

Auszug aus Hauptgutachten XVI (2004/2005)

Kapitel VI

Regulierungen der Freien Berufe

1. Allgemeiner Teil
 2. Rechtsanwälte
 3. Apotheker und der Einzelhandel mit Arzneimitteln
 4. Regulierung des Marktes für freiberufliche Dienstleistungen im Baubereich
 5. Zusammenfassung der Empfehlungen
-

Inhaltsverzeichnis

Kapitel VI: Regulierungen der Freien Berufe	373
1. Allgemeiner Teil.....	373
1.1 Definition der Freien Berufe.....	373
1.2 Geschichtlicher Hintergrund.....	374
1.3 Aktivitäten der Europäischen Kommission.....	375
1.4 Rechtfertigung berufsrechtlicher Regelungen.....	376
1.5 Rechtfertigung durch Marktunvollkommenheiten.....	377
1.5.1 Vollkommener Wettbewerb und Effizienz.....	377
1.5.2 Das Problem des Vergleichsmaßstabes.....	377
1.5.3 Vorrang des Wettbewerbs.....	378
1.5.4 Verteilung der Argumentationslast.....	379
1.5.5 Beispiele für Marktunvollkommenheiten.....	379
1.5.5.1 Asymmetrische Informationen.....	379
1.5.5.2 Externe Effekte.....	380
1.5.5.3 Öffentliche Güter.....	380
1.5.6 Qualitätssicherung.....	381
1.5.7 Unvollständige Verträge.....	382
1.6 Rechtfertigung durch Umverteilung.....	383
1.6.1 Quersubventionierung.....	383
1.6.2 Zwangsverträge.....	384
1.6.3 Sicherstellung einer flächendeckenden Versorgung.....	384
1.7 Problematik der Selbstregulierung.....	385
1.8 Kartellrechtliche Beurteilung berufsrechtlicher Regelungen.....	385
1.8.1 Europäisches Kartellrecht.....	385
1.8.2 Deutsches Kartellrecht.....	387
1.9 Grundfreiheiten.....	388
2. Rechtsanwälte.....	389
2.1 Aktuelle Situation des Rechtsanwaltsberufes.....	389
2.2 Geschichtliche Entwicklung der Regelungen.....	390
2.3 Zugang zum Markt für Rechtsdienstleistungen.....	391
2.3.1 Aktuelle wettbewerbspolitische Probleme.....	392
2.3.2 Gesetzliche Begründung für die Zugangsbeschränkung zum Rechts- beratungsmarkt.....	392
2.3.3 Wettbewerbspolitische Beurteilung.....	393
2.3.4 Zulassung von Diplom-Wirtschaftsjuristen.....	394

