

**EU-Kartellrechtscompliance and Professional Governance -**  
Zur Überwindung standesrechtlicher Aufsichtsstrukturen freier Berufe.

Prof. Dr. H. Herrmann, Universität Erlangen-Nürnberg

---

Gliederung

I.	Einleitung.....	1
II.	Kartellrechtswidrige Kammerrechte: Werbung um Praxis.....	3
	1. Wettbewerbsbeschränkung durch Verbandsbeschluss (3)	
	2. Geltungsausnahme wegen staatlichen Letztentscheids? (4)	
	3. Keine Rechtfertigung (8)	
III.	Theoretische Konzepte wettbewerblicher Selbstregulierung.....	12
	1. Intra- and Inter-Professionaler Wettbewerb (13)	
	2. Rechts-Compliance and Responsive Regulierung (14)	
	3. Corporate und Professional Governance: Mechanismen und Prinzipien (16)	
IV.	Praktische Entwicklungen.....	19
	1. Systemwettbewerbliche Neuerungen (19)	
	2. Corporate und Professional Governance (22)	
V.	Europarechtliche Rahmenbedingungen.....	25
	1. Art. 9 EU-Verordnung 1/2003 und wettbewerbsadäquate Selbstregulierung (25)	
	2. Druckausübung zur Compliance und demokratische Legitimation (27)	
	3. Gruppenfreistellungen und berufsethischer Kodex (29)	
	4. Opting-Out System (31)	
VI.	Zusammenfassung und Ausblick.....	32

-----

## **I. Einführung**

Die Geschichte freier Berufe, ihrer Verbände und Kammern zeigt in den Ländern der westlichen Welt stark wettbewerbswidrige Züge.<sup>1</sup> Vieles spricht sogar dafür, dass der Großteil wettbewerbsbeschränkender self-regulations konstitutiv für die Entwicklung der zentralen Typusmerkmale freier Berufe gewesen ist. Man denke nur an die Beschränkungen des Marktzutritts nach Ausbildungsanforderungen, an preiswettbewerbliche Restriktionen. Auch der Zusammenschluss in Verbänden mit strengen Aufsichts Kompetenzen, die bis zum Zwangsausschluss aus dem Markt reichen, ist ebenso wettbewerbswidrig wie

---

<sup>1</sup> Vgl. nur *I. Waddington*, *Medicine. The market and professional autonomy*, in Conze/Kocka (Hrsg.), *Bildungsbürgertum*, Teil I, 2. Aufl., 1992, 388 ff.; Überblick in *H.Herrmann*, *Recht der Kammern und Verbände*, 1996 S. 56 ff.

freiberufstypisch.<sup>2</sup> An die Stelle einer wettbewerblichen Marktverfassung tritt die kooperative Verbandsorganisation.

Dennoch setzt sich in Europa unaufhaltsam die Erkenntnis durch, dass beide Steuerungsformen nebeneinander zu treten haben. Im Europarecht scheint sich sogar das Prinzip zu etablieren: so viel Wettbewerb wie möglich und so viel Verbandsaufsicht wie nötig. Das gilt vor allem die Ausnahmereiche und Rechtfertigungslehren des europäischen Kartellrechts. Der EuGH hat in den beiden grundlegenden Entscheidungen in den Fällen *Arduino*<sup>3</sup> und *Wouters*<sup>4</sup> strenge Anforderungen gestellt; und die Kommission hat in letzter Zeit wiederholt deutlich gemacht, dass sie die Unterschiede der Freiberufsrechte in den Mitgliedstaaten<sup>5</sup> zum Anlass nehmen wird, gegen zu weit reichende Wettbewerbsbeschränkungen durch die staatlichen Rechte oder die Selbstregulierungen der Berufsverbände auf der Grundlage der Artt. 81 f. EGV einschreiten wird.<sup>6</sup>

Gleichwohl fehlt es bislang an einer Konzeption wettbewerbsoffener self-regulation. Einig ist man sich nur darin, dass Kammern und Verbände freier Berufe notwendig sind, um ein hohes Qualitätsniveau und unabhängige Aufgabenwahrnehmung auf den Freiberufsmärkten zu sichern. Auch das Prinzip der Selbstregulierung soll als solches unangetastet bleiben.<sup>7</sup> Damit ist aber implizit auch die Annahme verbunden, dass Verletzungen des Kartellrechts nicht einfach durch Verbotsverfügungen und Nichtigkeitssanktionen bekämpft werden können. Statt dessen bedarf es der Entwicklung von Konzepten wettbewerbsoffener Selbstregulierung. Dazu will das hier vorgelegte Papier einen Beitrag leisten.

Folgende Untersuchungsbereiche werden angesprochen:

Zunächst werden einige besonders wichtige Verletzungen des EU-Kartellrechts analysiert, für die ein Verbot nach Artt. 81 EGV in Betracht gezogen werden könnte (II). Es folgt eine Bestandsaufnahme von Konzepten wettbewerblicher Selbst-Regulierung, wobei die neueren

<sup>2</sup> Grundlegend V. Deneke, Die freien Berufe, 1956; zu neuen Lehren Herrmann, a.a.O., o.S. 44 ff.

<sup>3</sup> Urteil des EuGH v. 19.2.2002, Rs. C-35/99 *Arduino*, Slg. 2002 I, 1529; NJW 2002, 882.

<sup>4</sup> Rs. C-309/99, *Wouters*, Savelbergh/Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Adocaten, Slg. 2002 I, 1577; NJW 2002.

<sup>5</sup> *Paterson/Fink/Ogus*, Economic impact of regulation in the field of liberal professions in different Member States, 2003, download at [http://europa.eu.int/intz/comm/competition/publications/prof\\_services\\_ihs\\_part1.pdf](http://europa.eu.int/intz/comm/competition/publications/prof_services_ihs_part1.pdf).

<sup>6</sup> Europäische Kommission, COM (2004) 83 endg., S.1, 6: „The Commission will...continue to carry out casework where appropriate. A coherent application of Articles 81 and 82 will be guaranteed through co-ordination in the European Competition Network.“

<sup>7</sup> Ebd., S.5: „While the Commission acknowledges that some regulation in this sector (sc. Of liberal professions) is justified, it believes that in some cases more pro competitive mechanisms can and should be used instead of certain traditional restrictive rules.“

Ansätze der responsive regulation und professional governance durch einige ergänzende Überlegungen weiter entwickelt (III) und auf ihre Ausprägung in der Praxis freiberuflicher Selbstregulierungsorganisationen (SRO) hin untersucht werden (IV). Zum Schluss werden die rechtlichen Rahmenbedingungen der wettbewerblichen Selbst-Regulierung herausgearbeitet (V).

## **II. Kartellrechtswidrige Kammerrechte: Werbung um Praxis**

1. Wettbewerbsbeschränkung durch Verbandsbeschluss: Besonders wichtige Kartellverbotverletzungen kommen im deutschen Kammer- und Verbandsregeln zum Werbeverbot vor. Ein Beispiel ist das Verbot der „Werbung um Praxis“, das in mehreren Berufsrechten sogar als förmliches Gesetz geregelt ist (§§ 43b BRAO, 57a StBerG, 52 S.2 WPO). Während die BRAK darauf verzichtet hat, dazu satzungsrechtliche Einzelheiten zu regeln, haben die Bundessteuerberaterkammer und die Wirtschaftsprüferkammer folgende Regelungen getroffen:

### § 10 Abs.3 BOSTB<sup>8</sup>:

„Werbung ist berufswidrig, so weit sie auf die Erteilung eines Auftrags im Einzelfall gerichtet ist. Dies ist insbesondere der Fall, wenn der Umworbene in einem konkreten Einzelfall der Beratung oder der Vertretung bedarf und der Werbende dies in Kenntnis der Umstände zum Anlass für seine Werbung nimmt“.

### § 35 BO/WP/vBP<sup>9</sup>:

„Werbung, die auf die Erteilung eines Auftrages im Einzelfall gerichtet ist, ist unzulässig. Angebote zur Erlangung von Aufträgen sind nur zulässig, wenn hierzu eine Aufforderung des möglichen Auftraggebers vorliegt“.

In beiden verbandsrechtlichen Regeln kann eine Wettbewerbsbeschränkung durch Verbandsbeschluss i.S. des Art. 81 Abs. 1 EGV liegen, wenn sie über das gesetzlich Verbotene hinausgehen. Die §§ 43b BRAO, 57a StBerG, 52 S.2 WPO verbieten die Praxiswerbung, wie gezeigt, nur als Begriff, der eng oder weit ausgelegt werden kann. Für enge Auslegung dessen spricht, dass der Gesetzgeber mit dem für alle anderen Vorschriften zur Praxiswerbung wegweisenden § 43b BRAO auf zwei Entscheidungen des BVerfG<sup>10</sup> reagiert hat und demzufolge auch bemüht war, eine verfassungskonforme Werbebeschränkung vorzunehmen. Art. 12 Abs. 1 GG verlangt nicht nur im Bereich der sog.

<sup>8</sup> § 10 Berufsordnung der Bundessteuerberaterkammer of 6/2/1997 i.d.F. v. 24.10.2001, Deutsches Steuerrecht 12/2002, S. 518 f., Abdruck in: *Kleine-Cosack*, Das Werberecht der rechts- und steuerberatenden Berufe, 2. Aufl. 2004, S. 301 ff.

<sup>9</sup> § 35 Berufsordnung der Wirtschaftsprüfer/vereidigte Buchprüfer v.11.6.1996 i.d.F. v.11.3.2002, BAnz. 2002, S. 789; Abdruck in *Kleine-Cosack*, a.a.O., S. 303 ff.

<sup>10</sup> BVerfGE 76, 171, 184; NJW 1988, 204 ff.

Berufswahlvorschriften, sondern auch bei den Berufsausübungsregeln<sup>11</sup> eine strenge Prüfung der Geeignetheit, des geringst möglichen Eingriffs und der Verhältnismäßigkeit. In der deutschen Literatur wird v.a. der Aspekt geringst möglicher Freiheitsbeschränkung dahin verstanden, dass lediglich die Ausnutzung einer besonderen Angewiesenheitssituation verboten werden könne, weil der Umworbene hier nicht mehr frei in seiner Wahl für den „richtigen“ Anbieter bleibt.<sup>12</sup> Damit sind hauptsächlich die Fälle des sog. ambulance chasing gemeint, in denen nicht nur Abschleppunternehmer ihre Dienste am Unfallort aufdrängen, sondern auch Rechtsanwälte auf den Gängen der Polizeipräsidien auftauchen, um Alkoholsündern nach misslungenem Bluttest ihre Hilfe aufzunötigen. Bekannt sind auch aufdringliche Gefängnispraktiken von Strafanwälten oder die Ausnutzung heilberuflicher Peinlichkeiten. Bejaht man eine dahingehende Auslegung der gesetzlichen Verbote der Werbung um Praxis, so gehen die §§ 10 Abs.3 BOSTB, 35 BO/WP/vBP hierüber eindeutig hinaus, und es handelt sich um vom Gesetz nicht zwingend mit umfasste Verbandsmaßnahmen.

Die Regelungen sind nach der Rspr. des EuGH und nach h.L. als Verbandsbeschlüsse i.S. Art. 81 EGV anzusehen, obgleich es sich bei den betr. Verbänden um Kammern, d.h. um Körperschaften des öffentlichen Rechts handelt.<sup>13</sup> Auch Verbände in öffentlich-rechtlicher Rechtsform sind Unternehmensvereinigungen, wenn sie nur Unternehmen als Mitglieder haben, die zumindest auch wettbewerbliche Gewinnerzielung bezwecken. Es kommt weder darauf an, ob gewerbliche oder freiberufliche Unternehmensziele bestehen, noch kann der Rang die Gewinnabsicht erheblich sein. Insofern gilt für Freiberufskammern<sup>14</sup> nichts anderes, als was für andere gemeinnützige Einrichtungen seit Langem anerkannt ist.<sup>15</sup>

2. Geltungsausnahme wegen staatlichen Letztentscheidungs? Allerdings wird für die Kammerrechte z.T. angenommen, es greife eine implizite Geltungsausnahme<sup>16</sup>, wie sie der EuGH unlängst im Fall *Arduino*<sup>17</sup> bejaht hat. Ein italienisches Gericht hatte dem EuGH die Frage vorgelegt, ob die dortige RA-GebührenO von 1984 mit Art. 81 EGV in Einklang stehe, obgleich einheitliche Mindest- und Höchstpreise nach Streitwerten festgelegt werden. Zwar gibt es gesetzliche Grundlagen, doch war letztlich die alle 2 Jahre geforderte Einschätzung eines aus gewählten Rechtsanwälten bestehenden Nationalkomitees („CNF“)

<sup>11</sup> Zu dieser Unterscheidung s. die Apothekerentscheidung BVerfGE 7, 377.

<sup>12</sup> Vgl. *Kleine-Cosack*, Das Werberecht der rechts- und steuerberatenden Berufe, 2. Aufl. 2004, Rdn. 347 unter Hinweis auf BGH NJW 2001, 2087, 2089-Anwaltswerbung II.

<sup>13</sup> EuGH v.19.2.2002, C-35/99 *Arduino*, a.a.O. Fn. 2.

<sup>14</sup> Kommission v. 7.4.1999, ABl. L 106/14, 22 ff.; Wettbewerbsbericht 1993, 146 f. Tz. 219 „CNSD“; *Emmerich*, Kartellrecht, S. 387 m.w.Nachw.

<sup>15</sup> EuGH Slg. 1985, 391, 423 f. „*Clair*“; EuG, WuW/E EurR 293, 298 f., „*Cimenteries*“.

<sup>16</sup> Vgl. nur OLG Stuttgart, NJW-RR 1992, 551; *Michalski*, Gesellschafts- und Kartellrecht der berufsrechtlich gebundenen freien Berufe, 1989 S. 88, 420, 423 ff.

<sup>17</sup> Urteil des EuGH v. 19.2.2002, Rs. C-35/99 *Arduino*, NJW 2002, 882.

ausschlaggebend, die an keinerlei Kriterien des Allgemeininteresses gebunden wurde. Der EuGH hat zwar keinen Verstoß gegen Art. 81 EGV angenommen, aber die Maßstäbe für Geltungsausnahmen vom Kartellverbot, wie folgt, streng gefasst:

- Die Staatlichkeit des Entscheidungsverfahrens soll nur dann rechtfertigend wirken, wenn der Berufsverband lediglich entscheidungsvorbereitend tätig wird, und die „Letztentscheidungsbefugnis“ bei einer staatlichen Stelle liegt. Das nahm der EuGH für den ministeriellen Genehmigungsvorbehalt zu den Anwaltsgebührenregeln an, da deren Wirksamkeit von der Genehmigung in vollem Umfang abhängt und der Minister dadurch jede Änderung des Vorschlags des CNF erreichen könne.<sup>18</sup>
- Auch das gesetzlich vorgesehene Zusammenwirken des Ministers mit dem Staatsrat und dem CIP (interministerieller Preisausschuss) sei auf die Wahrung von Allgemeininteressen gerichtet, so dass die Gebührenbeschlüsse des CNF auch deshalb nicht als Kartellverbotverletzungen zu beurteilen seien.

