleistungen in Spitzenqualität zu hohen Preisen benötige und in Anspruch nehmen wolle.

Als Zeichen der Dialogbereitschaft der Kommission lud *Monti* alle betroffenen Akteure ein, Stellungnahmen zu der o.g. Studie abzugeben und sich an der Diskussion über die Liberalisierung des Berufsrechts zu beteiligen.

2. Die Studie des Instituts für Höhere Studien (Wien)

Die von *Monti* erwähnte Studie des **Instituts für Höhere Studien** (IHS) mit Sitz in Wien wurde im Frühjahr 2003 veröffentlicht. Ihr Thema war die Untersuchung der wirtschaftlichen Auswirkungen der mitgliedstaatlichen Regelungen zum Berufsrecht der freien Berufe.⁹ Die vergleichende Untersuchung trägt den Titel „Economic impact of regulation in the field of liberal professions in different Member States“. Vorgehensweise und Ergebnisse können folgendermaßen skizziert werden:

a) Methode

Das IHS untersucht in seiner Studie, welche Regulationsintensität für bestimmte freie Berufe in den fünfzehn Mitgliedstaaten besteht. Als freie Berufe werden berücksichtigt Buchprüfer, Wirtschaftsprüfer und Steuerberater, Rechtsanwälte und Notare, Architekten und beratende Ingenieure sowie Apotheker. Zur Datenerhebung wurden Fragebögen erstellt und an die betreffenden Berufskammern, Berufsverbände und Ministerien versandt.¹⁰ Neben den daraus gewonnenen Informationen wurde auch bereits vorhandenes Datenmaterial¹¹ ausgewertet. Die Studie weist die Regulierungsdichte je Mitgliedstaat und Berufsfeld durch einen Gesamtregelungsindex aus, der sich aus verschiedenen, weiter differenzierenden Indizes zusammensetzt. Diese beziehen sich im Wesentlichen auf **Marktzugang und Marktverhalten** regulierende berufsrechtliche Vorschriften. Der ermittelte Grad der berufsrechtlichen Regulierungsdichte wird in einem weiteren Schritt einem volkswirtschaftlich errechneten Leistungsniveau gegenübergestellt, in das die jeweilige Berufsdichte sowie preisbereinigte und an das jeweilige BIP-Niveau angepasste Umsatzzahlen einfließen.

b) Ergebnisse

Die Studie kommt zu dem Ergebnis, dass in den Mitgliedstaaten eine sehr **unterschiedliche Regulierungsdichte** besteht. Ein hoher Regulierungsgrad für alle untersuchten Berufe wurde in Österreich, Italien, Luxemburg und

mit Ausnahmen im Bereich der technischen Dienstleistungen in Deutschland und Frankreich ausgemacht. Die Untersuchung konstatiert, dass ein hoher Regulierungsgrad im Hinblick auf die Gesamtwirtschaft und die Verbraucherinteressen zu suboptimalen Ergebnissen führe.¹² Aus der Feststellung, dass in Mitgliedstaaten mit einer verhältnismäßig geringen Regulierungsdichte kein Marktversagen¹³ beobachtet werden konnte, folgert das IHS, dass Mitgliedstaaten mit einem höheren Regulierungsgrad diesen zumindest insoweit absenken könnten, ohne dass die Qualität der freiberuflichen Dienstleistungserbringung selbst Schaden nähme.¹⁴

3. Reaktionen auf die IHS-Studie

Nach Veröffentlichung der IHS-Studie wurde von mehreren Seiten teilweise massive **Kritik am methodischen Vorgehen** der Untersuchung und an ihren Schlussfolgerungen geübt.¹⁵ Das ausgewertete Datenmaterial wird als z.T. quantitativ und qualitativ unzulänglich bezeichnet.¹⁶ Die der Studie zu Grunde gelegten Theorien würden zu wenig die spezifischen Besonderheiten bestimmter freier Berufe berücksichtigen, die eine Mindestregulierung erforderlich machten. Des Weiteren wird bemängelt, dass ungenaue Testmethoden angewandt sowie von den Gutachtern errechnete Korrelationen nicht hinreichend begründet wurden. Schließlich könne aus dem Umstand, dass in wenig reglementierten Mitgliedstaaten kein Marktversagen festgestellt wurde, nicht geschlossen werden, dass eine Deregulierung des Berufsrechts in anderen Mitgliedstaaten ohne negative Folgen für die Sicherung einer hohen Qualität der freiberuflichen Dienstleistungen bleibe.

