

Stellungnahme zur Konferenz: Regulierung freier Berufe (Abt. „Regulierung und Verbraucherschutz“)

**Thema: Normstrukturen des europaweiten De-Regulierungstrend und Kartellrecht**

von Prof. H.Herrmann, Erlangen-Nürnberg

*Der Abbau verkrusteter Marktstrukturen bei freien Berufen wird von verschiedenen Stellen der EU-Kommission seit Jahren gefordert, doch scheinen durchschlagende Erfolge bislang nicht erzielt. Mit dem neuen Konzept von Vergleichsuntersuchungen über Marktöffnungen in den europäischen Mitgliedstaaten, wie sie zuletzt von der Wiener IHS-Studie vorgelegt worden sind, scheint mir ein richtiger Weg eingeschlagen, der im Grundansatz auch bei den deutschen Freiberufsverbänden auf Zustimmung gestoßen ist. Da das Lüneburger Universitätsinstitut für Freiberufsforschung seit gut 10 Jahren derartige Ländervergleiche anstellt, werde ich die mir zur Verfügung stehende Zeit benutzen, Ihnen einen ungefähren Eindruck vom Stand dieser Forschungen zu vermitteln (1.) – Daran anschließend möchte ich kurz der Frage nachgehen, welche Bedeutung derartigen Vergleichsmarkttests im Rahmen der kartellrechtlichen Überprüfung von Berufsverbandsregeln zukommen könnte (2).*

1. Zu den Lüneburg/Nürnberger Untersuchungen ist zunächst auf die umfangreiche Studie über das Recht der Kammern und Verbände freier Berufe von 1994 bis 1996 zu verweisen, in der wir bereits vor etwa 10 Jahren eine Art europäischen Liberalisierungstrend konstatiert haben (S. 86 ff, 470 ff.). Ein ähnlicher Entwicklungstrend ist jetzt der Wiener IHS-Studie zu entnehmen, die ich eingangs schon erwähnt habe, so dass wir unsere Entdeckungen teilweise bestätigt finden. Konkret geht es v.a. um die Zulassung von Gesellschaftsformen mit beschränkter Haftung, die Lockerung von Sozietätsverboten und die Einschränkung überkommener Werbeverbote. Obgleich Deutschland nach der IHS-Studie fast in jeder Hinsicht zu den hoch regulierten Ländern gehört, gibt es zu allen drei Trendbereichen auch von hier Positives zu vermelden.

Auf dieser Trendanalyse aufbauend haben wir nun – anders als die Wiener Studie – nicht allein die ökonomischen Implikationen untersucht. Vielmehr interessiert uns, wie sich das für eine methodisch reflektierte Regulierungstheorie gehört, auch der rechtssystematische Wandel. Leider sind wir dazu bisher, mangels Forschungsressourcen, nur für das deutsche Recht zu weiterführenden Erkenntnissen vorgedrungen. Aber diese können, wie folgt zusammengefasst werden:

- An die Stelle **standesethischer** Schutzzwecke treten informationsökonomische Rechtsanalysen, die insbes. die **Geltung von Wettbewerbspinzipien** nicht generell leugnen, sondern anerkennen und sie nur insoweit einschränken, als funktionale Defizite erkennbar sind (grundlegend *Akerlof*, Market for Lemons, 1970);
- dementsprechend werden Einschränkungen der Wettbewerbs, Vertrags- und Rechtsformfreiheit nur noch im Rahmen mehr oder weniger strenger **Übermaßverbote** zugelassen: Zweckmäßigkeit, Erforderlichkeit, Verhältnismäßigkeit;

- die Grundregeln dazu bleiben nicht der Selbstverwaltung der Berufsverbände überlassen, sondern unterliegen dem **Parlamentsvorbehalt**;
- zur **Kontrolle** der Schutzvoraussetzungen und –grenzen wird neben den Kammern und Verbänden auch die Zuständigkeit staatlicher Gerichte begründet;
- man spricht insofern vom **Wandel des Standesrechts zum Berufsrecht** (*Steindorff*, 1980; *Michalski*, 1989; *Herrmann*, 2002).