2.4	Anwaltliches Honorarrecht.....	396
2.4.1	Übersicht.....	396
2.4.2	Das System der Prozesskosten und der prozessualen Kostenerstattung.....	396
2.4.3	Mindestvergütung im gerichtlichen Bereich.....	397
2.4.3.1	Freie Anwaltswahl.....	397
2.4.3.2	Verhinderung von Rabatten.....	398
2.4.3.3	Verhinderung von Erfolgshonoraren.....	398
2.4.3.4	Kostentransparenz.....	398
2.4.3.5	Quersubventionierung.....	399
2.4.3.6	Stärkung des Rechtsschutzversicherungsmarktes.....	400
2.4.3.7	Ermöglichung von Prozesskostenhilfe und Beratungshilfe.....	400
2.4.3.8	Qualitätssicherung.....	401
2.4.4	Erfolgshonorare und quota litis.....	401
2.4.4.1	Gründe für die Zulassung von Erfolgshonoraren.....	402
2.4.4.2	Gesetzliche Begründung des Verbotes.....	402
2.5	Werbebeschränkungen.....	406
2.5.1	Wettbewerbliche Einschätzung.....	407
2.5.2	Herausnahme der Werbung aus dem anwaltlichen Berufsrecht.....	408
2.5.3	Angaben über fachliche Schwerpunkte.....	408
2.6	Gesellschaftsrechtlicher Rahmen für Rechtsberatung.....	409
2.6.1	Einheitliches Gesellschaftsrecht für die sozietätsfähigen Berufe.....	409
2.6.2	Interprofessionelle Zusammenarbeit in Form von Kapitalgesellschaften.....	410
2.6.3	Nichtrechtsanwälte als Geschäftsführer einer Rechtsanwalts-gesellschaft.....	410
2.6.4	Kapitalbeteiligung Dritter an einer Rechtsanwalts-gesellschaft.....	411
3.	Apotheker und der Einzelhandel mit Arzneimitteln.....	412
3.1	Überblick über die wettbewerbsbeschränkenden Regelungen.....	412
3.1.1	Produktsortiment.....	412
3.1.2	Zugang zum Beruf.....	413
3.1.3	Preisregelung.....	413
3.1.4	Mehr- und Fremdbesitzverbot.....	414
3.1.5	Räumliche Abschottung der Apotheke.....	414
3.1.6	Werbung.....	414
3.2	Zur Apothekendichte.....	414
3.3	Wettbewerbspolitische Probleme der Apothekenregulierung.....	415
3.4	Reformvorschläge der Monopolkommission.....	416

3.4.1	Apothekenpflichtige Arzneimittel.....	416
3.4.2	Zugang zum Apothekerberuf.....	418
3.4.3	Preisbindung bei verschreibungspflichtigen Arzneimitteln.....	418
3.4.4	Mehr- und Fremdbesitzverbot.....	419
3.4.5	Räumliche Integration der Apotheke in andere Geschäfte.....	420
3.4.6	Werbebeschränkungen.....	420
4.	Regulierung des Marktes für freiberufliche Dienstleistungen im Baubereich.....	420
4.1	Geltender Regelungsrahmen.....	421
4.1.1	Zugang zum Beruf und zur Berufstätigkeit.....	421
4.1.2	Preisregelung.....	421
4.2	Geschichtliche Entwicklung der Honorarregelungen.....	422
4.2.1	Honorarregelungen vor Inkrafttreten der HOAI.....	422
4.2.2	Entstehungsgeschichte der HOAI.....	422
4.3	Internationaler Vergleich.....	424
4.4	Mögliche Rechtfertigungen für Regulierung.....	425
5.	Zusammenfassung der Empfehlungen.....	426

Kapitel VI

Regulierungen der Freien Berufe

1. Allgemeiner Teil

872. Die vielfältigen Regelungen, die bei einer Reihe von Freien Berufen den Zugang zur Berufstätigkeit regeln sowie den Wettbewerb unter den Berufsangehörigen beschränken, werden in den letzten Jahren zunehmend kritisch gesehen. Seit dem Jahr 2002 findet dieses Thema verstärkte Aufmerksamkeit durch die Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission. Sie hat in der Zwischenzeit zwei Berichte zu diesem Fragenkomplex vorgelegt und bereits eine förmliche Untersagungsverfügung erlassen.¹ Auch in der deutschen Politik zeigt sich ein zunehmendes Interesse, über einige dieser Regelungen neu nachzudenken.