Im Zusammenhang mit der Veröffentlichung der IHS-Studie hat die Kommission erneut dazu aufgerufen, sich an der Liberalisierungsdiskussion zu beteiligen.¹⁷ Eine Vielzahl von Freiberuflern und berufsständischen Organisationen ist dieser Aufforderung gefolgt. Auch Verbraucherschutzverbände haben sich geäußert. Die Kommission hat die wesentlichen

Inhalte der bei ihr eingegangenen Erklärungen zusammengefasst und veröffentlicht.¹⁸ In den meisten Stellungnahmen wurde vorgebracht, dass ein **bestimmtes Maß an Regulierung** notwendig sei, um eine ordnungsgemäße Berufsausübung sicherzustellen. Befürwortet wurden angemessene Marktzugangshürden und berufsständische Vorschriften. Dagegen hielt die Mehrheit eine übermäßige Regulierung bei der Preisgestaltung, Werbebeschränkungen und Einschränkungen der interprofessionellen Zusammenarbeit für nicht erforderlich.

III. Verhältnis zu weiteren Maßnahmen im Kontext der Binnenmarktstrategie

Die Aktivitäten der GD Wettbewerb müssen im Zusammenhang mit weiteren Maßnahmen gesehen und gewürdigt werden, die im Kontext der Lissabon-Strategie von der GD Binnenmarkt umgesetzt werden. Es handelt sich dabei zum einen um die neue allgemeine **Berufsanerkennungsrichtlinie** und zum anderen um die **EU-Dienstleistungsrichtlinie**.¹⁹ Im Zentrum beider Richtlinien steht die Erweiterung der Geltung des Herkunftslandsprinzips für die Erbringung von Dienstleistungen.

Beide Richtlinien befinden sich derzeit im Rechtssetzungsverfahren und es wird damit gerechnet, dass sie trotz einiger Streitfragen, die insbesondere die Reichweite des Herkunftslandprinzips betreffen, im Laufe des Jahres 2005 verabschiedet werden.

IV. Der rechtliche Rahmen für die Beurteilung des Berufsrechts der freien Berufe

Eine sachgerechte Beurteilung des Berufsrechts der freien Berufe kann nur erfolgen, wenn der jeweilige Untersuchungsgegenstand und die rechtlichen Maßstäbe der Überprüfung klar sind.

1. Die vier Schwerpunkte der inhaltlichen Überprüfung

Die Kommission erachtet bestimmte berufsrechtliche Normen der Mitgliedstaaten für in besonderem Maße geeignet, den Wettbewerb

der freiberuflichen Dienstleistungen innerhalb der EU zu beeinträchtigen. Demgemäß unterzieht sie diese Regelungen einer eingehenden Überprüfung. Dazu zählen Preisregelungen, Werbebeschränkungen, Zugangsbeschränkungen und Vorbehaltsaufgaben sowie Beschränkungen der zulässigen Unternehmensform und der branchenübergreifenden Zusammenarbeit von Freiberuflern.²⁰

a) Preisregelungen

Bei den **mitgliedstaatlichen Preisregelungen** wird zwischen verbindlichen Festpreisen²¹ und Preisempfehlungen für freiberufliche Dienstleistungen unterschieden. Gerade Fest- und Mindestpreise sind nach Ansicht der Kommission starke regulatorische Instrumente, die dem Verbraucher die Vorteile eines wettbewerbsfähigen Marktes entziehen können. Es gäbe weniger restriktive Maßnahmen, um im Sinne des Verbraucherschutzes eine hohe Qualität der freiberuflichen Tätigkeit zu sichern. So würde es dem Schutz des Verbrauchers dienen, ihn besser über freiberufliche Dienstleistungen zu informieren.²²

b) Werbebeschränkungen

Zu den **Werbebeschränkungen für freie Berufe** zählen strikte Werbeverbote und besondere Einschränkungen der Werbemöglichkeiten. Beispielsweise dürfen in einigen Mitgliedstaaten Freiberufler nur spezifische Werbemedien und -methoden in Anspruch nehmen, um für ihre Dienste zu werben. Die Kommission geht davon aus, dass eine wahrheitsgemäße und objektive Werbung zu einer besseren Information des Verbrauchers führen und dazu beitragen könne, den Verbraucherschutz zu stärken.²³

c) Zugangsbeschränkungen und Vorbehaltsaufgaben

In den meisten Mitgliedstaaten ist der Zugang zu den freien Berufen mit Beschränkungen verknüpft, die insbesondere bestimmte Qualitätsanforderungen an die Berufsausbildung sicherstellen sollen. Diese **Zugangsbeschränkungen** können in berufsspezifischen Prüfungen, Mindestausbildungszeiten oder