In der deutschen Literatur<sup>19</sup> ist daraus z.T. der Schluss gezogen worden, dass die Geltungsausnahme immer schon dann eingreift, wenn der betr. Berufsverband einer staatlichen Aufsicht unterliegt, die dem Allgemeinwohl verpflichtet ist. Da die BRAK etwa nach § 176 Abs. 2 BRAO vom Bundesjustizminister beaufsichtigt werde, seien auch dessen Beschlüsse bei etwaiger Unvereinbarkeit mit Art. 81 EGV von der Geltung des Kartellverbots ausgenommen. Insbes. spreche auch der aufsichtsrechtliche Normzweck präventiver Gefahrenabwehr für die Anwendbarkeit der kartellrechtlichen Geltungsausnahme, da die Aufsichtsbehörde dadurch in die Lage versetzt werde, schon bei bloß ansatzweise erkennbaren Missbrauchsgefahren tätig zu werden, so dass letztlich jede Entscheidung der Kammer potentiell von Aufsichtsmaßnahmen betroffen sei.<sup>20</sup> Entsprechendes müsste man auch für die Kammern der Steuerberater und Wirtschaftsprüfer anzunehmen haben. Denn auch sie unterliegen der Staatsaufsicht mit präventiver Zielsetzung.<sup>21</sup>

Die Gegenansicht stellt v.a. darauf ab, dass die deutsche Kammeraufsicht als Rechtsaufsicht und nicht als Sachaufsicht konzipiert ist (z.B. § 176 Abs. 2 S. 2 BRAO). Der Einfluss des Staates sei deshalb begrenzt und nicht als vollständige Letztentscheidungsbefugnis i.S. der *Arduino*-Entscheidung zu verstehen.<sup>22</sup> Auch sei der Staatseinfluss nach den tatsächlichen

---

<sup>18</sup> A.a.O. Rdn. 40 f.

<sup>19</sup> S. nur *Eichele/Happe*, NJW 2003, 1214.

<sup>20</sup> Vgl. *Eichele/Happe*, NJW 2003, 1214, 1216 f.

<sup>21</sup> S. § 27 f. StBerG v. 16.8.1961 (BGBl. I, 1301) i.d.F. v. 5.7.2004 (BGBl. I, 1427.; WPO v. 24.7.1961 (BGBl. I, 1409) i.d.F. v. 19.8.2004.

<sup>22</sup> Vgl. nur *Kilian*, AnwBl. 2003, 256; *Römermann/Wellige*, BB 2002, 633, 637; *Kilian*, WRP 2002, 802, 807; *Kleine-Cosack*, *Werberecht*, a.a.O. Fn. 16, Rdn. 145 f. m.w.Nachw.

Erfahrungen der Vergangenheit zu schwach ausgeprägt, um eine wirksame Steuerungswirkung i.S. eines Letztentscheidendes annehmen zu können.<sup>23</sup>

Der EuGH hat bisher, soweit ersichtlich, keine nähere Abgrenzung über das notwendige Ausmaß staatlicher Einwirkungsintensität getroffen. Weiterführend scheint aber der Vergleich der wettbewerblichen Geltungsausnahme nach der *Arduino*-Entscheidung mit der Rechtfertigungsfrage, zu der der EuGH ebenfalls kürzlich ein grundlegendes Urteil im Fall *Wouters*<sup>24</sup> gefällt hat. Hier ging es um Sozietätsverbote einer Niederländischen Rechtsanwaltskammer, betr. den Zusammenschluss zwischen Rechtsanwälten und Notaren niederländischen Rechts. Folgende Urteilsgründe sind hervorzuheben<sup>25</sup>:

- Die Kammerentscheidungen sind als Beschlüsse einer Unternehmensvereinigung i.S. Art. 81 EGV anzusehen, weil der Staat sich ein Letztentscheidungsrecht nicht vorbehalten habe.
- Die öffentlich-rechtliche Organisationsform der Kammer ist irrelevant, da es nicht auf die Rechtsform sondern darauf ankommt, dass die Verbandsmitglieder mit entgeltlichen Leistungen an Märkten teilnehmen, auf denen Wettbewerb möglich ist.
- Das Sozietätsverbot stellt eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung dar, indem es gem. Art. 81 Abs. 1 lit. b EGV „die Erzeugung und die technische Entwicklung einschränkt“<sup>26</sup>; denn die Zusammenarbeit mit Wirtschaftsprüfern ist im modernen Dienstleistungsgeschäft der Rechtsanwälte zunehmend und insbes. bei Beratungen und Interessenvertretungen zu internationalen Großfusionen nachgefragt, kann aber bei Geltung des Sozietätsverbots nicht im Wege des „one-stop-shopping“ bedient werden.<sup>27</sup>
- Die wettbewerbsbeschränkende Wirkung wird auch nicht dadurch kompensiert, dass das Zusammenschlussverbot verhindert, dass die hohe Konzentration auf dem Wirtschaftsprüfermarkt in den Rechtsanwaltsmarkt hineinwirkt; denn insoweit hätte das Verbot „weniger einschneidend“ gefasst werden und auf die Entstehung von Großsozietäten beschränkt werden müssen.<sup>28</sup>
- Aber das Kammerverbot ist auch ohne Freistellung nach Art. 81 Abs. 3 EGV dann von der Geltung des Kartellverbots ausgenommen, wenn seine „Zielsetzung“ dies rechtfertigt, und keine mehr als „notwendige“ Wettbewerbsbeschränkung vorliegt.
- Da Wirtschaftsprüfer nach niederländischem Recht keinem strengen „Berufsgeheimnis“ unterliegen und nicht zur Unabhängigkeit verpflichtet sind, würde der Zusammenschluss in einer interdisziplinären Sozietät dazu führen, dass „...ein Rechtsanwalt möglicherweise nicht mehr in der Lage ist, seinen Mandanten unabhängig und unter Wahrung eines strengen Berufsgeheimnisses zu vertreten“. <sup>29</sup> Die Kammerregelung müsse deshalb „bei vernünftiger Betrachtung als notwendig (!) angesehen werden“. <sup>30</sup> Da die Kammer nicht die Möglichkeit habe, wie in anderen Ländern auch für Wirtschaftsprüfer einen

<sup>23</sup> *Kleine-Cosack*, *Werberecht*, Rdn. 145 f.

<sup>24</sup> A.a.O. Fn. 3.

<sup>25</sup> Z. Folgenden s. Rdn.56 ff.

<sup>26</sup> S. Rdn. 90.

<sup>27</sup> Ebd. Rdn. 87.

<sup>28</sup> Ebd. Rdn. 91, 94.

<sup>29</sup> Ebd. Rdn. 105.

<sup>30</sup> Ebd. Rdn. 107.

Geheimnisschutz einzuführen, könne sie sich auch darauf berufen, dass der von ihr verfolgte Zweck „...nicht mit weniger einschneidenden Mitteln“ erreicht werden konnte.<sup>31</sup>

Vergleicht man diese Kriterien mit denen der *Arduino*-Entscheidung, so fällt auf, dass es dort um die Kollision des Kartellrechts mit staatlichen Entscheidungsbefugnissen, in *Wouters* aber um einen Konflikt mit echter Selbstregulierung ging. Zwar stellte der EuGH letztlich auf die hinter der Kammernorm stehenden staatlichen Vorschriften zur Geheimhaltung von Rechtsanwälten und Wirtschaftsprüfern ab. Aber das streitige Sozietätsverbot war Kammerrecht, so dass ein Vorrang vor dem europäischen Kartellrecht von strengeren Voraussetzungen der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit abhängig gemacht werden muss als bei staatlichem Letztentscheid. Denn mehrfach geht die Entscheidung auf etwaige „weniger einschneidende“ Regelungsmöglichkeiten ein.<sup>32</sup>

Nicht ganz leicht ist allerdings einzuschätzen, ob es sich dabei um einen strengen Übermaßtest mit Geltung des Gebotes schonendsten Mitteleinsatzes handelt, oder ob der Kammer noch ein gewisser Einschätzungsspielraum verbleiben soll. Eindeutig ist der strenge Test nur zur Frage, ob die konzentrationshemmende Wirkung des Sozietätsverbots berücksichtigt werden kann. Beim Zusammentreffen von wettbewerbsbeschränkenden und wettbewerbsfördernden Auswirkungen ist das Tatbestandsmerkmal einer Wettbewerbsbeschränkung zu bejahen, wenn die fördernde Regelung nicht auf den geringstmöglichen Eingriff in den freien Wettbewerb eingengt ist.<sup>33</sup> – Anderes gilt aber für die Rechtfertigungsfrage, die als „vernünftige (reasonable) Betrachtung“ ausgewiesen ist<sup>34</sup> und auch sonst der US-amerikanischen rule of reason ähnelt.<sup>35</sup> Zwar soll hier auch der Grundsatz schonendsten Mitteleinsatzes gelten, doch muss man sich für dessen Beurteilung auf den Standpunkt der Kammer stellen und dessen hinreichendes Bemühen um mildeste Mittel ausreichen lassen. In der US-amerikanischen Rspr. zur rule of reason ist insofern anerkannt worden, dass man sich für die Prüfung der less restrictive alternatives auf den Standpunkt der SRO ex ante zu stellen hat, um diese nicht lähmend mit den Risiken unvorhersehbarer besserer Alternativen zu belasten.<sup>36</sup> Damit stimmt eine Tendenz der Rspr. überein, nur „viable less restrictive alternatives“ zu berücksichtigen.<sup>37</sup>

Der Rechtsvergleich kann hier nicht im Einzelnen durchgeführt werden.<sup>38</sup> Doch sprechen schon die bisher genannten Vergleichsaspekte deutlich dagegen, für das deutsche Kammer-

<sup>31</sup> Ebd. Rdn. 108.

<sup>32</sup> S. die Hervorhebungen im Zitat des Urteilstextes zu Rdn. 94 und 109.

<sup>33</sup> Vgl. nochmals das Urteil zu Rdn. 94.

<sup>34</sup> Ebd. Rdn. 107.

<sup>35</sup> Dazu schon *Herrmann*, Freiberufsrecht psychologischer Gutachter und Berater, 2003, S. 58 ff.; H.U. Schmid, Die Instrumentalisierung des Privatrechts durch die EU, Ms. 2004, S. 504.

<sup>36</sup> Vgl. nur *Broadcast Music, Inc. vs. Columbia 'Broadcasting System, Inc.*, 441 U.S. 1 (1979), Sondervotum S. 25 ff.; *National Collegiate Athletic Ass. Vs. Board of Regents of the University of Oklahoma*, 468 U.S. 85, 117 ff. (1985); dazu *Ackermann*, a.a.O. S. 41.

<sup>37</sup> S. nochmals *Ackermann*, a.a.O. S. 49.

<sup>38</sup> Näherer Untersuchung bedarf insbes. auch die act of state exemption, die zur Rechtfertigung von Freiberufskammern im US-Antitrust-Recht wiederholt herangezogen worden ist (vgl. nur *Goldfarb vs. Virginia State Bar*, 421 U.S. 773 (1975). Auch hier ist ein abgeschwächter Test zu less restrictive alternatives anerkannt (vgl. nur *Bates vs. State Bar of Arizona*, 433 U.S. 350, 362 (1977), dazu *E. Fox*, Antitr. L.J. 48 (1979), S. 1571,

Aufsichtsrecht einen Letztentscheid i.S. der *Arduino*-Entscheidung des EuGH anzunehmen. Weit größere Ähnlichkeit ergibt sich zum *Wouters*-Fall, zumal es dort um eine den deutschen Freiberufskammern vergleichbare Selbst-Regulierungsorganisation (SRO) ging. Demzufolge kommt keine absolute Geltungsausnahme für das deutsche Kammerrecht in Betracht, sondern es können lediglich Rechtfertigungsgründe eingreifen.

3. Keine Rechtfertigung: Zur Frage der Rechtfertigung im Lichte der *Wouters*-Entscheidung kann man zunächst feststellen, dass der EuGH sich implizit der US-amerikanischen rule of reason anschließt.<sup>39</sup> Danach ist eine Wettbewerbsbeschränkung nicht als Kartellverbotsverletzung anzusehen, wenn ihre beschränkenden Wirkungen entweder durch wettbewerbsverbessernde Folgen kompensiert werden<sup>40</sup> oder wegen Erreichung höherrangiger Ziele gerechtfertigt erscheinen.<sup>41</sup> Während die erste Fallgruppe auf einer Art teleologischen Reduktion<sup>42</sup> des Tatbestandsmerkmals restraint of trade in sec. 1 Sherman Act<sup>43</sup> beruht, handelt es sich bei der letzteren um eine echte Rechtfertigung tatbestandsgemäßer Wettbewerbsbeschränkungen. Nach bisher h.L. war die rechtfertigende rule of reason im Europarecht auf die Freistellungs Voraussetzungen des Art. 81 Abs. 2 EGV begrenzt und von der behördlichen Freistellungsverfügung abhängig.<sup>44</sup> Wie schon gezeigt, hat der EuGH in *Wouters* auf die Vernünftigkeit („reasonable“) bei Abwägung kollidierender „Zielsetzung“ abgestellt<sup>45</sup> und hat damit die Sperrwirkung des Art. 81 Abs. 3 EGV ohne nähere Begründung abgelehnt.

In der Literatur wurde schon früher gesehen, dass das europäische Kartellrecht weniger geschlossen konzipiert ist<sup>46</sup> als die §§ 2-8 GWB.<sup>47</sup> Insbes. mit Blick auf

---

1579 Fn. 36: das strenge Übermaßverbot der älteren Rspr. sei aufzugeben, „...to give the state breathing space in effectuating state policy, and to give a private group breathing space in carrying out what they reasonably understand they are told to do“; rechtsvergleichend schon *Herrmann*, *Interessenverbände*, a.a.O. S. 231 ff., 233)

<sup>39</sup> S. schon die Belege o. vorige Fn.

<sup>40</sup> Vgl. – grdl.- *Standard Oil Co. Of New Jersey vs. U.S.*, 211 U.S. 1 (1911; dazu *Ackermann*, Art. 85 Abs. 1 und die Rule of Reason, 1997, der sich auf diese Fallgruppe beschränkt, die Unterscheidung aber klar herausgearbeitet hat, S. 6 f.; vgl. *Fikentscher*, *Wirtschaftsrecht*, Bd. 2, 1983, § 22 III.5g., S. 218 ff.

<sup>41</sup> Vgl. – grdl. – *Board of Trade of the City of Chicago vs. U.S.*, 246 U.S. 231 (1918; dazu in rechtsvergleichender Hinsicht zum Europarecht insbes. *Peeters*, *Am.J.Comp.L* 37 (1989) 521 ff.; zur Abgrenzung von der zuvor genannten Fallgruppe s. auch *Ackermann*, a.a.O. S. 18 „Grenzfall“.

<sup>42</sup> So treffend *Fikentscher*, a.a.O., S. 601 F. 209.

<sup>43</sup> V. 2.7.1890, 15 U.S.C. § 1.

<sup>44</sup> Vgl. nur *Mestmäcker*, in: Hoppmann/ders. (Hrsg.), *Normzwecke und Systemfunktionen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen*, 1973, 21; *Fikentscher*, a.a.O., Bd. 1 S. 600; *Malawer*, *Maryland Law Review* 33 (1973), S. 265; *V. Emmerich*, *Kartellrecht*, S. 398.

