

<p><b>Die Durchsetzung der EG-Wettbewerbsregeln im Recht der freien Berufe</b></p>
--

**Philip LOWE**

**Generaldirektor**

**Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission**

**Sitzung des Arbeitskreises Kartellrecht (Bundeskartellamt)**

**Bonn, 29.9.2003**

**Thema: Ausnahmereiche des Kartellrechts,  
Stand und Perspektiven der 7. GWB-Novelle**

Herr Präsident des Bundeskartellamtes, meine sehr geehrten Damen und Herren !

Es ist mir eine besondere Freude, auf der traditionellen Sitzung des Arbeitskreises Kartellrecht zu Ihnen sprechen zu können. Das Diskussionspapier des Bundeskartellamtes für die heutige Sitzung erwähnt nebenbei auch das erhebliche **Liberalisierungspotential im Bereich der freien Berufe**, ohne dies dann weiter ausführen zu können. Deswegen möchte ich Ihnen im Folgenden den gegenwärtigen Stand der europäischen Wettbewerbspolitik im Bereich der freien Berufe darstellen. Anschließend werde ich zum Aktionsrahmen der Kommission sowie der nationalen Wettbewerbsbehörden in diesem Bereich Stellung nehmen.

### **I. Gegenwärtiger Stand der europäischen Wettbewerbspolitik im Bereich der freien Berufe**

Ein wichtiger Ausgangspunkt für unsere Politik ist der **Europäische Rat von Lissabon** vom März 2000. Dort wurde die wirtschaftliche Bedeutung des Dienstleistungssektors und dessen Potential für Wachstum und Beschäftigung besonders betont. Dem Ziel, die Europäische Union bis zum Jahr 2010 zum wettbewerbsfähigsten und dynamischsten wissensbasierten Wirtschaftsraum der Welt zu machen, können wir nur näher kommen, wenn wir keinen Wirtschaftsbereich *per se* von der Anwendung der Wettbewerbs- und Binnenmarktregeln ausnehmen. Es geht vielmehr darum, sich zunächst ein genaues Bild der Sachlage zu verschaffen. Danach ist die Anwendbarkeit der EG-Regeln zu prüfen und dann eine sinnvolle Politik für offenere und wettbewerbslichere Märkte zu entwickeln. Dementsprechend ist es das Ziel der Kommission, den Wettbewerb in den freien Berufen im Interesse der Berufsangehörigen und der Verbraucher zu fördern, jedoch ohne die wichtige Funktion der freien Berufe zu gefährden. Schon in der Vergangenheit hatte die Kommission im Bereich der freien Berufe einige, allerdings vereinzelte Entscheidungen erlassen, die der Europäische Gerichtshof weitgehend bestätigte. Die Generaldirektion Wettbewerb ist nun damit beschäftigt, im Ländervergleich die einzelnen Branchen systematischer nach wettbewerbsbeschränkenden Vorschriften für die freien Berufe zu untersuchen. Um einen besseren Überblick über die Wettbewerbsfähigkeit der freien Berufe zu gewinnen, führen wir gegenwärtig eine Bestandsaufnahme der verschiedenen Regulierungsmaßnahmen der Mitgliedstaaten durch.

Erster Ausgangspunkt hierfür ist ein **unabhängiges Gutachten des Österreichischen Instituts für Höhere Studien (IHS)** über die Regulierung der freien Berufe in den EU-Mitgliedstaaten. Die Kommission hat diese Studie im März dieses Jahres veröffentlicht. Die Aufgabenstellung der Studie bezog sich lediglich auf die wirtschaftlichen Auswirkungen von Regulierungsmaßnahmen im Bereich der freien Berufe. Etwaige rechtliche Aspekte oder gar Rechtfertigungsgründe für wettbewerbsbeschränkende Regulierungsmaßnahmen wurden von der Studie bewußt nicht umfaßt. Deren Untersuchung und Beurteilung bleibt der Generaldirektion Wettbewerb vorbehalten. Das IHS-Gutachten hebt einerseits die großen Unterschiede hervor, die hinsichtlich des Umfangs berufsrechtlicher Regeln bestehen. Andererseits unterstreicht es die Kosten, die wettbewerbswidrige Regeln für die Volkswirtschaften haben können:

Um die **unterschiedliche Regelungsdichte** im Bereich der freien Berufe zu messen und zwischen den verschiedenen Mitgliedstaaten zu vergleichen, wurde im Rahmen der Studie ein **System von Regelungsindices** erstellt. Demnach haben Deutschland, Italien, Luxemburg und Österreich eine sehr hohe Regelungsdichte. Belgien, Frankreich und Spanien liegen im Mittelfeld. Das Vereinigte Königreich, Irland und die Skandinavischen Staaten hingegen haben eher liberale Systeme. Bei den Berufsgruppen hat die Studie ebenfalls eine Verteilung vorgenommen: Apotheker, Rechtsanwälte und Wirtschaftsprüfer erscheinen am stärksten berufsrechtlichen Beschränkungen zu unterliegen. Architekten und Ingenieure sind in den meisten Mitgliedstaaten weniger streng reguliert.

Weiterhin nimmt die IHS-Studie eine **Kosten-Nutzen-Analyse** der berufsrechtlichen Regeln vor. Hierzu wird ein Zusammenhang zwischen der Regulierungsdichte und der wirtschaftlichen Effizienz hergestellt. Die Studie gelangt zu dem Ergebnis, daß in den Staaten mit der höchsten Regulierungsdichte der Umsatz des einzelnen Angehörigen der freien Berufe ebenfalls sehr hoch ist. Außerdem stellt sie für bestimmte freie Berufe eine negative Wechselbeziehung zwischen dem Grad der Regulierung und der Produktivität der Berufsausübenden fest. Für Länder mit einer geringeren Regelungsdichte stellt die Studie fest, daß es zu Marktvereinigungen durch vermehrte Bildung größerer Zusammenarbeitsverbände zwischen Angehörigen freier

Berufe kommt. Aufgrund dieser verschiedenen Faktoren gelangt die Studie zu dem Schluß, **daß eine hohe Regelungsdichte im Bereich der freien Berufe der wirtschaftlichen Effizienz und Produktivität schadet.** Darunter leidet auch die Innovation der unternehmensbezogenen Dienstleistungen.

**Zusammenfassend kommt die IHS-Studie zu dem Ergebnis,** daß es in den Mitgliedstaaten noch immer zahlreiche sehr restriktive Berufsregeln gibt, wie beispielsweise Gebührenfestsetzungen, Werbebeschränkungen und sonstige Vorgaben für die Berufsausübung. Wo solche Berufsregeln den Wettbewerb zwischen den Angehörigen der freien Berufe beschränken können, sind auch negative wirtschaftliche Auswirkungen zu befürchten. Selbst wenn die IHS-Studie, wie von einigen Stimmen behauptet, einige Ungenauigkeiten aufweisen sollte, so besteht ihr Verdienst doch darin, das Thema der Regulierung im Bereich der freien Berufen ins Rampenlicht der öffentlichen Diskussion gesetzt zu haben. Und vielleicht hat die Studie sogar zu nationalen Reformbestrebungen beigetragen. Darauf läßt nicht zuletzt die Diskussion im Deutschen Bundestag über die Modernisierung der Gebühren- und Honorarordnungen der freien Berufe schließen.