Anforderungen an die Berufserfahrung bestehen. In Kombination mit **Vorbehaltsaufgaben**, die nur durch Berufsangehörige ausgeübt werden dürfen, soll die Qualität der erbrachten Dienste gesichert werden. Eine übermäßige Reglementierung kann nach Ansicht der Kommission jedoch zu gegenteiligen Folgen führen. Es sei daher zu prüfen, wie unverhältnismäßige Zulassungsbeschränkungen und ausschließliche Rechte der Berufsträger beseitigt werden könnten.²⁴ Quantitative Beschränkungen richten sich nach demografischen Kriterien und sollen einer Unterversorgung von freiberuflichen Dienstleistungen in dünn besiedelten Gebieten entgegenwirken. Diese Wettbewerbsbeschränkungen könnten durch weniger einschneidende Maßnahmen ersetzt werden und sind nach Auffassung der Kommission zumindest in bevölkerungsreichen Regionen überflüssig.²⁵

d) Rechtsform und interprofessionelle Zusammenarbeit

Eine Reihe berufsrechtlicher Regelungen zielt auf die innere Struktur von Dienstleistungsunternehmen ab. Sie reglementieren die zulässigen Eigentumsverhältnisse oder beschränken die **Zusammenarbeit** mit anderen Unternehmen, die freiberufliche Dienstleistungen am Markt erbringen. Diese Beschränkungen des Wettbewerbs werden damit gerechtfertigt, dass die persönliche Verantwortung der Berufsangehörigen gegenüber ihren Klienten sichergestellt werden müsse und dass so Interessenskonflikte vermieden werden könnten. Nach Ansicht der Kommission sind jedoch gerade solche Wettbewerbsbeschränkungen angreifbar, die die Zusammenarbeit von Angehörigen derselben Berufsgruppe verbieten. Hier drohe am wenigsten die Gefahr, dass die Unabhängigkeit der Freiberufler oder berufsethische Normen beeinträchtigt würden.²⁶

2. Die Grundfreiheiten als Maßstab der Regelungen

Möglicherweise stellen die Grundfreiheiten des EG-Vertrags ein geeignetes Kriterium dar, anhand dessen das Berufsrecht der Mitgliedstaaten zu überprüfen und ggf. anzupassen ist.

Die beiden wichtigsten Grundfreiheiten für grenzüberschreitend tätige Freiberufler sind die **Niederlassungs-** und die **Dienstleistungsfreiheit** nach Art. 43 und 49 f. EG. Mitgliedstaatliches Berufsrecht, das EU-Ausländer aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit schlechter behandelt als Inländer, ist verboten. Offen diskriminierende Regelungen dürften in den nationalen Rechtsordnungen, wenn überhaupt, nur noch äußerst selten zu finden sein. Doch auch unterschiedslos auf Inländer und EU-Ausländer anwendbare berufsrechtliche Vorschriften können die Wahrnehmung der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs erheblich behindern.²⁷ Seit dem Vertrag von Amsterdam sind diese beiden Grundfreiheiten ausdrücklich als Beschränkungsverbote ausgestaltet, vgl. Art. 43 Abs. 1 und Art. 49 Abs. 1 EG.²⁸ Grundfreiheiten beschränkende Maßnahmen sind nur dann zulässig, wenn sie gemeinschaftsrechtlich gerechtfertigt sind. Nach der Rechtsprechung des EuGH müssen dafür vier Voraussetzungen erfüllt sein: Die betreffende Regelung muss nichtdiskriminierend angewandt werden, aufgrund zwingender Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sowie zur Verwirklichung des mit ihr verfolgten Zieles geeignet sein, und sie muss dem Erforderlichkeitskriterium genügen²⁹. Eine berufsrechtliche Regelung, welche die Niederlassungs- oder Dienstleistungsfreiheit beschränkt, ohne gemeinschaftsrechtlich gerechtfertigt zu sein, ist gemeinschaftsrechtswidrig und darf nicht angewendet werden. Der betreffende Mitgliedstaat ist in diesem Fall verpflichtet, die Regelung abzuschaffen. Insofern stellen die Grundfreiheiten einen Maßstab für die Überprüfung des mitgliedstaatlichen Berufsrechts dar.