873. Die Monopolkommission hat sich deshalb entschieden, den Bereich der Freien Berufe unter wettbewerbspolitischen Gesichtspunkten zu untersuchen. Wegen der großen Vielfalt der Freien Berufe sowie der für sie geltenden Regelungen kann sich eine solche Untersuchung nicht darauf beschränken, nur Aussagen über die „Freien Berufe“ zu machen, sondern muss sich auch mit den einzelnen Berufen und den für sie geltenden Regelungen beschäftigen. Das vorliegende Kapitel beginnt deshalb mit einem allgemeinen Teil, der grundsätzliche Überlegungen zur wettbewerbspolitischen Beurteilung des Berufsrechts der Freien Berufe anstellt. Im darauf folgenden besonderen Teil werden die wettbewerblich relevanten Regelungen für einzelne Freie Berufe, nämlich Rechtsanwälte, Apotheker sowie selbständige Architekten und Bauingenieure, detailliert untersucht. Die Auswahl einzelner Berufe war erforderlich, um den Umfang der Untersuchung in Grenzen zu halten. Die ausgewählten Berufe haben dabei jeweils exemplarischen Charakter für Berufsfelder, in denen wichtige außerwirtschaftliche Ziele wie die Rechtsstaatlichkeit, die Gesundheit der Bevölkerung sowie die ästhetische Gestaltung und Sicherheit von Bauwerken im Mittelpunkt stehen. Die Nichtaufnahme anderer Berufe kann deshalb nicht als Aussage darüber verstanden werden, dass die Monopolkommission bei diesen Berufen keine Wettbewerbsprobleme sähe.

1.1 Definition der Freien Berufe

874. Die Vielfältigkeit der Freien Berufe macht es schwer, sie einer genauen Definition zu unterwerfen. Die

¹ Mitteilung der Kommission, Bericht über den Wettbewerb bei freiberuflichen Dienstleistungen, 9. Februar 2004, KOM(2004) 83 endg; Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Freiberufliche Dienstleistungen – Raum für weitere Reformen, 5. September 2005, KOM(2005) 405 endg; Entscheidung vom 26. Juni 2004, COMP/38.549 – PO/Belgische Architektenkammer.

Mitgliederversammlung des Bundesverbands der Freien Berufe (BFB) hat 1995 trotzdem den Versuch einer solchen Abgrenzung unternommen:

„Angehörige Freier Berufe erbringen auf Grund besonderer beruflicher Qualifikation persönlich, eigenverantwortlich und fachlich unabhängig geistig-ideelle Leistungen im gemeinsamen Interesse ihrer Auftraggeber und der Allgemeinheit.

Ihre Berufsausübung unterliegt in der Regel spezifischen berufsrechtlichen Bindungen nach Maßgabe der staatlichen Gesetzgebung oder des von der jeweiligen Berufsvertretung autonom gesetzten Rechts, welches die Professionalität, Qualität und das zum Auftraggeber bestehende Vertrauensverhältnis gewährleistet und fortentwickelt.“

Diese Definition der Freien Berufe ist jedoch nur wenig hilfreich, um bei konkreten Berufen zu entscheiden, ob sie zu dieser Gruppe gehören oder nicht. Zudem vermischt der Text beschreibende und bewertende Elemente. Auch bleibt unklar, wieso gerade die Freien Berufe besonders den Interessen der Allgemeinheit dienen und andere Berufe nicht.

875. Trotz dieser Schwierigkeiten besteht bei einer ganzen Reihe von Berufen Konsens darüber, dass sie zu den Freien Berufen gehören. Dies gilt insbesondere für die von der Monopolkommission im Folgenden detailliert untersuchten Berufe Rechtsanwälte, Apotheker sowie selbständige Architekten und Bauingenieure.

876. Im Einzelnen zählt der BFB die folgenden Tätigkeiten zu den Freien Berufen:²

- Heilkundliche Berufe:
Ärzte, Zahnärzte, Tierärzte, Apotheker, Psychotherapeuten, Physiotherapeuten, Ergotherapeuten, Logopäden, Motopäden, Kranken-/Altenpfleger, Berufsbe-treuer;
- Rechts- und wirtschaftsberatende Berufe:
Rechtsanwälte, Notare, Patentanwälte, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer, Buchprüfer, Unternehmensberater, Wirtschaftsberater, Rentenberater, Versicherungsmathematiker, Psychologen;
- Technische und naturwissenschaftliche Berufe:
Architekten, Landschaftsarchitekten, Innenarchitekten, Ingenieure, Vermessungsingenieure, Vereidigte Sachverständige, See-/Hafenlotsen, Chemiker, Biologen, Umweltgutachter, Informatiker;

² Selbstdarstellung des BFB im Internet: <http://www.freie-berufe.de/Berufsgruppen.214.0.html>.