<sup>45</sup> A.a.O. Fn. 3 Rdn. 97, 107 mit Bezugnahme auf EuGH, Slg. 1996 I, 6511 „*Reisebüro Broede*“.

<sup>46</sup> *Herrmann*, *Interessenverbände und Wettbewerbsrecht*, 1984, S. 310 ff., 312 ; a.A. damals noch die Kommission, *Bekanntmachung betr. die Einfuhr japanischer Erzeugnisse in die Gemeinschaft*, ABl. 1972, C 111/13; Entscheidung v. 29.11. 1974, ABl. C. 343/19, 23 „japanische Kugellager“.



Rechtfertigungsgründe im öffentlichen Interesse für die eine angemessene Beteiligung der Verbraucher am Gewinn sachwidrig erscheint, erscheint Art. 81 Abs. 3 EGV lückenhaft und am besten mit Blick auf die rule of reason ergänzbar.<sup>48</sup> Nachdem die VO 1/2003<sup>49</sup> die Notwendigkeit behördlicher Freistellung aufgegeben hat, steht dem Rechtsvergleich mit der rule of reason auch insofern nichts mehr entgegen. Hinzukommt ein systematisches Argument. Der EuGH hat mit der besprochenen *Arduino*-Entscheidung eine starke Anlehnung an die Act-of-State-Exemption amerikanischen Rechts<sup>50</sup> erkennen lassen<sup>51</sup>, die ebenfalls unabhängig von einem Freistellungsverfahren eingreift. Überwiegende Gründe sprechen deshalb dafür, die *Wouters*-Entscheidung als Anerkennung einer europarechtlichen rule of reason aufzufassen.

Speziell für Werbebeschränkungen ergibt sich, dass der Rechtfertigung im Grundsatz nichts entgegensteht, da keiner der per-se- oder quasi-per-se-Tatbestände wie price fixing<sup>52</sup>, Koppelungsabreden<sup>53</sup> und dergl. in Betracht kommt. Entscheidend ist deshalb zunächst, ob überhaupt ein dem Schutz freien Wettbewerbs vorrangiges Interesse anzuerkennen ist. Für Werbebeschränkungen bei freien Berufen kommt es insoweit hauptsächlich darauf an, dass es für freiberufliche Dienste typisch ist, dass sie nicht nur auf Gewinnmaximierung sondern auch auf Gemeinwohlinteressen, wie Volksgesundheit, Rechtspflege etc., gerichtet sind.<sup>54</sup> Steuerberatern wird unter diesem Aspekt zumeist zugebilligt, dass sie an der ordnungsgemäßen Erzielung von Steuereinkünften des Staates mitwirken. Wirtschaftsprüfer sind für die Funktionsfähigkeit des externen Rechnungswesens in prüfungspflichtigen Kapitalgesellschaften tätig, was schon wegen der handelsrechtlichen Rechnungslegungspflicht gem §§ 325 ff. HGB als hochrangiges Allgemeininteresse anzuerkennen ist.

---

<sup>47</sup> Zur Sperrwirkung des Freistellungsverfahrens deutschen Rechts s. schon *Herrmann*, a.a.O., S. 285 f. m.w.Nachw.

<sup>48</sup> So auch EuGH Slg. 1996 I, 6511 „*Reisebüro Broede*“.

<sup>49</sup> V.16.12.2002, ABl. 2003, L 1/1.

<sup>50</sup> Grdl. *Parker vs. Brown*, 317 U.S. 341 (1943); *FTC vs. Ticor Title Insurance Co.*, 504 U.S. 621 (1992) mit strengem active supervision test; näher schon *H. Herrmann*, *Interessenverbände*, S. 223 ff.; *H. Hovenkamp*, *Antitrust*, 3. Aufl. 1999, S. 269 ff.

<sup>51</sup> *Herrmann*, *Freiberufsrecht psychologischer Gutachter und Berater*, 2003, S. 58 ff.

<sup>52</sup> Das gilt sogar bei Verbot eines Freiberufsverbandes, mit potentiellen Kunden in Preisverhandlungen einzutreten, vgl. *National Society of Professional Engineers vs. U.S.*, 435 U.S. 679, 692 (1978).

<sup>53</sup> Vgl. – grdl. – *Cantor vs. Detoit Edison*, 428 U.S. 579 (1976), betr. tie in by inducement.

<sup>54</sup> *L. Michalski*, *Berufs- und Kartellrecht*, a.a.O. Fn. 20, S. 365 (dort sog. Zentralwertbezug); allgemein – grdl. – *Deneke*, *Die freien Berufe*, 1956 S. 117.

Fraglich ist deshalb nicht die Rechtfertigungsmöglichkeit als solche, sondern allein die Reichweite. Ist insbes. der Grundsatz schonendsten Mitteleinsatzes gewahrt, wenn ihn der EuGH auch in der *Wouters*-Entscheidung nach hier begründeter Ansicht<sup>55</sup> so weit gefasst hat, dass schon das hinreichende Bemühen der Kammer um möglichst geringe Wettbewerbsbeeinträchtigung mit nachvollziehbaren Gründen ausreicht? Es genügt demzufolge nicht, dass sowohl § 10 Abs. 3 BOSTb als auch § 35 BOWP/vBP überhaupt Einschränkungen gegenüber einem allgemeinen Werbeverbot oder dem Verbot der Werbung um Praxis erkennen lassen. Vielmehr müssen diese hinreichend sein, um den freien Wettbewerb so weit wie möglich zuzulassen.

Zur näheren Beurteilung dessen muss noch einmal auf die obige Abgrenzung gegenüber dem Verbot des *ambulance chasing*<sup>56</sup> zurückgekommen werden. Dort steht der Aspekt im Vordergrund, dass der Klient nicht in seiner freien Entscheidung über die Auswahl des für seine Zwecke bestens geeigneten Anbieters beeinträchtigt werden darf.<sup>57</sup> Schon oben wurde herausgearbeitet, dass sowohl § 10 Abs. 3 BOSTb als auch § 35 BOWP/vBP über diesen Zuschnitt deutlich hinausgehen. Gleichwohl wird zu deren Rechtfertigung immer wieder betont, dass das gesetzliche Verbot der Werbung um Praxis nicht nur auf den Schutz der Entscheidungsfreiheit des Mandanten zielt, sondern auch der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege, des Steuersystems oder des Prüfungswesens durch Wahrung der überkommenen Berufsehre und des Ansehens des Berufsstandes des Steuerberaters, Wirtschaftsprüfers etc. dient.<sup>58</sup> Andere stellen mehr auf die Erhaltung des freiberufsspezifischen Vertrauensverhältnisses ab, das mit den aggressiven Werbemethoden der gewerblichen Wirtschaft unvereinbar wäre.<sup>59</sup> So ehrenhaft solche Stellungnahmen auch klingen mögen, so sehr muss man sehen, dass sie viel zu vage und unabgrenzbar gegenüber missbräuchlicher Inanspruchnahme sind. Deshalb ist auch das BVerfG in der Entscheidung zu den BRAK-Standesrichtlinien hiervon entschieden abgerückt.<sup>60</sup> Da es auch bei der vom BVerfG entschiedenen Frage verhältnismäßigen Grundrechtseingriffs i.S. Art. 12 Abs. 1 GG

---

<sup>55</sup> S. o. zu II.2.

<sup>56</sup> S.o. zu II.1.

<sup>57</sup> Vgl. insbes. BGH NJW 2001, 2087, 2089: „...dass sich der Umworbene in einer Lage befindet, in der er auf Hilfe angewiesen ist und sich möglicherweise nicht frei für seinen Anwalt entscheiden kann“ (Hervorhebung hinzugefügt).

<sup>58</sup> Vgl. nur *Jähnke*, NJW 1988, 1888, 1891; zust. Henssler/Prütting-*Eylmann*, BRAO-Komm., § 43 b, Rdn. 10 f..

<sup>59</sup> Vgl. nur *Löwe*, AnwBl. 1988, 545, 547 f.; auch insoweit zust. Henssler/Prütting-*Eylmann*, BRAO-Komm., § 43 b, Rdn. 10 f.

<sup>60</sup> BVerfGE 76, 171, 192 f.: „...Die Grenze einer zumutbaren Beschränkung der Berufsausübung...wird insbes. überschritten, wenn Kammervorstände oder Ehrengerichte Äußerungen eines Anwalts als standeswidrig mit der Begründung beanstanden, sie ...seien für das Ansehen des Anwaltsstandes abträglich“; w. die Nachw. bei Henssler/Prütting-*Eylmann*, BRAO-Komm., § 43 b, Rdn. 10.

um den Grundsatz schonenden Mitteleinsatzes ging, kommt auch eine kartellrechtliche Rechtfertigung unter diesen Aspekten nicht mehr ernstlich in Betracht.

M.a.W. das Werbeverbot i.d.F. von § 10 Abs. 3 BOSTB wäre nur dann als schonendster Wettbewerbseingriff zu verstehen, wenn es neben dem Schutz der Entscheidungsfreiheit des Klienten auch um das Ansehen des Berufsstandes gehen würde. Da dies aber nach dem Berufsrechtsverständnis des BVerfG abzulehnen ist, kann man solche Aspekte auch nicht mehr als Kammerprärogative im Rahmen der rule of reason heranziehen. Für ein derart weit gefasstes Werbeverbot ist das Bemühen um einen schonendsten Wettbewerbseingriff nicht einmal mehr ex ante hinreichend nachvollziehbar.

Griffiger und deshalb vom Verdikt des BVerfG unberührt<sup>61</sup> ist der wirtschaftswissenschaftliche Ansatz verbandlichen Vertrauensschutzes. Seit der grundlegenden Studie von *Akerlof*<sup>62</sup> ist bekannt, dass der freie und unbeschränkte Preiswettbewerb bei den sog. Vertrauensgütern adverse Selektionseffekte hat. Da der Kunde das Verhältnis von Preis und Qualität weder vor noch nach Erwerb des Gutes einschätzen kann, niedrigere Preise aber im Wettbewerb Nachfrage auf sich ziehen, würde der Anbieter zu immer mehr Preis- und Kostensenkungen mit entsprechenden Qualitätsminderungen angereizt, bis das Gut praktisch wertlos ist (sog. Zitronenmarktmodell). Dieser Gefahr wird durch Signaleffekte entgegengewirkt, die größtenteils von der Zugehörigkeit der Freiberufler zu Kammern und Verbänden mit qualitätssichernden Aufgaben abhängig sind. - Demnach kommt es für die Zulässigkeit der Werbeverbote darauf an, ob sie der verbandlichen Qualitätssicherung dienen. Das kann man für den Verbotsumfang i.S. des ambulance chasing unschwer bejahen, da eine derart aufdringliche Werbung die freie Auswahl des Freiberuflers nach Qualitätskriterien und Signaleffekten beeinträchtigen würde. Weitergehend könnte man es unter diesem Aspekt auch für gerechtfertigt ansehen, wenn gefordert wird, dass keine mit der Berufsaufsicht unvereinbare Werbung getrieben wird. Denn auch die Verbandsnormen zur Berufsaufsicht dienen weithin der Qualitätssicherung.<sup>63</sup> Demzufolge könnten Werbemaßnahmen gerechtfertigt verboten sein, bei denen etwa die Unabhängigkeit und Eigenständigkeit der freiberuflichen Dienstleistungserbringung verletzt erscheint. Darüber geht es aber weit hinaus, wenn man unter Praxiswerbung gem. § 10 Abs.3 BOSTB jedes Ausnutzen eines besonderen Bedürfnisses versteht. Denn das tut jede Werbung, und es ist geradezu ein Wesensmerkmal von Werbung überhaupt, dass sie sich an spezifische Bedürfnisse des Adressaten der Werbebotschaft wendet.

Aus ähnlichem Grunde ist auch § 35 BOWP/vBP zu weitgehend, da hiernach jede aktive Einzelwerbung verboten sein soll. Die Unterscheidung aktiver und passiver Werbemaßnahmen knüpft offenbar an die Rspr. zur Telefonwerbung<sup>64</sup> an, wonach

<sup>61</sup> BVerfGE 76, 171, 192 betont den Schutz der "rechtsunkundigen Partei vor der Gefahr des Rechtsverlusts".

<sup>62</sup> *Akerlof*, Markets for Lemons, Qu.J.Ec. 1970, 488 ff.; zur Bedeutung für das moderne Marketing s. *T. Bayon*, in H. Diller (Hrsg.), *Vahlens Großes Marketing Lexikon*, 2. Aufl. 2001, Stichwort Informationsökonomik, S. 645 f.

<sup>63</sup> *Herrmann*, Recht der Kammern und Verbände, S. 321 ff., 349 ff., passim.

<sup>64</sup> Vgl. nur BGHZ 54, 188, 191 ff; 141, 124, 127 f.

Werbetelefonate nur zulässig sind, wenn der Kunde dies veranlasst hat. Er soll in seiner häuslichen Privatsphäre geschützt werden.<sup>65</sup> Doch passt die Parallele nicht auf die freiberufliche Werbung, da es hier nicht um den Schutz der Privatsphäre der Marktgegenseite geht. Stattdessen würde die Einschränkung von Freiberuflern auf Passivwerbung nur noch einen derart verschwindenden Bruchteil werblicher Möglichkeiten zulässig stellen, dass von einer wirklichen Öffnung gegenüber dem überkommenen Totalverbot keine Rede mehr sein könnte.

Scheidet demnach die rule of reason als Rechtfertigung der Kartellverbotsverletzung aus Gründen übermäßiger Wettbewerbsbeschränkung aus, so muss dies vollkommen übereinstimmend auch für die Beurteilung nach Art. 81 Abs. 3 EGV gelten. Nach dem Gesagten ist schon zweifelhaft, ob die Verbotsfassungen der BOSTB und BOWP/vBP überhaupt auf Verbesserungen der Beratungsleistungen und Prüfungsdienste abzielen.<sup>66</sup> Auch fällt es nicht ganz leicht, eine angemessene Gewinnbeteiligung der Verbraucher anzunehmen. Zwar würde es dafür genügen, dass die Vorteile der freiberuflichen Vertrauensbildung die Nachteile der Beschränkung freier Werbung überwiegen.<sup>67</sup> Doch ist die Abwägung wie immer mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden. Zudem ist aber nach Abs. 3 lit. a vorausgesetzt, dass „...Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele ... unerlässlich sind.“ Darin liegt ein strenges Übermaßverbot<sup>68</sup>, so dass die obigen Ausführungen zur fehlenden Rechtfertigung i.S. der rule of reason hier erst recht zutreffen.