In jedem Fall werden wir **unsere Bestandsaufnahme weiter vertiefen,** um die gegenwärtige Marktsituation im Bereich der freien Berufe noch besser verstehen und bewerten zu können. Kommissar Mario Monti hat deshalb die interessierten Kreise dazu aufgefordert, Stellung zu dem IHS-Gutachten und den darin festgestellten Regulierungsmaßnahmen, einschließlich deren Auswirkungen auf den Wettbewerb und die Qualität der regulierten Dienstleistungen, zu nehmen. 246 Stellungnahmen wurden von Angehörigen der freien Berufe selbst, ihren Kunden und den betroffenen Regulierungsinstanzen abgegeben. Die Generaldirektion Wettbewerb ist gegenwärtig mit deren Auswertung beschäftigt. Wir werden im Rahmen einer Konferenz am 28. Oktober 2003 in Brüssel eine Zusammenfassung dieser Stellungnahmen präsentieren. Außerdem ist eine Veröffentlichung der Zusammenfassung auf unserer Internet-Web-Seite vorgesehen. Darüber hinaus erwarten wir, daß Kommissar Monti Ende dieses Jahres die **Bestandsaufnahme abschließen** kann. Dem wird dann eine Bewertung der berufsrechtlichen Regelungsmaßnahmen folgen, um solche zu identifizieren, die nicht verhältnismäßig oder objektiv gerechtfertigt erscheinen. In der Zwischenzeit

werden die Dienststellen der Kommission fortfahren, möglichen Verletzungen des Wettbewerbsrechts im Bereich der freien Berufe nachzugehen.

## **II. Aktionsrahmen der Wettbewerbsbehörden im Bereich der freien Berufe**

Lassen Sie mich im Folgenden den Aktionsrahmen der Wettbewerbsbehörden zur Durchsetzung des Wettbewerbsrechts und ihre wettbewerbsfördernde Rolle im Bereich der freien Berufe genauer beschreiben. Diese Zuständigkeitsabgrenzung ist wichtig. Denn - je nach Art und Instrumenten der bestehenden Beschränkungen - kann die Schaffung von neuen Rechts- oder Verwaltungsvorschriften auf nationaler oder europäischer Ebene, für die die Wettbewerbsbehörden nicht zuständig sind, ein wirksameres Mittel sein, um Marktöffnung und Wettbewerbsmöglichkeiten im Bereich der freien Berufe zu fördern.

**Wirksamer Wettbewerb zwischen Angehörigen der freien Berufe** innerhalb eines angemessen gestalteten Rahmens fördert Effizienz und Qualität unternehmensbezogener Dienstleistungen. Die Kommission erkennt an, daß bestimmte Grundsätze für die ordnungsgemäße Berufsausübung notwendig sind und deshalb verbindlich festgeschrieben werden müssen. Indes wandeln sich die Berufsbilder der verschiedenen freien Berufe. Daher muß überprüft werden, ob die einzelnen **Standesregeln** noch zeitgemäß sind oder ein kundenorientiertes Dienstleistungsangebot erschweren. An dieser Stelle möchte ich betonen, daß die Kommission keine schematische Anwendung der europäischen Wettbewerbsregeln auf die freien Berufe beabsichtigt. Die Kommission ist sich der Unterschiede zwischen den verschiedenen freien Berufen – und sogar innerhalb desselben Berufsstandes – sehr wohl bewußt. Ob und mit welchen Folgen europäisches Wettbewerbsrecht auf Regulierungsmaßnahmen der freien Berufe Anwendung findet, ist in jedem Einzelfall zu prüfen. So ist festzustellen, daß **rein deontologische Berufsregeln** nicht das europäische Wettbewerbsrecht verletzen. Dies hat der Europäische Gerichtshof in der Rechtssache *Wouters* vom Februar 2002 bekräftigt. Ob jedoch eine Regelung rein deontologischer Art ist, muß von Fall zu Fall festgestellt werden. **Die Besonderheit der freien Berufe führt jedenfalls nicht dazu, daß diese von vorneherein dem europäischen Wettbewerbsrecht entzogen wären.**