– Kulturberufe:

Künstler, Journalisten, Diplom-Pädagogen, Dolmetscher, Übersetzer, Schriftsteller, Designer, Restauratoren, Yogalehrende, Tanztherapeuten, Okularisten.

877. Unter der Vielzahl der Freien Berufe ragen bestimmte – klassische – Freie Berufe hervor, die in besonderem Maße durch staatliche Regelungen gebunden sind. Dazu zählen insbesondere Ärzte, Apotheker, Rechtsanwälte, Steuerberater, Notare und Architekten. In diesen Berufen besteht die Pflicht zur Mitgliedschaft in einer Berufskammer, welche rechtlich verbindliche Berufsregeln in Form von Satzungen erlassen und gegen Regelverstöße vorgehen kann.³

878. In anderen Freien Berufen bestehen zwar keine öffentlich-rechtlichen Berufskammern, jedoch ist der Zugang zum Beruf oder zumindest die Führung einer bestimmten Berufsbezeichnung staatlich reglementiert (z. B. bei Diplom-Psychologen). Schließlich gibt es Freie Berufe, bei denen der Zugang zum Beruf sowie die Berufsausübung keinen besonderen Regelungen unterliegen, sondern nur den allgemeinen Gesetzen unterworfen sind (z. B. freiberufliche EDV-Experten oder Journalisten). In Freien Berufen ohne Kammermitgliedschaft gibt es jedoch oft Berufsregeln, die von freiwilligen, privatrechtlichen Berufsverbänden erlassen wurden.⁴ Verstöße gegen diese freiwilligen Berufsregeln können jedoch höchstens durch Ausschluss aus dem Berufsverband geahndet werden.

879. Insbesondere bei den klassischen Freien Berufen bedeutet Freiberuflichkeit nicht unbedingt wirtschaftliche Selbständigkeit. Besonders deutlich zeigt sich das bei den Ärzten. Einerseits gehören die Ärzte nach allgemeiner Auffassung zu den Freien Berufen – laut den geltenden Berufsordnungen ist der Arztberuf „seiner Natur nach ein Freier Beruf“. Andererseits stellen die in freier Praxis niedergelassenen Ärzte schon seit einiger Zeit nicht mehr die Mehrheit der Berufsgruppe; über 50 Prozent der Ärzte sind heute als Angestellte von Krankenhäusern in der stationären Versorgung tätig.

880. In der Rechtsordnung erscheint der Begriff des Freien Berufes an verschiedenen Stellen. Es gibt jedoch keine gesetzliche Definition der Begriffes „Freier Beruf“, die für alle Rechtsgebiete Gültigkeit hätte.⁵ Im Einkommensteuerrecht liegen beim Ausüben einer freiberuflichen Tätigkeit – im Sinne des Steuerrechts – keine Einkünfte aus Gewerbebetrieb, sondern solche aus selbständiger Arbeit vor. Freiberufler im Sinne des Steuerrechts sind nicht gewerbesteuerpflichtig. Die Angehörigen Freier Berufe sind – im Sinne des Handelsrechts – keine Kaufleute, so dass das HGB grundsätzlich nicht auf sie anwendbar ist. An Stelle der nur für Kaufleute zulässigen OHG steht ihnen für die berufliche Zusammenarbeit

die Gesellschaft bürgerlichen Rechts sowie die im Partnerschaftsgesellschaftsgesetz (PartGG) geregelte Rechtsform der Partnerschaft offen. Zwar findet sich im PartGG auch eine Definition der Freien Berufe, die sich an die oben genannte Definition des BFB anlehnt.⁶ Zur Klarstellung hat der Gesetzgeber jedoch dort – wie auch im Steuerrecht – eine beispielhafte Aufzählung von Berufen angefügt.