Damit sind die Verbote der Praxiswerbung nach §§ 10 Abs.3 BOSTB, 35 BO/WP/vBP als ungerechtfertigte Verletzungen des Art. 81 Abs. 1 EGV anzusehen. Es gibt noch eine ganze Reihe ähnlich kartellrechtswidrige Verbandsbeschlüsse und –empfehlungen, die hier nicht näher untersucht werden können. Es sei nur auf die zahlreichen Angriffe der Kammern auf preiswerbliche Aktivitäten verwiesen, die schließlich großenteils erst durch obergerichtliche Entscheidungen aus der Welt geschafft wurden.<sup>69</sup> Entsprechendes gilt für die – letztlich erfolglosen – Attacken gegen die Werbung mit Umsatzzahlen<sup>70</sup>, und Ratings.<sup>71</sup> Überall liegen zumindest Verbandsbeschlüsse vor, das betr. Wettbewerbsverhalten zu verbieten. Deshalb vermisst man in der Folge der liberalisierenden Gerichtsentscheidungen entsprechende Aufhebungsbeschlüsse der im Prozess unterlegenen Kammern und Verbände. Denn nur durch diese würde gegenüber der Masse der Berufsangehörigen gezeigt, dass von Seiten der

<sup>65</sup> Vgl. V. Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, 6. Aufl. 2002, S. 155.

<sup>66</sup> Zu Qualitätsverbesserungen bei Dienstleistungen vgl. nur Kommission 20.12.1989 „*Concordato Incendio*“, ABl. 1990 L 15/25, 28, betr. Versicherungsdienstleistungen; Langen/Bunte, Kartellrechtskomm., Art. 85 EGV, Rdn. 135 m.w.Nachw.

<sup>67</sup> Vgl. nur EuGH 29.10.1980 „*FEDETAB*“, Slg. 1980, 3125: notwendige Vor- und Nachteilsabwägung.

<sup>68</sup> Vgl. nur EuGH 17.1.1995 „*Publishers Association*“, Slg. 1995 I, 23; Langen/Bunte, Kartellrechtskomm., Art. 85 EGV, Rdn. 140 m.w.Nachw.

<sup>69</sup> Vgl. nur BGH NJW 2003, 819 ss. „*Anwalts-Hotline*“; dazu H. Herrmann, www.NWiR.de (2003 II).

<sup>70</sup> See BayObLG, NJW 1995, 199 „*Rechtsanwalts-GmbH*“; cf. Kleine-Cosack, *Werberecht*, 2004, S. 76.

<sup>71</sup> BVerfG NJW 2003, 277 „*JUVE-Handbuch*“, a.A. aber die Vorinstanz OLG München NJW 2001, 1950; s. auch BGH NJW 1997, 2679 „*Die Besten I und II*“.

Selbstverwaltungsorganisationen nicht mehr an den zu weitgehenden Werbeverboten festgehalten wird.

### III. Theoretische Konzepte wettbewerblicher Selbstregulierung

Aus der Sicht der EU-Kommission kommt es nun des Weiteren darauf an, ob den aufgezeigten Kartellrechtsverletzungen durch Verbotsverfügungen gem. Art. 7 Abs.1, 11 Abs. 1 VO 1/2003<sup>72</sup> sinnvoll begegnet werden kann. Die Frage stellen, heißt sie verneinen, da ein behördliches Verbot nur bewirken würde, dass die Nichtigkeit der kartellrechtswidrige Regelung bestätigt und deren Durchsetzung verhindert würde. Es entstünde eine Regulierungslücke, die seit *Akerlof's*<sup>73</sup> grundlegender Forschung zu adverser Selektion auf den Freiberufsmärkten führen würde. Nötig wäre also nicht die Beseitigung der verbandlichen Selbstregulierung, sondern deren Substitution durch eine andere weniger weitgehende und deshalb kartellrechtskonforme Norm. Das Problem kann im Zusammenhang neuerer Lehren und praktische Erfahrungen zur antitrust compliance analysiert werden.<sup>74</sup> Die Lehren hierzu sind bisher nicht speziell für freiberufsrechtliche Fragen entwickelt worden, bauen aber teilweise auf Konzepten der competitive self-regulation auf, so dass zunächst ein Blick darauf geworfen werden soll.

1. Intra- and inter-professionaler Wettbewerb: Schon *Akerlof*<sup>75</sup> hat die Entwicklung von Freiberufsverbänden nicht als monopolistisch und wettbewerbsfremd aufgefasst, sondern eine durch und durch wettbewerbsfunktionale Konzeption entworfen. Nach ihm dienen die Zusammenschlüsse vorrangig dem Zweck, Qualitätssignale an die Marktgegenseite zu übermitteln. Da es sich bei freiberuflichen Leistungen um Erfahrungsgüter handelt, deren Qualität vom Verbraucher nicht unmittelbar eingeschätzt werden kann, werden indirekte Informationen, wie Ausbildungszeugnisse, Verbandszertifikate und sogar die Mitgliedschaft in einem hochrangigen Verband als solche benötigt.

Allerdings blieb bei *Akerlof* die Frage noch unbehandelt, ob die Berufsverbände auch noch untereinander in Wettbewerb um Mitglieder mit bestmöglicher Qualität der Aufgabenwahrnehmung treten sollen. Ausgeschlossen ist diese Sicht aber nicht. Denn die

<sup>72</sup> V. 12/16/2002, ABl. 2003, L 1/1.

<sup>73</sup> *Akerlof*, Markets for Lemons, Qu.J.Ec. 1970, 488 ff.

<sup>74</sup> Vgl. die Compliance-Strategien in Verfahren vor U.S. Antitrust-Gerichten, zit.b. *Schechter/Wilsonm*, in Ehlermann (Hrsg.), European Competition Law Annual 2004, i. Ersch., Ms. S.10.

<sup>75</sup> See again *Akerlof*, Markets for Lemons, Qu.J.Ec. 1970, 488 ff.

positiven Signalwirkungen werden um so intensiver, je strenger die wettbewerbliche Auslese gut ausgebildeter und berufsethisch tadelloser Verbandsmitglieder zur Wirkung gelangt.

In eine ähnliche Denkrichtung führten dann Mitte der 90er Jahre insbes. die Arbeiten von *Ogus* zum Umdenken in der Selbstregulierung. Auch *Ogus* geht vom Wandel der Regulierungskonzepte zur Öffnung für Wettbewerbsimpulse aus.<sup>76</sup> Speziell zum Freiberufsrecht hat er sich schon damals dafür ausgesprochen, im englischen System der Bar-Organisationen das Monopol der Orders of Attorneys aufzubrechen und statt der (Zwangs-) Mitgliedschaft in einem Order mehrere Orders und sogar professional associations of attorneys zuzulassen. Der dadurch entstehende Wettbewerb sei geeignet, Gefahren oportunistischen Verhaltens entgegenzuwirken, ohne die Vorteile der Selbstregulierung aufzugeben.

Hieran anknüpfend stellt *van den Bergh*<sup>77</sup> der intra-professional competition die inter-professional competition gegenüber, den er – mit anderen<sup>78</sup> als Wettbewerb von Nachbar-Berufen begreift. Als praktisches Beispiel wird auf den Wettbewerb von solicitors und conveyancers seit einer entsprechenden Novellierung des englischen Anwaltsrechts Mitte der 80er Jahre verwiesen. Dazu gibt es eine Reihe empirischer Arbeiten, die sich mit der Funktionsfähigkeit von Wettbewerb auf diesen Freiberufsmärkten befassen<sup>79</sup> und in theoretischer Hinsicht jedenfalls zu keinen grundsätzlichen Zweifeln am inter-professionellen Wettbewerb Anlass geben. *Van den Bergh* meint, durch die Öffnung der self-regulation für intra- und inter-professional competition werde letztlich der Markt darüber entscheiden, welchen Berufsnormen der Vorzug zu geben ist. Auch hier bleiben aber die Vorteile der self-regulation als solche erhalten.

Zusammenfassend lässt sich feststellen: Trotz beachtlicher Vorarbeiten scheint die Resonanz hierauf in der deutschen Freiberufspraxis und Berufsrechtslehre gering. Einer der Hauptgründe dafür dürfte darin liegen, dass die Forschungen primär auf englische, niederländische und belgische Entwicklungen abstellen, deren Vergleichbarkeit mit den

---

<sup>76</sup> A. *Ogus*, Rethinking self-regulation, Oxford J. of Legal Studies, Bd. 15, 1995.

<sup>77</sup> R. *van den Berg*, Towards an institutional legal framework for regulatory competition, *Kyklos*, 2000, 435; ders. in Ehlermann (Hrsg.), *European Competition Law Annual 2004*, i.Ersch.

<sup>78</sup> See *H.Herrmann*, *Recht der Kammern und Verbände freier Berufe*, 1996, S. 476 f., 544 ff.

<sup>79</sup> Dazu näher s.u. IV.1.

deutschen nur begrenzt für möglich gehalten wird.<sup>80</sup> Es kommt aber auch hinzu, dass die bisher genannten Untersuchungen nicht speziell auf die Frage der Kartellrechts-Compliance ausgerichtet sind. Dazu sind zwei andere Forschungsrichtungen in den Blick zu nehmen, die allgemeine Lehre von der law compliance und die Konzeption der responsive regulation.

2. Rechts Compliance and Responsive Regulierung: Bei der Compliance-Lehre handelt es sich um neuartige Erkenntnisse über Bedingungen der Normbefolgung und deren Rückwirkung auf die Normgebung und –auslegung. Obgleich sie in gewissem Umfang auf der älteren Gesetzgebungslehre aufbaut, ist ihr Kernanliegen doch mehr im Gegensatz dazu zu verstehen. In der traditionellen Gesetzgebungslehre<sup>81</sup> wurde gefragt, welche Normen zielführend sind und wie sie abgefasst werden müssen, um die Normzwecke bestmöglich zu erreichen. Im Vordergrund standen Fragen der Gesetzgebungstechnik und der sozioökonomischen Wohlfahrt, so dass Probleme der unternehmensinternen Umsetzung weitgehend ausgeblendet blieben. Auch generelle Regulierungsdefizite blieben lange Zeit unerkannt bzw. ausgeblendet.

Neben diese Objektebene kluger Gesetzgebungskunst tritt nun eine Meta-Ebene: die Regulierung der Regulierung und der Selbstregulierung.<sup>82</sup> Ausgangspunkt ist vielfach eine Analyse zum Wandel der Staatstypen vom Sozialstaat zum sog. Gewährleistungsstaat. Damit ist im Wesentlichen gemeint, dass der Staat für die Zwecke wirtschafts- und sozialpolitischer Steuerungsaufgaben nicht mehr so in den gesellschaftlichen Prozess interveniert, dass er selbst Leistungen produziert, sondern dass er „...einen Rahmen bereitstellt, innerhalb dessen die Gesellschaft ihre Angelegenheiten in möglichst gemeinwohlverträglicher Weise selbstverantwortlich erledigt (Bereitstellungsfunktion des Rechts)“.<sup>83</sup> In englischsprachigen Ländern, wie Großbritannien, Australien und Neuseeland hat man für entsprechende Meta-Regulierungen auch das Modell der „enabling authority“ entwickelt, die sich im Wesentlichen darauf beschränkt, Rahmenbedingungen zu regeln, Anreize zu setzen und Kooperationsangebote zu machen, wie insbes. public-private-partnership.<sup>84</sup> Die bisherigen Aufgabenbereiche werden also nicht etwa gänzlich aufgegeben, sondern auf die Sicherung

<sup>80</sup> Obgleich sich insbes. interessante Ansätze zur meta-regulation finden, indem die Wettbewerbsintensivierungen unter Bedingungen aufrecht erhaltener self-regulation betrachtet werden. Doch fehlen Analysen zur responsive regulation, wie sie im Folgenden versucht werden.

<sup>81</sup> Vgl. *Noll*, Gesetzgebungslehre, 1973; *H.Schneider*, Gesetzgebung, 1991.

<sup>82</sup> Vgl. die Beiträge in: *Regulierte Selbstregulierung als Steuerungskonzept des Gewährleistungsstaats*, Die Verwaltung, Beiheft 4, 2001; *Ch. Parker*, The open corporation, 2002, S. 26 f., passim; teilw. auch die Beiträge zum Dt. Juristentag 2004.

<sup>83</sup> *Hoffmann-Riem*, DÖV 1997, 433 ff.

<sup>84</sup> Vgl. *Reichard*, Umdenken im Rathaus, 1994, S. 42 m.w.Nachw.

infrastruktureller Grundversorgung<sup>85</sup> beschränkt und im übrigen auf private Unternehmen und Einrichtungen übertragen, so dass der Staat sich weitgehend auf Überwachungsaufgaben beschränken kann.

Im Europarecht führte diese Forschungsrichtung schon in den 80er Jahren zur sog. neuen Konzeption der technischen Harmonisierung und Normung, wonach man sich angesichts der Schwierigkeiten europaweiter Detailanpassungen auf die Formulierung von Grundsätzen und Eckpunkten für die Umsetzung beschränkte und die Einzelheiten den Sicherheitsrechten der Mitgliedstaaten überließ.<sup>86</sup> Auch die Entwicklung des europäischen Subsidiaritätsprinzips gehört zu dieser Entwicklung<sup>87</sup>, da – ähnlich der neuen Konzeption – besonderes Gewicht auf die dezentrale Normsetzung und auf die Beschränkung der europäischen Instanzen auf Vorgaben zu Zielsetzung und Grundsätzen gelegt wird.

Zu letzteren gehört auch die Bestimmung der Regulierungsmodi (regulatory modes, compliance), wobei nach der Eingriffshärte unterschieden wird zwischen Informations- und Überzeugungsregeln (soft regulation), Anreizsteuerung (incentive structure), Bereitstellung von Selbstverpflichtungsverfahren<sup>88</sup> sowie Ge- und Verboten mit zivil- und strafrechtlicher Sanktionierung (hard regulation).<sup>89</sup> Obgleich eine umfassende Theorie der regulatory choice im Verfassungsrecht noch nicht ausgearbeitet ist, gibt es Ansätze, die im Wesentlichen aus dem Prinzip der Gewaltenteilung gem. Art. 20 Abs. 2 S.2 GG gefolgert werden. Neben die Funktion der Freiheitssicherung trete die der Prinzipien der Funktionsklarheit und Funktionsgerechtigkeit, d.h. „...dass die Staatsaufgaben und Entscheidungen von solchen Organen getroffen werden, die nach ihrer inneren Struktur, Besetzung und Arbeitsweise, dem zu beobachtenden Entscheidungsprozess usw. für die betreffende Aufgabe legitimiert und gerüstet sind“.<sup>90</sup> Überträgt man diesen Gedanken vom Bereich der Verwaltungsorganisation auf den der Normsetzung, so lässt sich daraus ein „Grundsatz funktionsadäquater rechtlicher

<sup>85</sup> Zum dahingehenden Verfassungsauftrag nach dem GG s. *Badura*, in F Schr. Großfeld, 1999, S. 35 ff.; *Stern*, DVBl. 1997, 309 ff.

<sup>86</sup> S. Weißbuch der Kommission der EG zur “Vollendung des Binnenmarktes”, KOM (85) 310 endg. 14.06.1985, Tz. 57, 67 ff; dazu *Ch. Joerges u.a.*, Die Sicherheit von Konsumgütern und die Entwicklung der EG, 1988, S.305 ff.; *H. Herrmann*, Besprechung, ZHR 153 (1989), S. 596 ff.; jüngst H.U. Schmid, Die Instrumentalisierung des Privatrechts durch die EU, Ms. 2004 S. 283 ff.

<sup>87</sup> Dazu auch *van den Bergh*, Towards an institutional legal framework for regulatory competition, *Kyklos*, 2000, 435.