2. Wie verhält sich dazu nun die neue kartellrechtliche Rspr. des EuGH? Vom Ergebnis her scheint ein erheblicher Widerspruch vorzuliegen. Der Stand der Lüneburg/Nürnberger Forschungen ist folgender: In der Arduino-Entscheidung (2002) hat der EuGH zwar eine Art Geltungsausnahme vom Kartellrecht statuiert, macht diese aber von drei strenge Voraussetzungen abhängig:

- Der Staat muss zwingend die Wahrung von **Allgemeininteressen** vorschreiben;
- er muss für **Überwachung** sorgen, damit insbes. **unverhältnismäßige** Wettbewerbsbeschränkungen vermieden werden;
- und das **Letztentscheidungsrecht** muss beim Staat verbleiben (evtl. genügt auch die im deutschen Kammerrecht übliche Rechtsaufsicht).

In der Wouters-Entscheidung (2002) wurde eine Berufskammer als Unternehmensverband behandelt, so dass sich insoweit keine Geltungsausnahme vom Kartellverbot ergab. Aber der EuGH hat in Anlehnung an das anglo-amerikanische Recht die rule of reason angewendet. Es liegt also noch weniger als in der Arduino-Entscheidung eine standesethische Geltungsausnahme vom allgemeinen Wirtschaftsrecht vor, sondern

- das Berufsrecht muss auf **Ziele** gerichtet sein, die mit den Mitteln unbeschränkten Wettbewerbs nicht erreichbar erscheinen;
- dies unterliegt der **Überwachung** der Kartellbehörden und –gerichte, wobei
- Maßstäbe strenger Zweck- und **Verhältnismäßigkeit** zu beachten sind.

Jenseits mancher Streitfragen zur Bedeutung der neuen EuGH-Rechtsprechung zeigt sich eine gute Vergleichbarkeit mit dem berufsrechtlichen Entwicklungstrend in den Mitgliedstaaten. Ich habe die Vergleichsaspekte durch Fettdruck in den Folientexten hervorgehoben. Auch im Europarecht scheint sich also der Wandel vom Standesrecht zum Berufsrecht durchzusetzen.

Deshalb haben wir in einer Reihe von Einzeluntersuchungen den Vorschlag gemacht, die Trendnähe der nach Art. 81 EG-Vertrag kontrollierten Berufsnorm als Kriterium für die Verhältnismäßigkeitskontrolle zu berücksichtigen. Der Lösungsvorschlag wird für die halbstaatlichen Berufsverbände à la Arduino in Anlehnung an die state action exemption des anglo-amerikanischen Antitrustrechts begründet. Für die große Mehrheit der dem Fall Wouters ähnlichen Berufsverbandsregeln lässt sich der Rechtsvergleich mit der rule of reason entsprechend fruchtbar machen. Methodisch handelt es sich um eine Art Vergleichsmarkttest, der keineswegs nur im deutschen

Recht der Missbrauchsaufsicht anerkannt ist, sondern auch im Fallrecht zur Güterabwägung nach der state action exemption und zur rule of reason nachgewiesen werden kann.

Konkret ergibt sich für das niederländische Sozietätsverbot folgendes:

- das Verbot ist eine tatbestandsmäßige Kartellverbotsverletzung i.S. Art. 81 Abs. 1 EG-Vertrag;
- nach der rule of reason kommt es für die Frage der Verhältnismäßigkeit auf die Nähe zum europäischen Entwicklungstrend freiberuflichen Sozietätsrechts an;
- das Verbot ist im europäischen Ländervergleich eher als trendfern anzusehen (Vorschlag: Rechtswidrigkeit wird vermutet);
- gleichwohl ist eine Rechtfertigung unter dem vom EuGH betonten Aspekt der Umgehungsgefahr für das anwaltliche Zeugnisverweigerungsrecht möglich.

Als Fazit lässt sich hervorheben, dass

- die in der Wiener IHS-Studie gekennzeichneten Liberalisierungstrends mitgliedsstaatlicher Freiberufsrechte in rechtssystematischer Hinsicht als Wandel vom Standes- zum Berufsrecht interpretiert werden können.
- Die Rechtsprechung des EuGH zum Kartellverbot steht mit diesem in einem auffälligen Zusammenhang.
- Bei Beurteilung der Verhältnismäßigkeit wettbewerbsbeschränkender Regulierungen durch Verbandsrechte begründet die Trendnähe eine widerlegliche Rechtfertigungsvermutung.