**Die Selbstregulierung durch Standesorganisationen fällt grundsätzlich unter die europäischen Wettbewerbsregeln.** Adressat der Wettbewerbsregeln sind Unternehmen. Der Europäische Gerichtshof hat einen funktionalen Unternehmensbegriff entwickelt, wonach jede Einheit, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt, als Unternehmen anzusehen ist. Angehörige der freien Berufe erbringen Dienstleistungen gegen Entgelt und sind daher grundsätzlich als Unternehmen im Sinne des europäischen Wettbewerbsrechts zu qualifizieren. Angehörige der freien Berufe sind Mitglieder ihrer berufsständischen Organisationen. Die Kammern und Berufsvereinigungen sind daher Unternehmensvereinigungen. Der Status als öffentlich-rechtliche Körperschaft mit Disziplinargewalt oder die Ausübung bestimmter öffentlicher Aufgaben ändert daran nichts. Daraus folgt, daß sich Selbstregulierungsmaßnahmen der berufsständischen Organisationen der freien Berufe am europäischen Wettbewerbsrecht messen lassen müssen, sofern sie sich auf der Gemeinschaftsebene auswirken. **Eine Bereichsausnahme besteht für sie nicht.**

Neben der Selbstregulierung durch Standesorganisationen ist das **Recht der freien Berufe in vielen Mitgliedsstaaten und auch in Deutschland in weiten Teilen durch Gesetze des Staates festgeschrieben.** Das Urteil des Europäischen Gerichtshofs in der Rechtssache *Arduino* macht noch einmal deutlich, daß mangels Harmonisierungsmaßnahmen auf europäischer Ebene die Mitgliedstaaten berechtigt sind, rechtliche Rahmenbedingungen für die freien Berufe festzulegen. Dies führt zu der Frage, wie staatliche Regulierungsmaßnahmen zu behandeln sind.

Einerseits kommt die Anwendung der **Binnenmarktregeln des EG-Vertrags** über die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit in Betracht. Diese Regeln sind unmittelbar auf staatliche Maßnahmen bezogen und setzen ein grenzüberschreitendes Element in dem relevanten Sachverhalt voraus. Innerhalb der Kommission ist die Generaldirektion Binnenmarkt mit der Behandlung dieser Fälle betraut. Um die Möglichkeiten der grenzüberschreitenden Berufsausübung zu verbessern, hat die GD Binnenmarkt darüber hinaus einen Richtlinienvorschlag zur Anerkennung beruflicher Qualifikationen vorgelegt. Sie arbeitet außerdem an einer umfassenden Dienstleistungsrichtlinie, die unter anderem die Förderung von „europäischen Berufsordnungen“ im Dienstleistungsgewerbe zum Inhalt haben wird. Demgegenüber knüpfen die Wettbewerbsregeln der Artikel 81/82 EG-Vertrag an das

Verhalten von Unternehmen und Unternehmensvereinigungen an. Sie können deshalb nicht direkt auf staatliche Maßnahmen angewandt werden.

Der Europäische Gerichtshof hat jedoch über viele Jahre hinweg in seiner Rechtsprechung ein **spezifisches für die Mitgliedstaaten geltendes Wettbewerbsrecht** entwickelt, mit dessen Anwendung sich die Generaldirektion Wettbewerb befaßt. Hiernach verstößt ein Mitgliedstaat gegen seine Loyalitätspflicht aus Artikel 10 EG-Vertrag, wenn er gegen Artikel 81 EG verstoßende Kartellabsprachen vorschreibt oder erleichtert oder die Auswirkungen solcher Absprachen verstärkt. Ein Mitgliedstaat verstößt auch gegen die Artikel 10 in Verbindung mit 81 EG, *„wenn er seiner eigenen Regelung dadurch ihren staatlichen Charakter nimmt, daß er die Verantwortung für in die Wirtschaft eingreifende Entscheidungen privaten Wirtschaftsteilnehmern überträgt“*. Das Urteil in der Rechtssache *Arduino* vom Februar 2002 bestätigt diese Rechtsprechung in allen ihren Fallgruppen. Dies gilt natürlich auch, obwohl der Gerichtshof in dem zu beurteilenden Sachverhalt zu dem Ergebnis gelangte, daß der italienische Staat seine Letztentscheidungsgewalt über die Mindest- und Höchstgebühren für Rechtsanwälte nicht einem Berufsverband übertragen und auch keine Kartellabsprachen vorgeschrieben, erleichtert oder in ihren Auswirkungen verstärkt hatte. Es bleibt daher bei dem etablierten Aktionsrahmen, in dem die Kommission wettbewerbswidrige Gesetzgebung der Mitgliedstaaten im Hinblick auf die spezifischen Wettbewerbsregeln der Artikel 10 in Verbindung mit 81 EG untersuchen kann. Schon in der Vergangenheit ging die Kommission zum Beispiel erfolgreich gegen ein italienisches Gesetz vor, das die Berufsvereinigung der italienischen Zollspediteure durch Übertragung des entsprechenden Beschlußfassungsrechts dazu verpflichtete, in wettbewerbswidriger Weise eine für alle Zollspediteure verbindliche Gebührenordnung festzulegen.