<sup>88</sup> Vgl. auch die Verpflichtungszusagen gem. Art. 9 VO 1/2003, näher unten zu V.1; allgemein *Schulze-Fielitz*, in *Dreier* (Hrsg.), *Rechtssoziologie am Ende des 20. Jahrhunderts*, 2000, S. 156 ff.; *Schuppert*, a.a.O. S. 224 f.

<sup>89</sup> Näher allgemein *Schuppert*, in: *Regulierte Selbstregulierung*, a.a.O. S. 221 f.; speziell zur Versicherungswirtschaft s. *M. Dreher*, *Kartellrechtscompliance in der Versicherungswirtschaft*, *Versicherungsrecht* 2004, 1 ff.

<sup>90</sup> *Ossenbühl*, in: *HStR* III, § 62 Rdn. 49.



Regelungsformen“ herleiten.<sup>91</sup> Etwas konkreter folgert man für die Übertragung von Staatsaufgaben auf Private, dass das Organ mit der „größten Chance richtiger Regelungen“ betraut wird, wobei insbes. die sachliche Nähe der an der Entscheidung Beteiligten und die Anhörung Betroffener eine wichtige Rolle spielen.<sup>92</sup>

Ist der Normadressat keine Einzelperson, sondern ein überindividuelles Entscheidungssystem, so besteht Anlass, an dessen internen Systemfunktionen anzuknüpfen und optimale Bedingungen für funktionsadäquates Zusammenwirken mit den von außen kommenden Verhaltenserwartungen (Normen) zu schaffen. Besonderes Gewicht kommt dabei der sog. responsive regulation zu, d.h. man stellt primär auf solche Vorgänge ab, bei denen systeminterne und –externe Prozesse in Abhängigkeit voneinander ablaufen und ein- oder sogar beiderseitige Anpassungsvorgänge ausgelöst werden. Von solchen Automatismen der Anpassungsflexibilität werden weit größere Effekte der Norm-Compliance angenommen als von der herkömmlichen Erwartung schlichten Rechtsgehorsams.

Wichtige Regelungsmuster sind die Verbindung von Haftung und Rechnungslegungsstandards mit Anreizen zur effektiven Selbstregulierung<sup>93</sup> und die Kombination von “private justice of the internal management system ...(with) the public justice of legal accountability,...public debate and dialog”<sup>94</sup>. Solche Regelungen finden sich v.a. im deutschen Aktienrecht seit dem KonTraG von 1998, das den AGs die Einrichtung von risk management systems vorschreibt, deren Funktionsweise vom Aufsichtsrat zu überwachen ist.<sup>95</sup> Die weitere Überprüfung wurde für börsennotierte AGs zur Pflichtaufgabe der auditors gemacht<sup>96</sup>, so dass auch der hierauf bezogene Bestätigungsvermerk an der Rechnungslegungspublizität teilnimmt.

Ein Gebot wettbewerbsoffener Selbstregulierung für Freiberufsverbände ist auf derartige Erwägungen allerdings, soweit ersichtlich, noch nicht gestützt worden. Das soll auch hier nicht etwa unternommen werden, zumal dies nach heute kaum noch bestrittener Ansicht eine zu starke Verabsolutierung der wettbewerblichen Zielvorgaben des EGV voraussetzen würde.

---

<sup>91</sup> Schuppert, a.a.O. S. 226 ff.

<sup>92</sup> Sog. structural due process, vgl. J.P. Müller, in Ffschr. Eichenberger, S. 169, 179; L.H. Triebe, Structural due Process, Civil Liberties Law Review 1975, 269 ff.

<sup>93</sup> Parker, The open Corporation, 2002, S.246

<sup>94</sup> Parker, ebd.

<sup>95</sup> §§ 91 Abs..2, 111 Absc.1 AktG, vgl. H.Herrmann, Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, Bd..1, 2. Aufl. 2004 S. 175 f.

<sup>96</sup> § 317 Abs.. 4 HGB

Statt dessen geht es hier vorerst nur um den Nachweis von Organisations- und Regulierungsstrukturen, die für die Zwecke des Kartellrechts nutzbar gemacht werden können. Nur nebenher sei zudem aber auch darauf hingewiesen, dass es mit dem Modell regulierter Selbstregulierung nicht vereinbar wäre, einerseits die Selbstregulierung durch Freiberufskammern vorzusehen, andererseits aber kein geeignetes Verfahren dafür bereitzustellen, wie übermäßig wettbewerbsbeschränkende Verbandsnormen verhindert oder beseitigt werden können.

3. Corporate und Professional Governance: Mechanismen und Prinzipien: Schon die im vorigen Abschnitt (III.2) angezogenen Beispiele zeigen, dass die Regeln der Rechts-Compliance und der responsive regulation aufs Engste verbunden sind mit den Konzepten der corporate governance (CG) und der professional governance (PG). Da die CG-Entwicklung in Deutschland besser bekannt und weit mehr akzeptiert ist, wird mit den Grundannahmen dazu begonnen.

Unter CG versteht man eine in den USA entwickelte Steuerungsform zur Kontrolle von Management-Entscheidungen, die ursprünglich allein auf die Vorstände von Großunternehmen zielte, damit diese ausgewogen im Interesse der Aktionäre und anderer Interessentengruppen entscheiden. Ausgangspunkt der Entwicklung war die berühmte Untersuchung von *Berle* und *Means* über „The Modern Corporation and Private Property von 1932“.<sup>97</sup> Darin wurde die These aufgestellt und bis zu einem gewissen Grade auch belegt, dass die Unternehmensvorstände zunehmend nicht mehr im Interesse ihrer Eigenkapitalgeber, der Aktionäre handeln, sondern eigene Interessen und allenfalls noch Interessen der weiteren Belegschaft verfolgen. Die Verselbständigung der Management-Interessen von denen der Shareholders wurde deutlich. Um eine stärkere Rückbindung zu erreichen, wurde in der Folgezeit teils mehr auf Kapitalmarkt- und Arbeitsmarktfunktionen aufgebaut (insbes. die Chicago-Schule), teils primär auf hoheitliche Regulierung gesetzt. In der neueren Diskussion besteht aber Einigkeit, dass Beides sich nicht gegenseitig ausschließt, sondern aufeinander bezogen werden muss.

Um ein Zusammenwirken hoheitlicher und marktlicher Steuerung zu bewirken, wird zumeist die folgende Regelungsmechanismen und –prinzipien entwickelt<sup>98</sup>:

---

<sup>97</sup> Überarbeitete Fassung mit Vorwort von *Berle*, 1968.

<sup>98</sup> Näher zu dieser Unterscheidung v. *Werder*, in: Hommelhoff u.a., Hdb. CG, 2003, S.12 ff.

- Einrichtung einer halbstaatlichen Kommission: Expertengremium mit Verbandsvertretern beider Marktseiten und Sachverständigen.
- Erlass von Musterregeln durch die Kommission (Codes of Ethics), die teils auf interne (Aufsichtsrat), teils auf externe Kontrollen (Marktkräfte) über das Management gerichtet sind.
- Alle Interessentengruppen haben die Option, entweder sich den Kontrollkompetenzen zu unterwerfen oder auszutreten (voice or exit), z.B. durch Aktienverkauf, Kreditkündigung.
- freiwillige Compliance der Kodex-Adressaten, wobei der Kodex entweder als reine Empfehlung oder als normatives Leitbild aufgefasst wird.
- staatliches Gebot über verbindliche öffentliche Compliance-Erklärung.

Von diesen mehr verhaltensmäßig konzipierten CG-Mechanismen kann man folgende stärker zielorientierte Prinzipien unterscheiden:

- Gewaltenteilung
- Transparenz
- Reduktion von Interessenkonflikten
- Motivation zu wertorientiertem Handeln

Im Wege der Gewaltenteilung versuchen die CG-Konzepte die Zuständigkeiten für Führungsentscheidungen auf verschiedene Organe zu verteilen, so dass ein System von checks and balances entsteht und die Gefahren oportunistischen Verhaltens vermindert werden. Beispielsweise werden die Entscheidungen des Vorstands einer AG durch den Aufsichtsrat überwacht. – Zur Transparenz geht es um den Ausgleich von Informationsasymmetrien, die zwischen den verschiedenen Interessengruppen des Unternehmens bestehen. Da die Aktionäre kaum Kenntnis von den Umsätzen und Erträgen des Unternehmens haben, müssen jährlich Bilanzen und Gewinn- und Verlustrechnungen erstellt und publiziert werden. Zugleich wird oportunistisches Verhalten leichter entdeckbar, wodurch präventive Abschreckungseffekte bewirkt werden. – Interessenkonflikte bestehen etwa zwischen Aktionären und dem top management, wie von *Berle* und *Means* grundlegend aufgezeigt und im Principle-agent-Konzept theoretisch ausgearbeitet. CG-Regeln können dem Management verbieten, persönliche Vorteile aus Geschäftschancen der AG zu ziehen. Aktienoptionsprogramme können dem Management Anreize geben, im Einklang mit Aktionärsinteressen zu handeln. – Unter dem Prinzip der Wertorientierung versteht man schließlich, dass Anreize gesetzt werden, Interessenkonflikte nicht im Wege wertvernichtender Streitigkeiten, sondern dadurch zu lösen, dass nach Win-win-Positionen gesucht wird, die für alle Beteiligten Vorteile bieten und den Gesamtwert der Unternehmung steigern. Beispiele sind nicht nur im Bereich der Kapitalmarktorientierung zu suchen, sondern

bestehen etwa auch darin, dass Anreize zur Schadensverhütung anstatt zur Schadensvergütung gesetzt werden, indem das Risiko persönlicher Haftung gesteigert wird.

In einem nächsten Schritt der theoretischen Analyse kann man versuchen, die erörterten Mechanismen und Prinzipien der CG auf die Steuerung von Kammern und Verbänden freier Berufe zu übertragen. Da es hierfür in der englischsprachigen Praxis zahlreiche Beispiele unter dem Titel der professional governance (PG) gibt, wird diese Kurzbezeichnung auch hier benutzt. Leider gibt es bislang kaum Vorarbeiten, so dass wir im Wesentlichen darauf angewiesen sind, aus der, wie gesagt, reichlich vorhandenen Praxis der PG die nötigen Informationen herauszufiltern und für den theoretischen wie praktischen Vergleich aufzubereiten. Darauf ist im praktischen Teil sogleich näher zurückzukommen.

Hilfreich ist dabei aber immerhin, dass die CG inzwischen auch für nicht börsennotierte AGs und GmbHs verallgemeinert werden, wenn diese nur selbst oder über ihre Mitglieder auf Märkten mit funktionsfähigem Wettbewerb tätig sind. Deshalb interessiert zunächst die Frage, inwiefern SROs oder ihre Mitglieder in funktionsfähigem Wettbewerb stehen. Hierzu muss in erster Linie auf die o.a. Lehren zur competitive self-regulation zurückgegriffen werden. Jedenfalls soweit solche Regulierungsstrukturen geschaffen sind, kann an die Einführung von wettbewerbsorientierten Elementen der PG gedacht werden. Aber auch ansonsten gibt es reichlich Anlass dazu; denn immer sind die Verbandsmitglieder auf ihren Freiberufsmärkten funktionsfähigem Wettbewerb ausgesetzt. Das wirkt mittelbar zurück auf die Entscheidungen in den SROs. Nur muss man sich dieser mittelbaren Rückwirkung bei der praktischen Ausgestaltung der PG principles bewusst bleiben.<sup>99</sup>

Ein Teil der mechanisms and principles ist sogar gänzlich unabhängig von Markt- und Wettbewerbsfunktionen. Beispielsweise sind Verbote von Tätigkeiten mit Gefahr von Interessenkollisionen zweifellos überall dort angebracht, wo solche Kollisionen bestehen. Sie kommen deshalb auch in fast allen Freiberufsordnungen vor und können als solche in die neue Konzeption der PG ohne Vorbehalte übertragen werden.

#### **IV. Praktische Entwicklungen**

---

<sup>99</sup> Näher zur praktischen Entwicklung s.u. zu IV.2.

1. Systemwettbewerbliche Neuerungen: Weitere nützliche Hinweise für wettbewerbskonforme Selbstregulierungen kann man durch eine vergleichende Betrachtung neuerer Entwicklungen in den europäischen Mitgliedstaaten gewinnen. Schon oben (III.1) wurde auf die englische Neuregelung des Anwaltsrechts für den Grundstücksverkehr hingewiesen, die zu einer ganzen Reihe empirischer Arbeiten zur Funktionsfähigkeit des freiberuflichen Systemwettbewerbs geführt hat. Nachdem Mitte der 80er Jahre das Rechtsberatungsmonopol englischer Solicitors im Grundstücksverkehr abgeschafft und ein völlig neues Berufsrecht des lizenzierten Conveyancer geschaffen wurde, entwickelte sich zunächst ein reger Wettbewerb zwischen diesen Nachbarberufen. Doch wurden diese Effekte nicht mit Blick auf den Systemwettbewerb der Berufsverbände, sondern zum Preiswettbewerb beider Berufsgruppen untersucht. Anfangs waren erhebliche Preissenkungen zu beobachten, wo Solicitors und Conveyancers auf denselben Märkten tätig waren.<sup>100</sup> Doch ergaben spätere Untersuchungen, dass sich die neuen Wettbewerbspreise wieder nach oben veränderten und sogar höher lagen als in Märkten ohne inter-professionellen Wettbewerb.<sup>101</sup> Man geht davon aus, dass insoweit duopolistische Wettbewerbsdefizite eine Rolle spielen.<sup>102</sup> Zur wettbewerbslichen Entwicklung der Bars und der Verbände der Conveyancers kann durchaus Anderes gelten, da es sich insoweit um sehr viel heterogenere Wirtschaftsgüter als um die Beurkundung von Grundstückskaufverträgen handelt.<sup>103</sup>

Entsprechende Vorgänge sind in Deutschland schon länger auf den Märkten für steuerliche Beratungsdienste bekannt. Steuerberatung darf sowohl von Steuerberatern als auch von Rechtsanwälten und Personen angeboten werden, die beide Berufsqualifikationen haben. Da Märkte für Steuerberatung hochgradig expansionsfähig sind, herrscht intensiver Wettbewerb zwischen diesen Berufsgruppen. Allerdings sind preiswettbewerbliche Effekte wegen der strengen Regulierung durch Honorarordnungen in beiden Berufsrechten weitgehend ausgeschlossen. Doch hindert dies offenbar nicht den Wettbewerb um Marktanteile, wobei erhebliche Verschiebungen zu den Steuerberatern beobachtet werden.<sup>104</sup>

---

<sup>100</sup> Vgl. *Paterson/Farmer/Stephen/Love*, Competition and the Market for Legal Services, Journal of Law and Society, 1988.

<sup>101</sup> *Stephen/Love/Paterson*, Deregulation of Conveyancing Markets in England and Wales, Fiscal Studies, 15 (1994), 102.

<sup>102</sup> *Van den Bergh*, in Ehlermann (Hrsg.), European Competition Law Annual 2004, i. Ersch., Ms. S.10. S. 10.

<sup>103</sup> In dieser Richtung auch *Van den Bergh*, a.a.O. S. 10.