3. Das EU-Wettbewerbsrecht als Maßstab der Berufsordnungen der Kammern der freien Berufe

Das Wettbewerbsrecht der EU dient dem in Art. 3 Abs. 1 lit. g EG verankerten grundlegenden Gemeinschaftsziel, einen **unverfälschten Wettbewerb** innerhalb des Binnenmarktes zu verwirklichen. Zu diesem Zweck verbietet Art. 81 Abs. 1 EG alle Unternehmensvereinbarungen, die den grenzüberschreitenden Handel beeinträchtigen und damit den Wettbewerb innerhalb des Gemeinsamen Marktes verfälschen könnten. Art. 82 EG verbietet die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung, die gleichfalls zu einer Wettbewerbsverzerrung führen kann. Die Berufsordnungen der Kammern freier Berufe, die nach deutschem Recht als Satzungen ergehen, sind unter gewissen Voraussetzungen an Art. 81 Abs. 1 EG zu messen.

a) Berufskammern als Unternehmensvereinigungen

Ein Berufsverband ist als Unternehmensvereinigung anzusehen, wenn er durch sein Handeln die Angehörigen des Berufsstands bei ihrer Wirtschaftstätigkeit zu einem bestimmten Verhalten veranlasst.³⁰ Dabei ist unerheblich, ob er öffentlich-rechtlich verfasst ist oder als privatrechtlicher Verband Aufgaben im Allgemeininteresse erfüllt.³¹

b) Eignung zur Wettbewerbsverfälschung

Die von den Kammern erlassenen Berufsordnungen können als Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen geeignet sein, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen und den Wettbewerb innerhalb des Gemeinsamen Marktes zu verfälschen.³² Demnach besteht die Möglichkeit, dass bestimmte berufsrechtliche Regelungen dem Verbot des Art. 81 Abs. 1 EG unterfallen und somit nach Art. 81 Abs. 2 EG nichtig sind.

c) Ausnahmen vom Verbot des Art. 81 Abs. 1 EG

Der EuGH hat judiziert, dass nicht jeder wettbewerbsbeschränkende Beschluss einer Un-

ternehmensvereinigung automatisch gegen Art. 81 Abs. 1 EG verstoße. Gegen das Kartellverbot werde jedenfalls dann nicht verstoßen, wenn die nationale Regelung für die ordnungsgemäße Berufsausübung erforderlich sei.³³ Übertragen auf die deutschen Berufsordnungen bedeutet das, dass auch ihre wettbewerbsbeschränkenden Regelungen dem EU-Wettbewerbsrecht entsprechen können. Dabei ist zunächst der **Gesamtzusammenhang** zu berücksichtigen, in dem die fraglichen Regelungen zustande gekommen sind.³⁴ Hier ist insbesondere auf die Regelungsziele abzustellen, die sich mit der Berufsorganisation, der Befähigung der Berufsangehörigen, den Standespflichten und der Kontrolle der Berufsausübung durch die Freiberufler befassen können. Die wettbewerbsbeschränkenden Regelungen müssen des Weiteren für die Erreichung der verfolgten Ziele erforderlich und verhältnismäßig i.e.S. sein.

Ein weiterer Fall, bei dem Art. 81 Abs. 1 EG keine Anwendung findet, liegt vor, wenn berufsrechtliche Regelungen die in Art. 81 Abs. 3 EG normierten Voraussetzungen erfüllen.³⁵ Die Wettbewerbsvorschriften des EG-Vertrags finden ferner keine Anwendung, wenn ein Mitgliedstaat durch nationale Rechtsvorschriften einem Unternehmen ein wettbewerbswidriges Verhalten zwingend vorschreibt. Auf diesen Rechtfertigungsgrund kann sich ein Unternehmen jedoch nur berufen, wenn ihm bei der Umsetzung seiner Verhaltenspflichten kein Ermessen zusteht und es aus diesem Grund die Intensität der wettbewerbsbeschränkenden Wirkung nicht zu beeinflussen vermag.³⁶