881. Daneben wird in einer Reihe von Berufsordnungen, sei es in Form eines Gesetzes oder einer Satzung, der zu regelnde Beruf anfangs als „Freier Beruf“ bezeichnet, ohne dass daran schon konkrete rechtliche Folgen geknüpft wären.⁷ Solche Bezeichnungen haben eher die Funktion, die ihnen nachfolgenden Regelungen zu motivieren und zu rechtfertigen, als dass sie konkrete rechtliche Folgen hätten. Bei den Apothekern ist zudem die Besonderheit zu beachten, dass sie zwar zu den traditionellen Freien Berufen gehören, aber zugleich im Sinne des Handelsrechts Kaufleute sind und ihre Tätigkeit als Handelsgewerbe einzuordnen ist. Trotzdem werden die Apotheker in ihren Berufsordnungen und auch in der rechtspolitischen Diskussion zu den Freien Berufen gezählt.

882. Eine genaue zahlenmäßigen Erfassung der Freien Berufe fällt schwer. Relativ exakte Zahlen existieren für die Freien Berufe mit Kammerpflicht, da für sie die Mitgliederstatistiken der Kammern vorhanden sind. Dagegen liegen für andere Berufe nur statistische Schätzungen auf Grundlage des Mikrozensus vor. Das Institut für Freie Berufe gibt für 2005 die Zahl der selbständig tätigen Angehörigen der Freien Berufe mit 857 000 an. Die größte Gruppe sind die freien Heilberufe mit ca. 281 000, denen die freien rechts-, wirtschafts- und steuerberatenden Berufe mit ca. 230 000 folgen. Die Zahl der insgesamt im Bereich der Freien Berufe Erwerbstätigen schätzt das Institut auf 3,7 Millionen Arbeitnehmer und Selbständige.⁸

1.2 Geschichtlicher Hintergrund

883. Es erscheint eigenartig, dass ausgerechnet die Tätigkeiten, die relativ streng reguliert sind, als „Freie Berufe“ bezeichnet werden. Tatsächlich ist diese Berufsbezeichnung geschichtlich gesehen vor allem Ausdruck eines Sonderbewusstseins, in dem bestimmte Berufe mit akademischen Bildungsvoraussetzungen von anderen Tätigkeiten abgegrenzt werden sollen.

884. Die Bezeichnung „Freie Berufe“ ist eine Übertragung des lateinischen Begriffs „operae liberales“. Dieser in der Pandektenwissenschaft des 18. Jahrhunderts ge-

³ Weitere Berufe mit Kammerpflicht sind: Zahnärzte, Tierärzte, Wirtschaftsprüfer, Notare, Patentanwälte, Ingenieure (teilweise) und Lotsen.

⁴ Beispielsweise die Berufsordnung des Berufsverbands Deutscher Psychologinnen und Psychologen e.V.

⁵ Vergleiche BGHZ 144, 86, 89.

⁶ Vergleiche § 1 Abs. 2 Satz 2 PartGG: „Die Freien Berufe haben im allgemeinen auf der Grundlage besonderer beruflicher Qualifikation oder schöpferischer Begabung die persönliche, eigenverantwortliche und fachlich unabhängige Erbringung von Dienstleistungen höherer Art im Interesse der Auftraggeber und der Allgemeinheit zum Inhalt.“

⁷ Vergleiche z. B. § 2 Abs. 1 BRAO, § 1 Abs. 1 MBO und die an ihr orientierten Landesberufsordnungen, z. B. die Präambel der Berufsordnung der Apothekerkammer Nordrhein.