<sup>104</sup> Vgl. *W. Strobel*, Der Markt anwaltlicher Dienstleistungen, AnwBl. 1988, 307 ff.

Auch hier ist der Wettbewerb der beiden Kammerregime um gute Selbstregulierung bislang nicht näher untersucht worden, doch ist bekannt, dass es erhebliche Wettbewerbseinflüsse mit deregulierender Wirkung gegeben hat. Das betrifft etwa die Aufhebung des GmbH-Verbots für Rechtsanwälte, das für Steuerberater so nie gegolten hat. Zwar wurde diese Entwicklung letztlich mit Hilfe der Gerichte und nicht im Wettbewerb der Kammersysteme erzwungen, doch gab es auch Anstöße von Seiten des DAV und schließlich auch innerhalb des BRAK, die auf die Erfahrungen im Steuerberatungsrecht zurückzuführen sind. Ähnliches gilt für die Abschaffung des Verbots überörtlicher Sozietäten und der beiderseitigen Sozietätsverbote.<sup>105</sup> Die Entwicklung scheint indessen nicht einseitig auf Deregulierungstendenzen hinauszulaufen. Beispielsweise wird in der Literatur schon seit Langem gefordert, auch für Steuerberater die Rechtsstellung als Organ der Rechtspflege durchzusetzen.<sup>106</sup> Von einer Art Wettlauf zum niedrigsten Regulierungsniveau (race to the bottom), wie er vielfach befürchtet wird, kann also wohl keine Rede sein.<sup>107</sup>

Ähnliche Lerneffekte lassen sich auch im internationalen Systemwettbewerb feststellen. Das betrifft zunächst die Entstehung von Freiberufsrechten überhaupt. Der sozialhistorische Vergleich zu den Professionalisierungen in allen wichtigen Industrienationen hat gezeigt, dass die Entwicklung nicht nur überall – trotz mancher wichtiger Unterschiede – sehr ähnlich verlaufen ist, sondern dass hierfür auch wettbewerbliche Ursachen maßgebend geworden sind. Das belegen vielfältige rechtsvergleichende Stellungnahmen in der Geschichte der Freiberufe.

Danach gibt es nicht nur erhebliche Gemeinsamkeiten der europäischen Freiberufsrechte, sondern auch grundlegende Unterschiede, zu deren Überwindung offenbar seit Längerem trendartige Entwicklungen in Gang gesetzt sind. Im Folgenden wird der Trend zu „weichen“ Kammerrechten erläutert und nach dessen Entwicklungsursachen im sog. Systemwettbewerb gefragt. Großenteils scheint es dabei allerdings in der Vergangenheit um Anstöße zur Regulierung gegangen zu sein. Aber auch und v.a. die Emanzipation der Selbstverwaltung und Selbstregulierung ist ganz wesentlich auf internationalen Systemwettbewerb zurückzuführen.

---

<sup>105</sup> Vgl. schon *Herrmann*, in Sahner u.a., *Zur Lage der freien Berufe 1989*, 1989, Bd. 1 S. 299, 373.

<sup>106</sup> Vgl. nur *Seliger*, *Nürnberger Steuergespräche 1999*

<sup>107</sup> Vgl. auch *van den Bergh*, in Ehlermann (Hrsg.), *European Competition Law Annual 2004*, i. Ersch., Ms. S. 11.

In neuerer Zeit kann man noch weitergehende Tendenzen zur Deregulierung und Liberalisierung der Freiberufsrechte in Europa und den USA feststellen. Zwar gibt es nicht etwa eine Art europaweit dominanten Entkammerungstrend, der mehr und mehr zur Aufgabe von Kammersystemen führen würde. In den meisten EU-Mitgliedsländern gibt es nicht nur alte Kammern, sondern auch neuere Kammergründungen. Unter diesen kommt aber kaum noch ein strenger Beitrittszwang vor. Statt dessen dürfen den betreffenden Kammerberuf auch Nicht-Mitglieder ausüben, nur das Führen einer bestimmten Berufsbezeichnung wird von der Kammermitgliedschaft abhängig gemacht. Kammern beginnen sich für Markt- und Organisationseinflüsse von Nachbarberufen zu öffnen, indem Sozietäts- und Doppelberufsverbote abgebaut sowie verbandsinterne Mitwirkungsrechte von fachlich nahen freien Berufen oder sogar von Nicht-Freiberuflern eingerichtet werden. Zusammenfassend kann man von einem Trend zu „weichen“ Kammerrechten sprechen.<sup>108</sup>

Ähnliche Trends zur europäischen und weltweiten Konvergenz von Regulierungssystemen hat man neuerdings auf dem Gebiet der corporate governance ausgemacht, auf die im Folgenden noch näher einzugehen ist. Interessante empirische Untersuchungen wurden v.a. zur Annäherung europäischer und U.S.-amerikanischer Governance-Strukturen durchgeführt, deren Unterschiede früher v.a. in der Ausrichtung auf die Interessen von Eigenkapitalgebern (shareholders) bzw. in der auf weitere Unternehmensinteressenten (stakeholders) bestanden. Obgleich auf die Einzelheiten dazu hier nicht eingegangen werden kann, interessiert doch der tiefere Grund für solche Konvergenzerscheinungen. Er wird im Wettbewerb der Regulierungssysteme gesehen (sog. Systemwettbewerb).<sup>109</sup> War dieser schon länger auf der Ebene staatlicher Regulierer, wie insbes. den Landesgesetzgebern der USA im Gesellschaftsrecht bekannt<sup>110</sup>, so setzt sich nunmehr die Erkenntnis durch, dass entsprechende wettbewerbliche Vorgänge auch bei halbstaatlichen Regulierung wirksam sind. Dazu passen die bereits oben angeführten Beobachtungen und empirischen Untersuchungen zum Systemwettbewerb freiberuflicher SROs. Auch die Konvergenz „weicher“ Kammerrechte könnte vom Wettbewerb der Systeme angetrieben sein. Obgleich Einzelnachweise dafür noch nicht ausgearbeitet sind, wird im Folgenden von systemwettbewerblichen Entwicklungsursachen ausgegangen.

---

<sup>108</sup> Näher *Herrmann*, *Recht der Kammern und Verbände freier Berufe*, 1996, passim.

<sup>109</sup> Vgl. Nur *P. Witt*, *CG im Wandel*, in: *Ztsch. F. Führung und Organisation* 69 (2000), S. 159, 163.

<sup>110</sup> Vgl. nur den sog. Delaware Effekt, wonach Delaware durch besonders liberale Regelungen seines Aktienrechts starke Anreize für den Zuzug von corporations setzte, näher *Kieninger*, *Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt*, 2002 mit starken Vorbehalten.

2. Corporate und Professional Governance: Das Regelungsmuster der CG ist nicht nur weltweit verbreitet, sondern auch seit 2002 im deutschen Recht börsennotierten Aktiengesellschaften und seit April 2004 in der EU-Übernahmerichtlinie<sup>111</sup> verwirklicht. Mit § 161 AktG i.d.F. des TransPublG v. 19.7. 2002<sup>112</sup> wurde der Corporate Governance Kodex (CGK)<sup>113</sup> als halbstaatliches Recht börsennotierter AGs in Kraft gesetzt, der die im deutschen Recht grundlegend neue Entsprechens-Erklärung verlangt. Von ihr hängen fast alle Einzelheiten des Rechts börsennotierter AGs, des Konzern- und Umwandlungsrechts ab.

Hinzu kommt das sog. Optionsmodell der neuen EU-Übernahmerichtlinie, das ebenfalls der Compliance-Konzeption folgt. Die Artt. 9 und 11 ÜbernRichtl. regeln u.a. die Neutralitätspflicht des Vorstands der Zielgesellschaft bei Übernahmeangeboten und die Verbote von sog. Übernahmehindernissen, wie goldenen Aktien, vinkulierten Namensaktien und dergl. Es handelt sich um relativ strenge Vorgaben, doch wird den Mitgliedstaaten anheimgestellt, die Artt.9, 11 umzusetzen. Optieren sie dagegen, so muss den betroffenen Unternehmen die weitere Entscheidung überlassen bleiben, ihrerseits für Einhaltung der Artt.9, 11 zu optieren. Sinn dieser doppelt gestuften Optionen ist es, die Entscheidungen letztlich dem Einfluss der Kapitalmärkte zu öffnen. Optiert das Land die Artt.9, 11 aus, so werden zunächst alle hierhin zu rechnenden Emittenten in die konservative B-Klasse eingestuft und selbstverständlich auch so bei den Rating-Agenturen taxiert. Klare Anreize für den oben (III.2) erörterten Systemwettbewerb werden gesetzt. Optiert ein Unternehmen nun entgegen der allgemeinen Entscheidung seines Landes für Anwendung der Artt. 9, 11, so wird es in die A-Klasse hinaufgestuft. Dadurch kann es vermeiden, vom Markt für diejenigen Halbherzigkeiten abgestraft zu werden, für die sich sein nationaler Gesetzgeber entschieden hat. Politikversagen soll partiell durch Marktfunktionen kompensiert werden.

Neben die Regeln zur CG treten die der PG. In den USA, Kanada und Australien hat man sie inzwischen auch in einigen Freiberufsrechten erprobt und hierfür den Begriff der professional governance eingeführt. Im Vorgriff auf eine umfänglicher angelegte empirische Auswertung<sup>114</sup> lässt sich sagen, dass ca. 34 % der mit „professional governance“ bezeichneten Einrichtungen im Bereich freier Berufe tätig sind. Etwa 40 % gehören zu den Lehr- und

<sup>111</sup> ABl. EU Nr. L 142/12 v. 30.4.2004 näher s. *H.Herrmann*, Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, Bd. 2. zu Kap. 6 III.3, i. Ersch.

<sup>112</sup> Gesetz zur weiteren Reform des Aktien- und Bilanzrechts, Transparenz und Publizität, BGBI. I, S. 2681 f.

<sup>113</sup> I.d.F. v. 7.11.2002, abgedr. b. *Ringleb/Kremer/Lutter/v.Werder*, Deutscher CGK. Kommentar, 2003, S. 1 ff.

<sup>114</sup> Internet-Recherche von 571 www-Seiten von Einrichtungen, die den Begriff der PG als Name oder zur Erklärung ihrer Aktivitäten benutzen. Dem Folgenden sind Auswertungen eines Samples der ersten 100 bei Google erfassten Einrichtungen zugrundegelegt.



Heilberufen einschließlich der pharmazeutischen Freiberufe sowie zu den hauptsächlich psychologisch tätigen Couches. Doch sind nur etwas weniger als die Hälfte von diesen<sup>115</sup> als Verbände oder non-government organisations organisiert. Der Rest sind staatliche oder für diese in Abhängigkeit tätige Einrichtungen. In Belgien hat die Fédération des Entreprises de Belgique in 2001 recommendations on „Corporate Governance Dan Les Societes Non Cotées“ veröffentlicht.<sup>116</sup> Aus dem bisher schon vorliegenden Material ergibt sich die folgende Gegenüberstellung (Abweichungen in kursiv):

CG (wie Nr. III.2)	PG
Einrichtung einer halbstaatlichen Kommission: Expertengremium mit Verbandsvertretern beider Marktseiten und Sachverständigen.	Einrichtung einer halbstaatlichen Kommission: Expertengremium mit Verbandsvertretern beider Marktseiten, Sachverständigen <i>und Repräsentanten aus Nachbarberufen</i>
Erlass von Musterregeln durch die Kommission (Codes of Ethics), die teils auf interne (Aufsichtsrat), teils auf externe Kontrollen (Marktkräfte) über das Management gerichtet sind.	wie links, aber <i>interne Ausrichtung auf Generalversammlung/Vorstände von Elementarverbänden, etc.</i> <i>externe Ausrichtung nicht auf Kapitalmärkte, sondern auf Gütermärkte</i>
Alle Interessentengruppen haben die Option, entweder sich den Kontrollkompetenzen zu unterwerfen oder auszutreten (voice or exit), z.B. durch Aktienverkauf, Kreditkündigung.	wie links, aber <i>Verbandsaustritt ohne Marktausschluss (nur Ausschluss von spezieller Titelführung)</i>
freiwillige Compliance der Kodex-Adressaten, wobei der Kodex entweder als reine Empfehlung oder als normatives Leitbild aufgefasst wird.	wie links
staatliches Gebot über verbindliche öffentliche Compliance-Erklärung.	<i>Fehlanzeige</i>

Keine echte Entsprechung zur PG Entwicklung enthält der Code of Conduct for Lawyers in the EU<sup>117</sup>, den the Council of the Bars and Law Societies of the European Union (CCBE)

<sup>115</sup> 15 % der Gesamtheit.

<sup>116</sup> Download unter [www.feb.be](http://www.feb.be).

<sup>117</sup> Die deutsche Übersetzung des Titels lautet deshalb treffend „Standesregeln...“ anstatt PG-Kodex, cf. *Henssler/Priütting*, BRAO-Kommentar, 1997, Anhang p.1435.

bereits in 1988 erlassen hat, und der heute in der Fassung vom Dec. 2002 gilt.<sup>118</sup> Die CCBE ist ein reiner Interessenverband, der bereits 1960, also lange vor der Governance- Bewegung gegründet worden ist. Sie wurde zwar officially recognised by the EU Commission as a representative organisation of about 700,000 European lawyers and enjoys consultative status.<sup>119</sup> Aber darin liegt keine Beauftragung durch die zuständige Regierungsstelle, wie sie die CG-Kommissionen in Deutschland und anderwärts bekommen haben. Schließlich zielen die Regeln hauptsächlich on „the statement of common rules which apply to all lawyers from the European Economic Area whatever Bar or Law Society they belong to in relation to their cross-border practice” (No. 1.3.1). Doch ist damit weniger eine Harmonisierung zu Zwecken internationaler Transparenz gemeint, als vielmehr Rechtssicherheit durch Verweise auf die nationalen Berufsrechtsnormen (No. 1.2.2.; 2.4; 2.6.1 sec. 2) intendiert. Das betrifft insbes. auch die Werberegeln (No. 2.6.1) und die Normen zur Honorarabrechnung (No. 3.4.2).

Es gibt jedoch auch PG-ähnliche Regeln. Das betrifft v.a. die Freiwilligkeit der Normbefolgung gem. No. 1.2.1: „Rules of professional conduct are designed through their willing acceptance by those to whom they apply...”. Auch sind gewisse gemeinsame Grundwerte formuliert, von denen der Code annimmt, dass sie „...are based on the same values and in most cases demonstrate a common foundation.“ (No. 1.2.2 sec.2). Dazu gehören die „absolute independence, free from all other influence, especially such as may arise from his personal interests or external pressure (No. 2.1.1). Auch die Regelungen zur confidentiality (No. 2.3), zu “incompatible occupations (No. 2.5) sowie zu conflict of interest (No. 3.2.1) seem to be based on a common foundation. Doch versucht der Code auch insoweit nicht wegzukommen von den Traditionalismen der überkommenen Standesethik, sondern er bestätigt sie immer wieder (insbes. No. 2.2: “Relationship of trust can only exist if a lawyer’s personal honour, honesty and integrity are beyond doubt. For the lawyer these traditional virtues are professional obligations”). Von einer competitive regulation i.S. der neueren Regulierungslehren ist – trotz der vielfältig belegten Hinweise auf die nationalen Standesregeln – keine Spur. Es ergibt sich also noch einiger Abstand zu den PG-regulations i.e.S.