4. Das EU-Wettbewerbsrecht als Maßstab der Berufsgesetze

Die von den Mitgliedstaaten erlassenen Berufsgesetze sind nicht direkt anhand der Art. 81 Abs. 1 und 82 EG zu überprüfen, da diese Wettbewerbsvorschriften nur für Unternehmen gelten. Allerdings folgt aus der Pflicht des Art. 10 Abs. 2 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 lit. g und Art. 81 f. EG, dass die Mitgliedstaaten keine Maßnahmen ergreifen oder beibehalten dür-

fen, die die praktische Wirksamkeit der EU-Wettbewerbsregeln aushebeln können.³⁷ Die Kommission erachtet die Übertragung von Regelungsbefugnissen für angreifbar, wenn es an einer klaren Definition der mit der Regelung verfolgten Ziele des Allgemeininteresses fehlt, wenn der Staat keine Letztentscheidungsbefugnis besitzt oder wenn er auf die Ausübung seiner Anwendungskontrolle verzichtet.³⁸ Die Mitgliedstaaten trifft eine **Überwachungspflicht**, die durch die Überprüfung der Berufsgesetze auf ihre Vereinbarkeit mit dem EU-Wettbewerbsrecht erfüllt werden kann. Stellt der Gesetzgeber die Unvereinbarkeit einer berufsgesetzlichen Regelung mit dem Gemeinschaftsrecht fest, so muss er diese Norm europarechtskonform ändern oder ggf. abschaffen. Das vorrangige Wettbewerbsrecht der EU ist mithin Maßstab für die Regelungen der Berufsgesetze.

5. Die Kontrolle durch die nationalen Gerichte und den EuGH

Neben den Verwaltungsbehörden sind auch die Gerichte der Mitgliedstaaten verpflichtet, den Anwendungsvorrang des primären und sekundären Gemeinschaftsrechts zu beachten. Das innerstaatliche Berufsrecht ist **gemeinschaftsrechtskonform auszulegen** bzw. nicht anzuwenden.³⁹ Es ist zu erwarten, dass sich betroffene Parteien künftig auf die fehlende Vereinbarkeit berufsrechtlicher Regelungen mit dem EU-Wettbewerbsrecht berufen werden. Die Kommission geht davon aus, dass von wettbewerbswidrigen Berufsregeln Betroffene bei den einzelstaatlichen Gerichten einstweilige Verfügungen beantragen und ggf. auf Schadensersatz klagen können.

Der EuGH wird weiterhin im Rahmen seiner Zuständigkeit über die Auslegung des Gemeinschaftsrechts urteilen.⁴⁰ Die Vereinbarkeit von mitgliedstaatlichem Recht, also auch der Berufsgesetze und -ordnungen, fällt dagegen nicht in die Kompetenz des Gerichtshofs. Der Schwerpunkt richterlicher Kontrolle von berufsrechtlichen Regelungen wird daher bei den nationalen Gerichten liegen.

6. Kontrolle durch die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten

Die jüngere Rechtsprechung des EuGH hat gezeigt, dass nationale Regelungen der Mitgliedstaaten das wettbewerbswidrige Verhalten von Unternehmensverbänden vorschreiben oder auch nur erleichtern können.⁴¹ In diesen Fällen können die innerstaatlichen Rechtsvorschriften selbst einen Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht darstellen, insbesondere eine Verletzung der Art. 10 Abs. 2 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 lit. g und Art. 81 f. EG. Die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten sind dann verpflichtet, diese innerstaatlichen Regelungen unangewendet zu lassen. Mit Inkrafttreten der VO (EG) Nr. 1/2003 im Mai 2004 wird sich die **Kontrollzuständigkeit** für die innerstaatlichen berufsrechtlichen Regelungen mehr auf die mitgliedstaatlichen Stellen verlagern.⁴² Art. 5 der VO (EG) Nr. 1/2003 bestimmt, dass die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten für die Anwendung der Art. 81 f. EG in Einzelfällen zuständig sind. Ihnen stehen diverse Durchsetzungsmöglichkeiten zu, etwa die Auferlegung von Zwangsgeldern.