⁸ Institut für Freie Berufe, <http://www.ifb.uni-erlangen.de/statistik/statistik.htm>.

prägte Begriff rekurrierte auf Überlegungen antiker Autoren zu der Frage, welche beruflichen Tätigkeiten einer freien Person würdig seien.⁹ Im 19. Jahrhundert griffen damalige Berufsvertreter auf diesen Begriff zurück, um ihre Berufe gegenüber anderen Tätigkeiten hervorzuheben. Nach dieser Berufsauffassung heben sich die „Freien Berufe“ von den manuellen Tätigkeiten dadurch ab, dass sie vor allem geistige Leistungen erbringen, und stehen andererseits über den gewerblichen oder kaufmännischen Tätigkeiten, da bei ihnen nicht das Gewinnstreben, sondern höhere Werte die Berufsausübung motivieren. Diese Herkunft der Bezeichnung „Freie Berufe“ hilft erklären, warum gerade die als „frei“ bezeichneten Berufe von vergleichsweise starken Reglementierungen gekennzeichnet sind.

885. Jedoch wurde in der zeitgenössischen Diskussion durchaus auch der Gesichtspunkt der „Freiheit vom Staat“ betont. Insbesondere im späten 18. und frühen 19. Jahrhundert hatte es Tendenzen gegeben, die Berufe Arzt, Apotheker und Rechtsanwalt zu verstaatlichen. So waren Ärzte und Rechtsanwälte in den meisten deutschen Staaten im Zeitraum 1800 bis 1850 formal als Staatsbeamte tätig. Sie bezogen zwar regelmäßig keine staatliche Besoldung, sie unterstanden jedoch der besonderen Disziplinargewalt für Beamte, hatten besondere Treuepflichten und wurden für einzelne Tätigkeiten im staatlichen Interesse herangezogen (z. B. Berichtspflicht über den Gesundheitszustand der Bevölkerung). Im Zeitraum 1850 bis 1871 gab es eine Liberalisierungswelle, die zu einer grundsätzlichen Freigabe der Rechtsberatung und Heilkunde führte. Danach unterlagen diese Tätigkeiten der Gewerbefreiheit und konnten von jedermann ausgeübt werden. Nur das Führen der Titel „Arzt“ und „Rechtsanwalt“ war geschützt; zudem war die Prozessvertretung vor den höheren Gerichten auf Rechtsanwälte beschränkt. Relativ schnell begann jedoch die Entwicklung des Kammerwesens und der Berufgerichtsbarkeit. Für die Ärzte stand daneben seit 1890 zunehmend die Auseinandersetzung mit den neu entstanden gesetzlichen Krankenkassen im Vordergrund. Resultat war die Bildung gewerkschaftsähnlicher Vereinigungen und der Einsatz von streikähnlichen Taktiken. Mit dem Rechtsberatungsgesetz von 1935 und dem Heilpraktikergesetz von 1939 wurde die Gewerbefreiheit in den Bereichen Rechtsberatung oder Heilkunde wieder aufgehoben. Beide Gesetze wurden zwar nach Kriegsende gelockert, gelten aber im Grundsatz bis heute.

886. In der heutigen rechtspolitischen Diskussion dient die Berufung auf die Freiberuflichkeit der Abgrenzung gegen andere Beschäftigungsformen und gleichzeitig der Rechtfertigung von Regulierungen. Zur Abgrenzung gegen den Staat und gegenüber kommerziellen Tätigkeiten ist zudem die Abgrenzung gegen die Angestelltentätigkeit getreten: Freiberuflichkeit wird zumindest grundsätzlich auch mit wirtschaftlicher Selbständigkeit gleichgesetzt.

⁹ Vergleiche Taupitz, J., Die Standesordnung der freien Berufe, Berlin 1991, S. 138 f.