## **V. Europarechtliche Rahmenbedingungen**

1. Art. 9 EU-Verordnung 1/2003 und wettbewerbsadäquate Selbstregulierung: Wie ist nun auf diese Kartellverbots-verletzungen angemessen zu reagieren, und welche Neuerungen des Kartellverfahrensrechts sind dabei zu berücksichtigen? Zunächst ist als Rechtsfolge der Tatbestandsmäßigkeit i.S. Art. 81 Abs. 1 EGV nach Abs. 2 die Nichtigkeit des Verbandsbeschlusses angeordnet. Die Rspr. hat für das Verfahren der Einzelfreistellung angenommen, dass die betr. Abrede oder der Verbandsbeschluss solange noch als wirksam angesehen werden, wie ein ordnungsgemäßer Freistellungsantrag gestellt und über ihn noch

---

<sup>118</sup> Download unter <http://www.ccbe.org.>; also published in *Henssler/Prütting*, BRAO-Kommentar, 1997, Anhang p.1435 ff.

<sup>119</sup> S. die Mitteilungen auf der zit. homepage.

nicht abschließend entschieden wurde.<sup>120</sup> Zwar hat die neue VO 1/2003<sup>121</sup> die Möglichkeit der Einzelfreistellung durch Verwaltungsverfügung abgeschafft. Doch bleibt es in den Fällen bei einer Verfahrenseinleitung, in denen die Kommission von Amts wegen prüft, ob eine Abstellungsverfügung getroffen werden soll. Die Schwebelage diente früher dem Zweck, für die Dauer des Freistellungsverfahrens das Kartell vorläufig unsanktioniert zu lassen.<sup>122</sup> Nunmehr kommt nur noch eine Legitimation ipso jure in Betracht, so dass nach Maßgabe des Art. 81 Abs. 3 EGV sofort feststeht, ob das Kartell nichtig ist oder nicht.

Allerdings gibt Art. 9 Abs. 1 VO 1/2003 der Kommission das neue Instrumentarium der Nichteinschreitenserklärung gegen Verpflichtungszusage in die Hand, so dass man für das Verfahren bis zu diesem Zeitpunkt eine schwebende Unwirksamkeit annehmen könnte.<sup>123</sup> Doch hat die Erklärung der Kommission, gegen die mögliche Kartellverbotsverletzung nicht einschreiten zu wollen, deutlich geringere rechtliche Bindungswirkungen als die frühere Einzelfreistellung. Sie bindet zwar die Behörde selbst, das Verfahren nicht wieder aufzugreifen, solange die Verpflichtungszusage vollständig eingehalten wird, und weder veränderte Umstände noch Fehlangaben der Parteien vorliegen. Auch wird man insofern einen Bindungseffekt anzunehmen haben, als die nationalen Wettbewerbsbehörden kein Kartellverfahren einleiten dürfen, solange die Kommission ihr Nichteinschreiten verfügt hat. Doch werden die Gerichte bei etwaigen Klagen wegen der Nichtigkeitsfolgen nicht gebunden, von der Rechtmäßigkeit des Kartells auszugehen, solange die Kommission ihr Nichteinschreiten erklärt hat. Es fehlt der sog. Konstitutiveffekt, den die bisherige Einzelfreistellung hatte. Demzufolge ist jedenfalls im Verhältnis der Freiberufsverbände zu ihren Mitgliedern von der unbedingten Nichtigkeitsstrafe des Art. 81 Abs. 2 EGV auszugehen.<sup>124</sup>

Damit sind gewisse Gefahren verbunden. Denn es entsteht insofern eine Regulierungslücke, als nunmehr von mehr oder weniger weit reichenden Teilen des Kammerrechts sowohl verbandsintern als auch extern keine Rechtswirkungen mehr ausgehen können. Dazu wurden bereits die *Akerlof'schen*<sup>125</sup> Gefahren adverser Selektion erörtert (Stichwort: Zitronenmarkt).

<sup>120</sup> EuGH v. 6.4.1962 „*Bosch*“, Slg. 1962, 97; 28.2.1991 „*Delimitis/Henninger Bräu*“, Slg. 1991 I, 935, 992; Slg. 1995 I, 4495, 4507 ff.; *Emmerich*, Kartellrecht, S. 420; *Langen/Bunte*, Kartellrechtskomm., Art. 85 EGV, Rdn. 169 m.w.Nachw.

<sup>121</sup> Vom 16.12. 2002, ABl. 2003, L 1/1.

<sup>122</sup> S. die Nachw. o. Fn. 112.

<sup>123</sup> Vgl. *Langen/Bunte*, Kartellrechtskomm., Art. 85 EGV, Rdn. 169.

<sup>124</sup> Anders aber wohl bei beantragter Gruppenfreistellung, s.u. zu V.3.

<sup>125</sup> *Akerlof*, Markets for Lemons, Qu.J.Ec. 1970, 488 ff.; dazu s.o. II.3.

Nötig wäre nicht die Beseitigung der verbandlichen Selbstregulierung, sondern deren Substitution durch eine andere, weniger weitgehende und deshalb kartellrechtskonforme Norm.

Die Nichtigkeitsfolge ergreift allerdings nicht die gesamte Kammer-Berufsordnung, sondern beschränkt sich auf den nach Art. 81 Abs. 1 EGV unzulässigen Teil, sofern dieser sich sinnvoll von den weiteren Teilen des Verbandsbeschlusses abgrenzen lassen.<sup>126</sup> Die Werbeverbote sind mit den übrigen Normen der BOSTB und der BOWP/vBP nicht derart eng inhaltlich zusammengehörig, so dass sich die Teilnichtigkeit als solche zweifelsfrei ergibt. Für den Umfang des nichtigen Teils ist nach nationalem Recht<sup>127</sup>, also nach § 139 BGB zu urteilen. Hierzu hat die deutsche Rspr. mit Recht darauf abgestellt, ob das sachliche Schwergewicht der Vereinbarung oder des Beschlusses auf dem wettbewerbsbeschränkenden Teil liegt.<sup>128</sup> Da die freiberufliche Vertrauensbildung und Qualitätssicherung nicht allein auf den Werbeverboten beruht, sondern neben diesen v.a. auch die Qualifikations- und Unabhängigkeitsregeln stehen, kann die Teilnichtigkeit ohne Weiteres auf die betr. Werbeverbote begrenzt bleiben. Nicht einmal eine Erstreckung auf die Grundregelung zur Informationswerbung und deren Konkretisierungen in den Berufsordnungen der Steuerberater und Wirtschaftsprüfer braucht in Betracht gezogen zu werden, da auch diese sich von dem EGV-widrigen Verbot der Werbung um Praxis sinnvoll abtrennen und unterscheiden lassen.

Zur Vermeidung allzu weit reichender Nichtigkeitsnachteile sieht Art. 9 Abs. 1 VO 1/2003, wie schon erwähnt, die Möglichkeit einer Nichteinschreitenserklärung gegen Verpflichtungszusage vor. Denn mit solchen Zusagen wird den Parteien Gelegenheit gegeben, von sich aus weniger wettbewerbsbeschränkende, insoweit aber gerechtfertigte Selbstregulierungen auszuarbeiten und in das Verfahren einzubringen. Beispielsweise könnten die erörterten Verbote der Werbung um Praxis auf Regelungen gegen ambulance chasing eingeeengt werden, gegen die nach dem Ergebnis dieser Untersuchung keine kartellrechtlichen Einwände bestünden. Konkretisierungen dessen, was als unzulässige Aufdringlichkeit anzusehen sein soll, wären durchaus wünschenswert.<sup>129</sup> Auch wäre es denkbar, dass zugleich eine Harmonisierung mit entsprechenden Werbeverboten von Kammern und Verbänden von Nachbarberufen erreicht würden. Vertreter dieser Berufe könnten vor der Kommission angehört werden<sup>130</sup>, obgleich das Anhörungsverfahren primär auf Angehörige vor- und nachgelagerter Marktstufen gerichtet ist.<sup>131</sup>

<sup>126</sup> EuGH 28.2.1991 „*Delimitis/Henninger Bräu*“, Slg. 1991 I, 935, 990; Langen/*Bunte*, Kartellrechtskomm., Art. 85 EGV, Rdn. 173 m.w.Nachw.

<sup>127</sup> EuGH 18.12.1986 „*VAG/Magne*“, Slg. 1986, 4071, 4088; Langen/*Bunte*, Kartellrechtskomm., Art. 85 EGV, Rdn. 174 m.w.Nachw.

<sup>128</sup> Vgl. nur OLG München v. 21.9.1989 „*nachvertragliches Wettbewerbsverbot*“, DB 1990, 35; Langen/*Bunte*, Kartellrechtskomm., ebd.

<sup>129</sup> Zur „fließenden Grenze“ insoweit s. den Überblick bei *Kleine-Cosack*, *Werberecht*, Rdn. 341 ff.

<sup>130</sup> Vgl. Art. 19 I VO 1/2003, wonach Einvernehmen mit den angehörten Parteien vorausgesetzt wird..

<sup>131</sup> Artt. 17 I, 18 I VO 1/2003.

Die bloße deklaratorische Wirkung der Nichteinschreitenserklärung hat zweifellos gewisse Nachteile der Rechtsunsicherheit. Doch sollte man diese nicht überbewerten, da der in der Nichteinschreitenserklärung zum Ausdruck kommende Ansicht der Kommission regelmäßig ein hoher Stellenwert zugemessen werden wird. Zudem stehen den Nachteilen auch gewichtige Vorteile insbes. unter dem Aspekt der sog. antitrust compliance<sup>132</sup> gegenüber, die im Kern darauf abzielt, die Befolgung des Rechts nicht durch Verwaltungszwang oder Zwangsvollstreckung, sondern durch Befolgungsanreize oder Transparenzanforderungen für den Fall der Nichtbefolgung zu bewirken (comply or explain).

Die neuartige Konzeption der Rechtsdurchsetzung scheint der Tendenz der VO 1/2003 zu entsprechen, die Dominanz des Kartellverwaltungsrechts zu überwinden.<sup>133</sup> Das Kartellverfahren kann aufgrund der Verpflichtungszusage eingestellt werden, ohne dass die Kommission gehalten ist, den Kartellvorwurf in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht näher zu überprüfen<sup>134</sup>; und neben die Verfahrensverkürzung treten die Vorteile der Flexibilität und der Einbeziehung des privaten und sachnahen Fachverständes. Speziell zum Freiberufsrecht ist der geringst mögliche Eingriff in die Selbstregulierung und Selbstverwaltung besonders hervorzuheben.

2. Druckausübung zur Compliance und demokratische Legitimation: Dennoch ist das Zusageverfahren in der Literatur scharf angegriffen worden. Es begründe einen „Verwaltungszwang gegen Unternehmen (sc. und Verbände) ohne Gesetzesgrundlage“ und sei deshalb als „Ermächtigung für eine Kommissionstyannei“ anzusehen, die „Horrorszenarien“ vorstellbar werden lasse.<sup>135</sup> Ähnliche Vorwürfe sind aus der Diskussion zur Zusagepraxis der Kartellbehörden seit langem bekannt<sup>136</sup> und begegnen zudem auch in der Diskussion zum deutschen CG-Kodex und der nach § 161 AktG vorgeschriebenen Entsprechenserklärung.<sup>137</sup> Übereinstimmend wird die normähnliche Druckausübung damit bekämpft, dass ihr die rechtsstaatliche Grundlage des Gesetzesvorbehalts fehle. Hält sich der Betroffene nicht an seine Zusage, so riskiert er dafür nach dem Wortlaut der Artt. 23 II lit. c,

<sup>132</sup> Vgl. die Compliance Strategien einiger U.S. Antitrust-Gerichte, zit. b. *Schechter/Wilsonm*, in Ehlermann (Hrsg.), *European Competition Law Annual 2004*, Manuskript S.10 (i. Erscheinen); näher *H.Herrmann*, ebd..

<sup>133</sup> Dazu vgl. *K.Schmidt*, BB 2003, 1237: ein „noch vom Kartell-Verwaltungsrecht dominiertes wie kompliziertes Verfahrensgebäude“; zum bisherigen Recht grdl. *E.-J. Mestmäcker*, *Der verwaltete Wettbewerb*, 1984.

<sup>134</sup> Amt. Begrddg. Nr. 13 Satz, ABl. 2003, L.1; *Hossenfelder. S./Lutz M.*, Die neue DurchführungsVO zu den Artt. 81 und 82 EG-Vertrag, WuW 2003, p. 118, 122

<sup>135</sup> *K. Schmidt*, BB 2003, 1237. 1242.

<sup>136</sup> Zur Überwindung der Probleme der Zusagepraxis im deutschen Recht s. *Veelken*, in Immenga/Mestmäcker, *GWB-Komm.*, 3. Aufl. 2001, § 40 Rdn. 66 m.w.Nachw.

<sup>137</sup> Besonders weitgehend *Hommelhoff/Schwab*, in Hdb. *Corporate Gov.* (Hrsg. Hommelhoff u.a.), 2003, S. 51, 59 f.

24 I lit. c VO ein Buß- oder Zwangsgeld, auch wenn die Kommission später nach Art. 9 Abs. 2 VO von ihrer Nichteinschreitenserklärung wieder abgeht, und die Kartellverbotsverletzung weiter verfolgt.<sup>138</sup>

Überprüft man die Richtigkeit dieser Vorwürfe, so kommt es auf die Geltung und die Reichweite des Gesetzesvorbehalts (rule of law) an. Der EuGH hat zwar mehrfach angenommen, dass bei Eingriffen der öffentlichen Gewalt in Grundfreiheiten des EGV<sup>139</sup> oder in die Privatsphäre<sup>140</sup> allgemeinen Rechtsgrundsätzen und einer nicht näher bestimmten Wesensgehaltsgarantie zu folgen ist. Die Lehre hat in diesen Entscheidungen meist Ansätze zu gemeinschaftsrechtlicher Anerkennung von Grundrechten gesehen<sup>141</sup>, wobei aber durchweg der Entwicklungsstand im Vergleich zu den Grundrechten der Mitgliedstaaten bemängelt wird.<sup>142</sup> Nur vereinzelt sieht man einen „gemeinschaftsrechtlichen Gesetzesvorbehalt“ ausgeprägt.<sup>143</sup> Damit stimmt die Ansicht nur teilweise überein, wonach der EuGH in den genannten Entscheidungen mehr eine Rechtsweggarantie ausgesprochen hat, als ein materielles Prinzip zu begründen.<sup>144</sup>

Zur Reichweite des Gesetzesvorbehalts ergibt sich, dass keine parlamentarische Rechtsgrundlage in der Form eines formellen Gesetzes verlangt wird, sondern Regelungen ausreichen, die einen hinreichenden Schutz durch die Gerichte eröffnen.<sup>145</sup> Art. 249 EGV sieht zwar allgemein für das Handeln der Gemeinschaftsorgane die Formen der Verordnung, Richtlinie und Entscheidung vor, doch besteht insofern Einigkeit, dass darin nur eine nicht abschließende Aufzählung zu sehen ist. Weitere Aktionstypen bestehen und können von den zuständigen Stellen nach gebundenem Ermessen benutzt werden. Sogar mündliche Stellungnahmen sind möglich, können dann aber auch durch die Gerichte kontrolliert werden, wenn sie sachlich rechtswidrig sind<sup>146</sup>, oder die Auswahl des Aktionstyps ermessenswidrig war. Dazu gibt es zwar keine Rspr., doch weist die Literatur zu Recht auf die allgemeinen Maßstäbe der Ermessensbindung hin, die in den schon in anderem Zusammenhang erörterten

<sup>138</sup> Dagegen aber *K.Schmidt*, BB 2003, 1237, 1242.