7. Die Kontrolle durch die EU-Kommission

Der EU-Kommission stehen verschiedene Möglichkeiten zur Verfügung, gegen wettbewerbswidriges Verhalten von Berufsverbänden vorzugehen. Sie kann Berufsverbände zur Einstellung des Verstoßes auffordern und Geldbußen verhängen. Erlässt ein Mitgliedstaat wettbewerbswidrige berufsrechtliche Regelungen oder behält diese bei, kann die Kommission nach Art. 226 EG ein Vertragsverletzungsverfahren einleiten. Die Kommission ist verpflichtet, eng mit den Wettbewerbsbehörden und den Gerichten der Mitgliedstaaten zusammenzuarbeiten.⁴³ Sie koordiniert die Durchsetzung der gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsvorschriften.

V. Aufforderung zur Überprüfung des Berufsrechts

Die Kommission hat die zuständigen Regulierrungsbehörden und die berufsständischen Einrichtungen der Mitgliedstaaten⁴⁴ nunmehr

aufgefordert, die berufsrechtlichen Gesetze und Verordnungen zu überprüfen. In diesen Evaluationsprozess sollen auch die europäischen Organisationen der Berufsverbände und Verbraucherschutzorganisationen einbezogen werden.

Neben den Regierungen der Mitgliedstaaten sind auch die **Kammern der freien Berufe** und ihre Berufsverbände aufgerufen, sich an der Überprüfung des Berufsrechts aktiv zu beteiligen und ggf. auf Änderungen hinzuwirken. Dies liegt auch im Interesse der durch die Berufskammern und Berufsverbände vertretenen Freiberufler.

Dass auch auf nationaler Ebene Handlungsbereitschaft besteht zeigen u.a. die Pläne der Bundesregierung, den Zugang zu rechtsberatenden Tätigkeiten erheblich zu erleichtern.⁴⁵ Es ist deshalb davon auszugehen, dass auch im Bereich der anderen freien Berufe die grundsätzliche Bereitschaft zu Reformen gegeben ist.

Die Kammern der freien Berufe haben inzwischen Arbeitsgruppen gebildet, die sich mit der Überprüfung des jeweiligen Berufsrechts befassen. Für den Bereich des Berufsrechts der Steuerberater wird dieser Prozess durch das Institut für Berufsrecht der Steuerberater unterstützt. Diese Informationsschrift soll dazu dienen, alle Angehörigen des Berufsstandes auf den **Evaluationsprozess** hinzuweisen und so die Möglichkeit zu eröffnen, auch auf der lokalen und regionalen Ebene Beiträge zu diesen für den Berufsstand wichtigen Diskussionsprozess zu leisten.

VI. Ergänzende Erhebung zu den Beitrittsstaaten

Die EU-Kommission hat nach dem Beitritt von 10 weiteren Staaten zum 1. Mai 2004 die durch das IHS Wien durchgeführte Studie zur Regulierungsdichte in den Mitgliedstaaten durch eine ergänzende Erhebung in den Beitrittsländern ergänzt (die Ergebnisse der Erhebung können unter www.kammerrecht.de unter EU-Dokumente abgerufen werden). Dabei erwiesen sich die Rechtsordnungen der

Tschechischen Republik und die Baltischen Staaten als besonders regulierungsintensiv während in Ungarn und Polen eher liberale Zustände festgestellt werden konnten.

VII. Weiterer Verlauf

Die EU-Kommission will nach Auswertung der Stellungnahmen aus den Mitgliedstaaten im Jahr 2005 über die Fortschritte bei der Beseitigung der Wettbewerbshemmnisse im Bereich der freiberuflichen Dienstleistungen berichten und zugleich die nach ihrer Ansicht erforderlichen weiteren Maßnahmen vorstellen. Ein genauer Termin für diese Stellungnahme ist noch nicht bekannt.

¹ Die Schlussfolgerungen des Vorsitzes des Europäischen Rates seiner Tagung am 23./24.03.2000 in Lissabon sind abrufbar unter http://www.europarl.eu.int/summits/lis1_de.htm.

² Die Dienstleistungen machen einen Anteil von 54 % des BIP und von 67 % der Gesamtbeschäftigung aus, vgl. Mitteilung der Kommission vom 9.02.2004, Bericht über den Wettbewerb bei freiberuflichen Dienstleistungen, KOM(2004) 83 endg., S. 8 m.w.N.

³ Zur Gesamtstrategie vgl. Mitteilung der Kommission vom 29.12.2000, Eine Binnenmarktstrategie für den Dienstleistungssektor, KOM(2000) 888 endg.