1.3 Aktivitäten der Europäischen Kommission

887. Nachdem die freiberuflichen Regelungen schon längere Zeit ein Gegenstand der wettbewerbsrechtlichen Fallpraxis der Europäischen Kommission sind, begann die Generaldirektion Wettbewerb im Jahr 2002 eine grundlegende Bestandsaufnahme zu diesem Thema. Im Vordergrund stehen dabei die Berufsgruppen der Rechtsanwälte, Notare, Wirtschaftsprüfer, Ingenieure und Architekten. Als Grundlage für ihre Arbeit ließ die Kommission eine Studie erstellen, die einen Überblick über die Reglementierung der Freien Berufe in den verschiedenen Mitgliedstaaten liefert.¹⁰ Nach Abschluss und Veröffentlichung dieser Studie rief die Kommission zu Stellungnahmen zu den Ergebnissen auf. Im Oktober 2003 fand eine Konferenz zu diesem Thema in Brüssel statt. Als Zwischenergebnis veröffentlichte die Kommission im Februar 2004 einen „Bericht über den Wettbewerb bei freiberuflichen Dienstleistungen“, in dem sie ihre Einschätzung zu dieser Fragestellung darlegt und das weiter geplante Vorgehen skizziert.¹¹

888. In ihrem Bericht weist die Kommission auf die große volkswirtschaftliche Bedeutung der Freien Berufe hin, insbesondere unter dem Gesichtspunkt des Lissabon-Programms, das zum Ziel hat, die Union bis zum Jahr 2010 zum wettbewerbsfähigsten und dynamischsten wissensbasierten Wirtschaftsraum der Welt zu machen. Nach Ansicht der Kommission können restriktive Regelungen für Freie Berufe den Wettbewerb zwischen den Berufsangehörigen ausschalten oder einschränken; dadurch werden die Anreize gemildert, kosteneffizient und kostengünstig zu arbeiten, die Qualität zu verbessern und innovative Dienstleistungen anzubieten; es bestehe die Gefahr eines überhöhten Preisniveaus. Allerdings nennt die Kommission in ihrem Bericht auch drei Argumente, die für eine gewisse Reglementierung freiberuflicher Dienstleistungen sprechen, und zwar asymmetrische Informationen, externe Effekte und öffentliche Güter.

889. Die wettbewerbspolitisch am meisten relevanten Regelungen bei Freien Berufen sind nach Ansicht der Kommission verbindliche Festpreise, Preisempfehlungen, Regeln für die Werbung, Zugangsvoraussetzungen und ausschließliche Rechte sowie Vorschriften über die zulässige Unternehmensform und die Zusammenarbeit mit anderen Berufen. Die Kommission erörtert in ihrem Bericht, inwiefern einzelne dieser Beschränkungen durch eines der drei oben genannten Argumente gerechtfertigt werden können und zeigt sich dabei insgesamt eher skeptisch.

890. Als Abschluss ihres Berichtes stellt die Kommission die Beurteilung wettbewerbsbeschränkender Berufsregeln nach europäischem Kartellrecht dar und skizziert das von ihr geplante Vorgehen. Die Kommission gibt sich entschlossen, das Vorhaben einer Liberalisierung der

¹⁰ Paterson, Iain, Fink, Marcel, Ogus, Anthony et al., Economic impact of regulation in the field of liberal professions in different Member States, Research Report, January 2003; <http://europa.eu.int/comm/competition/publications/publications/#UDIES>.

¹¹ KOM(2004) 83 endg., a. a. O.

Freien Berufe voranzutreiben. Bei Fällen, in denen die Kommission Wettbewerbsprobleme sieht, sollen zuerst die zuständigen nationalen Stellen zu einer Änderung aufgefordert werden, bevor ein formelles Verfahren durch die Kommission oder eine nationale Wettbewerbsbehörde eingeleitet wird. Die Kommission schließt auch die Möglichkeit von Vertragsverletzungsverfahren gegen einzelne Mitgliedstaaten nicht aus.

891. Seit der Veröffentlichung des Berichts hat die Kommission eine erste formelle Entscheidung erlassen, welche die empfohlenen Mindesthonorare der belgischen Architektenkammer betraf.¹² Die Kommission kam zu dem Ergebnis, dass ein Verstoß gegen Artikel 81 EGV vorliegt. Durch die Mindesthonorare werde eine Beschränkung des Wettbewerbs bewirkt, da die Preisempfehlung in der Berufspraxis tatsächlich befolgt werde. Die so genannte „Wouters-Ausnahme“¹³ greife nicht, weil nicht erkennbar sei, dass empfohlene Mindesthonorare für die Ausübung des Architektenberufes notwendig sind. Eine Freistellung nach Artikel 81 Abs. 3 EGV komme schließlich schon deshalb nicht in Frage, weil der behauptete Nutzen der Preisempfehlung für die Verbraucher, nämlich Preisinformationen bereitzustellen, auch durch weniger einschränkende Methoden, wie z. B. empirische Preiserhebungen, erreicht werden könne. Wegen dieses Verstoßes gegen Artikel 81 EGV setzte die Kommission ein Bußgeld in Höhe von 100 000 Euro fest.