Ergänzend möchte ich anmerken, **daß die Kommission insbesondere Liberalisierungstendenzen in den Mitgliedstaaten selbst unterstützt**. So haben beispielsweise Dänemark und Großbritannien eine umfassende Bestandsaufnahme der durch berufsständische Selbstregulierung gesetzten Maßnahmen vorgenommen. In Spanien hat der Gesetzgeber die auf Berufsorganisationen anwendbaren Regeln reformiert. Auch im Hinblick auf die EG-rechtliche Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit sollte der Gesetzgeber sehr genau prüfen, welches Maß an

gesetzlicher Regulierung erforderlich ist, um die Erbringung qualitativ hochwertiger Dienstleistungen zu gewährleisten.

Lassen sie mich mit den **Perspektiven für die nationalen Wettbewerbsbehörden** schließen. Bisher bleibt es dem nationalen Gesetzgeber vorbehalten, seine Wettbewerbsbehörden mit der Aufgabe zu betrauen, über die Einhaltung von Artikel 81 und 82 EG zu wachen. Mit Inkrafttreten der neuen Verordnung 1/2003 werden jedoch spätestens ab Mai 2004 alle nationalen Wettbewerbsbehörden mit dieser Aufgabe betraut sein. Darüber hinaus ist ein wichtiges Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 9. September 2003 zu erwähnen: In der Rechtssache *Fiammiferi* hat der Gerichtshof entschieden, daß eine nationale Wettbewerbsbehörde die Pflicht hat, staatliche Rechtsvorschriften dann nicht anzuwenden, wenn sie zu dem Schluß kommt, ein bestimmtes dem Artikel 81 EG widersprechendes Verhalten von Unternehmen (zum Beispiel Preisabsprachen oder Marktaufteilungen) werde durch jene Vorschriften vorgeschrieben, erleichtert oder in seinen Auswirkungen verstärkt. Diesem neuen Urteil kommt große Bedeutung zu, weil es die Durchsetzung der EG-Wettbewerbsregeln durch die nationalen Wettbewerbsbehörden stärken wird. Die genauen Auswirkungen des Urteils wird die Kommission noch mit den Mitgliedstaaten erörtern.

### **III. Ausblick**

Meine Damen und Herren, ich hoffe, es ist mir gelungen zu verdeutlichen, daß die Kommission im Bereich der freien Berufe nicht untätig bleibt. Einerseits ergänzen sich die Arbeiten der verschiedenen Generaldirektionen, insbesondere Binnenmarkt und Wettbewerb, nahtlos. Andererseits wird die Generaldirektion Wettbewerb den Dialog mit den nationalen Wettbewerbsbehörden fortsetzen, um eine gute Zusammenarbeit innerhalb des Europäischen Wettbewerbsnetzes zu gewährleisten. Dabei wird die Arbeit des „Beratenden Ad-Hoc-Ausschusses freie Berufe“ auch in Zukunft fortgesetzt werden. Das weitere Vorgehen der Generaldirektion Wettbewerb wird Kommissar Monti im Rahmen der schon erwähnten Konferenz am 28. Oktober 2003 bekanntgeben.

Ich danke für Ihre Aufmerksamkeit.