<sup>139</sup> Vgl. EuGH, Slg. 1979, 1125; Slg. 1974, S. 491 ff.; speziell zu Art. 49 EGV vgl. EugH, Slg. 1992 I, S.2575 ff.; dazu *D. Triantafyllou*, Vom Vertrags- zum Gesetzesvorbehalt, 1996, S. 156 f., 166.

<sup>140</sup> EuGH, Slg. 1989, 2859; w. Nachw. *Triantafyllou*, a.a.O. S. 168 f.

<sup>141</sup> *Frohwein*, in F Schr. H. Kutscher, 1981, 198, 195 f.; *Chr. Colinet*, in Gs- Für Sasse, 1981, 739 ff.

<sup>142</sup> Vgl. nur *D. Nickel*, ZRP 1980, 161 ff.

<sup>143</sup> *Bahlmann*, EuR 1982, 1, 10 f.; *Triantafyllou*, a.a.O. S. 168f., passim.

<sup>144</sup> *Nettesheim*, a.a.O. Rdn. 76.

<sup>145</sup> *Triantafyllou*, a.a.O., Fn. 972 f auf S. 169.

<sup>146</sup> EuGH C 316/82 and 40/83 (1984), *Kohler/Rechnungshof*, E.C.R. I, p. 641; *Nettesheim* (2002), n.76.

Kriterien der Zweckmäßigkeit, des geringstmöglichen Mitteleinsatzes und der Verhältnismäßigkeit liegen.<sup>147</sup>

Aus diesem Befund lässt sich folgern, dass der Gesetzesvorbehalt, auch soweit er europarechtlich relevant ist, etwaigen Verpflichtungszusagen zur Lockerung der deutschen Kammerrechtsverbote der Werbung um Praxis nicht entgegensteht. Es reicht vollkommen aus, dass Art. 9 VO 1/2003 als förmliches Gesetzesrecht die Möglichkeit einer Nichteinschreitenserklärung auf Basis einer Verpflichtungszusage vorsieht. Das Weitere kann dem Ermessen der Kommission überlassen bleiben. Insbesondere ergibt sich zu den Ermessenskriterien der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit, dass der fehlenden rechtlichen Bindungswirkung der Verpflichtungszusage überwiegende Flexibilitätsvorteile<sup>148</sup> gerade dort gegenüberstehen, wo es um die Kartellrechtscompliance von SROs geht. Unter dem Aspekt schonendsten Mitteleinsatzes lässt sich zwar argumentieren, dass Kammern und Verbände u.U. auch auf anderem Wege zur Mitarbeit an wettbewerbsadäquaten Werbeverböten bewegt werden könnten. Doch sprechen die Erfahrungen mit den zahlreichen gegen die Kammern ergangenen neueren Urteilen in dieser Materie für die gegenteilige Annahme.<sup>149</sup> Anders als mit der Rechtskraft von Gerichtsurteilen und dementsprechend mit Verbotsverfahren der EU-Kommission scheint dem überkommenen anti-wettbewerblichen Selbstverständnis freiberuflicher SROs derzeit nicht beizukommen zu sein.

3. Gruppenfreistellungen und berufsethischer Kodex: Neben den Instrumenten der Legalisierung nach der VO 1/2003 kommt nach wie vor die Möglichkeit einer Gruppenfreistellung in Betracht. Vorteile könnten in der größeren Breitenwirkung dieses Verfahrens gesehen werden. Zwar kann auch im Verfahren der Verpflichtungszusage eine gewisse Abstimmung durch Anhörung von Verbänden herbeigeführt werden. Doch wäre etwa eine Verfahrensbeteiligung aller Kammern und Verbände freier Berufe im Rahmen von Art. 9 VO 1/2003 nicht praktikabel. Demzufolge müsste man sich wohl noch länger auf die werberechtlichen Unterschieden der deutschen Freiberufsverbände einrichten, obgleich diese nicht nur als historische Zufallserscheinungen begriffen, sondern z.T. sogar schon mit Zweifeln zur Verfassungsmäßigkeit bekämpft werden<sup>150</sup>. Eine Gruppenfreistellung für bestimmte Klauseln allgemein erlaubter freiberuflicher Werbeverböte wäre insoweit ein

---

<sup>147</sup> *Nettesheim*, a.a.O., Rdn. 76.

<sup>148</sup> Vgl. allgemein *K. Schmidt*, BB 2004, 1237, 1242: "...verspricht das neue Instrument eine wirksame cooperative Verwaltungspraxis."

<sup>149</sup> S. die Nachw. o. zu II.3 a.E.

<sup>150</sup> *Kleine-Cosack*, *Werberecht*, a.a.O. S.71 Rdn. 238.

echter Fortschritt. - Weitere Vorteile gegenüber dem Verfahren nach Art. 9 VO 1/2003 könnten darin liegen, dass die Gruppenfreistellung die gewohnten rechtlichen Bindungswirkungen entfaltet. Klauseln, die in der GVO zugelassen sind, können weder von den nationalen Kartellbehörden noch von den Gerichten für kartellrechtswidrig angesehen werden.

Die bewährte Form der Gruppenfreistellung ist auch nach Einführung der gesetzlichen Legalisierung durch die VO 1/2003 nach wie vor zulässig, da sie nicht auf der nunmehr abgeschafften VO Nr. 17, sondern entweder auf den Artt. 81 III, 83 II lit. b EGV oder auf einer darin vorausgesetzten Ermächtigung beruht. Beides blieb durch die VO 1/2003 unberührt.<sup>151</sup> Demzufolge fragt sich auch, ob wenigstens für den Fall einer beantragten Gruppenfreistellung die nach altem Recht geltende schwebende Unwirksamkeit anzunehmen ist.

Die Rspr. hat bislang, soweit ersichtlich, nur in Fällen der Einzelfreistellung alten Rechts angenommen, dass der Eintritt der Nichtigkeit suspendiert sein soll. Doch gibt es keinen Grund, dieselbe Rechtsfolge auch bei ordnungsgemäß beantragter Gruppenfreistellung anzunehmen. Da sich an diesem Verfahren durch die VO 1/2003 nichts Wesentliches geändert hat, wird man die Fortgeltung auch insoweit bejahen können. Die Folge für Kartellverfahren wegen kartellrechtswidriger Werbeverbote ist, dass keine Selbst-Regulierungslücke mit den oben (zu III.1) erläuterten Zitronenmarkteffekten entstehen würde.

Dennoch sprechen erhebliche Gründe gegen das Verfahren einer Gruppenfreistellung. Auch wenn es von den betroffenen Freiberufsverbänden beantragt werden sollte, wären deren Einfluss- und Ausweichmöglichkeiten gering. Gruppenfreistellungen lassen zwar Spielräume, deren Grenzen lediglich durch die Gegenüberstellung von schwarzen und weißen Abreden gekennzeichnet werden. Aber die Grenze schwarzer Abreden ist zwingend, so dass bei deren Überschreiten die Sanktionen des Kartellverfahrens drohen. Folglich wird etwas absolut vorgegeben, statt es dem Spiel der Wettbewerbskräfte und der Marktbewertung oder wenigstens der Willensbildung in den SROs zu überlassen, welche Regulierung sich als relativ beste durchsetzt.<sup>152</sup>

---

<sup>151</sup> K. Schmidt, a.a.O.

<sup>152</sup> Vgl. nochmals *van den Bergh*, a.a.O. und o. zu III.1.



Der wettbewerbsadäquaten Selbst-Regulierung entspricht es weit besser, im Rahmen der neuen Regelung der Verpflichtungszusagen Verbandsvorschläge einzuholen, oder sogar zunächst allein abzufragen, ob der das Kartellverbot verletzende Verband gedenkt, in Zukunft mit einem im Auftrag der Kommission ausgearbeiteten EU-Freiberufskodex konform zu gehen.

4. Das Opting-out-System: Sollte die EU-Kommission die eine oder andere hier angedachte Vorgehensweise einschlagen, so dürfte dies mit großer Wahrscheinlichkeit noch nicht der letzte Schritt sein. Mit Blick auf das neuste EU-Produkt der CG kann insbes. an ein abgestuftes opting out gedacht werden. Nochmals sei die Regelung der Übernahmerichtlinie<sup>153</sup> in den relevanten Teilen skizziert: Die Artt. 9 und 11 regeln bestimmte Neutralitätspflichten des Vorstands der Zielgesellschaft bei Übernahmeangeboten und Verbote von sog. Übernahmehindernissen. Optiert das Land die Artt. 9, 11 aus, so werden zunächst alle hierhin zu rechnenden Emittenten in die konservative B-Klasse eingestuft und selbstverständlich auch so bei den Rating-Agenturen taxiert. Optiert ein Unternehmen nun entgegen der allgemeinen Entscheidung seines Landes für Anwendung der Artt. 9, 11, so wird es wiederum in die A-Klasse hinaufgestuft. Nur so kann es vermeiden, vom Markt für diejenigen Halbherzigkeiten abgestraft zu werden, für die sich sein nationaler Gesetzgeber entschieden hat.

Manches spricht dafür, entsprechende Regelungen auch für die Freiberufsregime in den EU-Mitgliedstaaten vorzusehen. Zwar gibt es hier bislang keine Rating-Agenturen, die die Klassifizierungen an Teilnehmer formal organisierter Märkte übermitteln, doch ist die Publizität der Freiberufsverbände unbestritten und in ihrer wettbewerblichen Bedeutung seit den grundlegenden Arbeiten von *Akerlof* gut bekannt.<sup>154</sup> Es wäre deshalb durchaus konsequent, wenn die Kommission in nicht allzu entfernter Zukunft einen der Übernahmerichtl. entsprechenden Vorschlag mit Bezug auf ihren PG-Code ausarbeiten würde.

## **VI. Zusammenfassung und Ausblick**

Folgende Ergebnisse der Untersuchung können zusammengefasst werden:

- Wichtige Satzungsbestimmungen und Einzelentscheidungen deutscher Kammern und Verbände freier Berufe sind als Verletzungen des Kartell- und Empfehlungsverbots des Art. 81 Abs. 1 EGV anzusehen (II).

---

<sup>153</sup> ABl. EU Nr. L 142/12 v. 30.4.2004.

<sup>154</sup> S.o.zu III.1.

- Dennoch wären einfache Verbotsverfügungen der EU-Kommission wenig hilfreich, da sie zur vollständigen Beseitigung der Selbstregulierung führen würden, anstatt geeignete Bestimmungen an die Stelle der übermäßig wettbewerbsbeschränkenden Regeln zu setzen. Wie man zu besser angemessenen Verbandsregeln kommt, lässt sich im Rahmen von Konzepten und Erfahrungen zur wettbewerblichen Selbstregulierung, responsiver Regulierung und PG-Ansätzen bestimmen (III/IV).
- Hervorzuheben sind die Beauftragung einer pluralistisch zusammengesetzten Governance-Kommission mit der Erarbeitung eines Kodex, der an den Prinzipien der Gewaltenteilung, Transparenz, Reduzierung von Interessenkonflikten und der Motivation zu wertorientiertem Verhalten auszurichten ist (IV.2).
- Das neue Kartellverfahrensrecht der VO 1/2003 ermöglicht Verpflichtungszusagen mit weitgehend deklaratorischem Inhalt. Hiervon kann für exemplarische Versuche zur Bekämpfung von Kartellrechtsverstößen im Freiberufsrecht mit gewisser Aussicht auf Erfolg Gebrauch gemacht werden (V.1).
- Bei bloßer Wahrnehmung der Kompetenzen gem. Art. 9 VO 1/2003 bedarf es auch dann keiner formell-gesetzlichen Regulierung, wenn man generell einen europarechtlichen Gesetzesvorbehalt im Grundsatz anerkennt. Die Wahl des Aktionstypus einer Nichteinschreitenserklärung gegen Verpflichtungszusage ist nicht ermessenfehlerhaft, da keine Bedenken zur Zweckmäßigkeit, zum Grundsatz geringstmöglichen Eingriffs und zur Verhältnismäßigkeit bestehen (V.2).
- Bei Verkündung eines PG-Kodex gilt Entsprechendes. Nicht geboten, aber empfehlenswert sind Eckpunkte zur demokratischen Legitimation der PG-Kommission (V.2).
- Unverändert zulässig sind auch Gruppenfreistellungen, die größere Breitenwirkung hätten, aber weniger flexibel als Verpflichtungszusagen auf der einen Seite und Kodex-Regeln auf der anderen Seite wären. Die sog. schwarzen Klauseln sind zwingend einzuhalten und könnten zudem nur im Rahmen eines erneut einzuleitenden Gruppenfreistellungsverfahrens an neuere Erkenntnisse zum Wettbewerb freier Berufe angepasst werden. Vorzugswürdig erscheint deshalb der Plan der Kommission, einen Freiberufskodex zu veröffentlichen. Dieser sollte jedoch nicht von der EU-Kommission selbst, sondern von einer Expertenkommission ausgearbeitet werden, die neben Vertretern von ihr auch Wissenschaftler und Repräsentanten von europäischen Freiberufsverbänden zu ihren Mitgliedern zählt (V.3).

Mit Blick auf die weiter fortgeschrittene Entwicklung zur CG lässt sich sagen, dass die hier vorgeschlagenen Maßnahmen, wenn sie denn mit mehr oder weniger Abweichungen vorgenommen werden, sicherlich noch nicht der letzte Schritt sein werden. Die Kommission hat bereits verlautbart, dass sie einen Code of Conduct für freie Berufe verkünden wird, der weit über das hinausgehen wird, was oben (IV.2) zum Code of Conduct for Lawyers in the EU vorgestellt wurde.<sup>155</sup> Man kann nur hoffen, dass darin das Konzept der CG befolgt wird und deshalb insbes. keine materiellen Regeln zur Wahrung der Berufsehre oder zur Vertrauensbildung durch Werbebeschränkungen aufgenommen werden. Statt dessen sollten

---

<sup>155</sup> See *L. Evans*, Communication from the Commission. Report on Competition in Professional Services, in: Ehlermann (Hrsg.), *European Competition Law Annual 2004*, i. Ersch.; *Bramter Coret*, Freedom of establishment and freedom to provide services for regulated professions in the Internal market: new initiatives by the Commission, ebd.

Verfahrensbestimmungen zur Vermeidung von Inkompatibilitäten und v.a. zur Transparenz der Berufsrechte und verbandsinternen Entscheidungen dominieren sowie Rahmenbedingungen für competitive self-regulation geschaffen werden.