⁴ Freiberufliche Dienstleistungen sorgen für „wichtige Inputs“ für die Wirtschaft und Unternehmen und haben eine unmittelbare Bedeutung für die Verbraucher, vgl. Bericht der Kommission vom 9.02.2004, (Fn. 2), S. 9.

⁵ Vgl. dazu etwa den Vorschlag der Kommission vom 7.03.2002 für eine Richtlinie über die Anerkennung von Berufsqualifikationen, KOM(2002) 119 endg. oder die Mitteilung der Kommission vom 21.01.2004, Bericht über die Umsetzung der Binnenmarktstrategie (2003-2006), KOM(2004) 22 endg.

⁶ Vgl. Bericht der Kommission vom 30.07.2002, Der Stand des Binnenmarkts für Dienstleistungen – Bericht im Rahmen der ersten Stufe der Binnenmarktstrategie für den Dienstleistungssektor, KOM(2002) 441 endg.

⁷ „Competition in Professional Services: New Light and New Challenges“, abrufbar unter http://europa.eu.int/comm/competition/liberalization/conference/speeches/mmonti_berlin_032003_en.pdf.

⁸ EuGH, Rs. C-35/99 – Arduino, Slg. 2002, I-1529, NJW 2002, 882 und Rs. C-309/99 – Wouters, Slg. 2002, I-1577, NJW 2002, 877. Es darf jedoch nicht verkannt werden, dass in diesen Fällen den Mitgliedstaat eine Pflicht zur Beachtung der Art. 10 i.V.m. Art. 81 f. EG trifft.

⁹ Die drei Teile der englischsprachigen Studie sowie eine deutsche Zusammenfassung können unter <http://europa.eu.int/comm/competition/publications/publications/#liberal> heruntergeladen werden.

¹⁰ Dieser Fragebogen ist abrufbar unter <http://www.freie-berufe.de/html/ihsfrageb.pdf>.

¹¹ Daten z.B. von EUROSTAT oder aus statistischen Erhebungen durch Berufskammern.

¹² Vgl. S. 2 f., 5 f. und 127 der IHS-Studie, (Fn. 9).

¹³ Die Studie spricht insoweit von „market breakdown“ und „market failure“.

¹⁴ Vgl. S. 6, 127 f. der IHS-Studie, (Fn. 9).

¹⁵ Eingehende Bewertungen der IHS-Studie finden sich etwa in den Stellungnahmen des Instituts für Berufsrecht der Steuerberater (<http://www.jura.uni-halle.de/ibstb/index.htm>), des Instituts für Anwaltsrecht Köln (<http://www.brak.de/seiten/pdf/aktuelles/ihs.pdf>) und des CCBE (http://www.ccbe.org/doc/En/rbb_ihs_critique_en.pdf).

¹⁶ Die Gutachter selbst räumen fehlende Informationen ein, vgl. S. 12 der IHS-Studie (Fn. 9). Beispielsweise konnte für Griechenland und Portugal mangels Daten über bestimmte Berufe kein Regulierungsindex berechnet werden.

¹⁷ Vgl. die „Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen zur Regulierung der freien Berufe und ihren Folgen“ der Generaldirektion Wettbewerb vom 27.03.03, S. 8, abrufbar unter http://europa.eu.int/comm/competition/general_info/invitation/de.pdf.

¹⁸ Eine englischsprachige Zusammenfassung der 246 bei der Kommission eingegangenen Stellungnahmen ist abrufbar unter http://europa.eu.int/comm/competition/liberalization/conference/summary_of_consultation_responses.pdf.

¹⁹ Siehe dazu auch Kluth, Die Bedeutung der EU-Dienstleistungsrichtlinie für die Kammern und ihre Aufgaben, in: Kluth (Hrsg.), Jahrbuch des Kammerrechts 2003, 2004, S. 94 ff.

²⁰ Vgl. Bericht der Kommission vom 9.02.2004, (Fn. 2), S. 11.

²¹ Zu den Festpreisen zählen Mindest- und Höchstpreise, vgl. Bericht der Kommission vom 9.02.2004, (Fn. 2), S. 12.

²² Vgl. Bericht der Kommission vom 9.02.2004, (Fn. 2), S. 13, 15.

²³ Die in den letzten Jahren erfolgte Lockerung des strengen Werbeverbots für Freiberufler in Deutschland ist im Bericht der Kommission vom 9.02.2004 (Fn. 2) auf S. 16 erwähnt.

²⁴ Vgl. Bericht der Kommission vom 9.02.2004, (Fn. 2), S. 17 f.

²⁵ Bericht der Kommission vom 9.02.2004, (Fn. 2), S. 19.

²⁶ Bericht der Kommission vom 9.02.2004, (Fn. 2), S. 19.

²⁷ Vgl. zu möglichen Auswirkungen auf den freien Waren- und Personenverkehr EuGH, verb. Rs.

- 110 und 111/78 – Ministère public und ASBL/van Wesemael, Slg. 1979, 35.
- ²⁸ Vgl. *Streinz*, Europarecht, 6. Aufl., 2003, Rn. 672a.
- ²⁹ Vgl. EuGH, Rs. C-55/94 – Gebhard, Slg. 1995, I-4165, Rn. 37.
- ³⁰ Von einem Berufsverband erlassene Regeln können jedoch als staatliche Maßnahmen aufgefasst werden, wenn bei der Satzungsgebung staatlich festgelegte Kriterien des Allgemeininteresses beachtet werden müssen und der Staat die Letztentscheidungsbefugnis besitzt, EuGH, Rs. C-309/99 – Wouters, (Fn. 8), Rn. 64, 68.
- ³¹ EuGH, Rs. C-309/99 – Wouters, (Fn. 8), Rn. 65 f.; zu einem Berufsverband von Zollspediteuren EuGH, Rs. C-35/96 – CNSD, Slg. 1998, I-3851, Rn. 36 ff.
- ³² *Burgi*, Europarechtliche Perspektiven der funktionalen Selbstverwaltung, in: Kluth (Hrsg.), Jahrbuch des Kammerrechts 2002, S. 23 (41 f.).
- ³³ EuGH, Rs. C-309/99 (Wouters), (Fn. 8), Rn. 110.
- ³⁴ *Nuckelt*, Das Satzungsrecht der Kammern der Freien Berufe und die Wettbewerbsfreiheit – Verfassungs- und Europarechtliche Fragestellungen bei der Anwendung des Wettbewerbsrechts auf die Kammern der Freien Berufe –, in: Kluth (Hrsg.), Jahrbuch des Kammerrechts 2002, S. 145 (162 f.).
- ³⁵ Entgegen seinem Wortlaut kann ein Anspruch auf Freistellung vom Kartellverbot bestehen, vgl. *Grill*, in: Lenz, EU- und EG-Vertrag, 3. Aufl., 2003, Art. 81 EG Rn. 42.
- ³⁶ EuGH, Rs. C-198/01 (CIF), abrufbar unter <http://curia.eu.int/de/content/juris/index.htm>.
- ³⁷ St. Rspr. des EuGH seit Rs. 13/77 – INNO/ATAB, Slg. 1977, 2115, Rn. 30, 35; vgl. auch EuGH, Rs. C-35/99 – Arduino, (Fn. 8), Rn. 34; *Streinz*, (Fn. 27), Rn. 810; *Grill*, in: Lenz, (Fn. 34), vor Art. 81-86 EG Rn. 38, 41.
- ³⁸ Bericht der Kommission vom 9.02.2004, (Fn. 2), S. 24.
- ³⁹ Dieser anerkannte Grundsatz des Gemeinschaftsrechts wird deklaratorisch festgestellt durch Art. 6 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16.12.2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. (EG) L 1 vom 4.01.2002, S. 1.
- ⁴⁰ Zu den allgemeinen Aufgaben des EuGH vgl. *Streinz*, (Fn. 27), Rn. 330 ff.
- ⁴¹ EuGH, Rs. C-198/01 – CIF, (Fn. 35).
- ⁴² *Grill*, in: Lenz, (Fn. 34), Art. 81 EG Rn. 41.
- ⁴³ Die gegenseitige Pflicht zur engen Zusammenarbeit ist in Art. 11 f. und 15 f. VO (EG) Nr. 1/2003 geregelt, (Fn. 38).
- ⁴⁴ Einbezogen werden künftig auch die zehn neuen Mitgliedstaaten der EU.
- ⁴⁵ Vgl. die Ankündigung des Parlament. Staatssekretärs im BM der Justiz *Hartenbach* auf einer Tagung der Rechtsanwaltskammer Frankfurt; FAZ vom 8.03.2004, S. 13.
-