892. Im September 2005 legte die Kommission einen zweiten Bericht vor, der die bisher unternommenen Reformanstrengungen auf diesem Gebiet referiert.¹⁴ Die Kommission vertieft in diesem Text auch ihre Ausführungen zur Rechtfertigung freiberuflicher Regelungen. Sie weist insbesondere darauf hin, dass möglicherweise ein Unterschied zwischen verschiedenen Nutzern von freiberuflichen Leistungen zu machen ist. Bei seltenen Nutzern von freiberuflichen Leistungen, wie Verbrauchern, seien schützende Regelungen eher gerechtfertigt als bei häufigen Nutzern, wie großen Unternehmen oder der öffentlichen Hand. Unentschieden zeigt sich die Kommission noch in der Frage, ob auch kleine Unternehmen in diesem Zusammenhang schutzbedürftig sind. In ihrem Bericht bewertet die Kommission auch die Reformanstrengungen der Mitgliedstaaten im Bereich der Freien Berufe. Am weitesten fortgeschritten sind danach Dänemark, die Niederlande und das Vereinigte Königreich, denen die Kommission „tiefgreifende Strukturreformen“ bescheinigt. In Bezug auf Deutschland stellt sie „kleinere Reformen und analytische Arbeiten“ fest.

1.4 Rechtfertigung berufsrechtlicher Regelungen

893. Sollen für eine bestimmte Branche oder einen bestimmten Beruf besondere Regelungen gelten, die von denen der allgemeinen Rechtsordnung abweichen, so bedarf dies – sowohl wettbewerbspolitisch als auch verfas-

sungsrechtlich – einer besonderen Rechtfertigung. Das gilt auch für das Berufsrecht der Freien Berufe. Da sich bei verschiedenen Freien Berufen oft die gleichen Argumentationsmuster zur Rechtfertigung besonderer berufsrechtlicher Regelungen finden, sollen im Folgenden gewisse grundlegende Fragen behandelt werden. Dabei soll geklärt werden, mit welchen Zielen berufsrechtliche Regelungen gerechtfertigt werden können und wie die Argumentationslast beim Nachweis der Rechtfertigung zu verteilen ist.

894. Berufsrechtliche Regelungen werden heute nur noch selten mit der besonderen Stellung oder Würde eines Berufsstandes begründet.¹⁵ Vielmehr wird darauf abgestellt, dass die Regelungen besonderen gesellschaftlichen Zielen dienen sollen. Viele dieser gesellschaftlichen Ziele lassen sich unter zwei ökonomischen Gesichtspunkten zusammenfassen: einerseits die Behebung von Marktunvollkommenheiten und andererseits die gerechte Verteilung gesellschaftlicher Ressourcen. Daneben treten nichtökonomische Ziele, wie z. B. der Anspruch auf ein faires Gerichtsverfahren, deren Schutz nicht selten durch das Grundgesetz vorgegeben ist.

895. Zwar ist diese Bezugnahme auf konkrete gesellschaftliche Ziele zu begrüßen: Im modernen Verfassungsstaat kann kein Berufsstand berufsrechtliche Regelungen allein mit seiner besonderen Stellung oder Würde rechtfertigen, nicht zuletzt deshalb, weil das Grundgesetz allen Menschen gleichermaßen Würde zuerkennt. Jedoch reicht eine bloße Berufung auf die Behebung von Marktunvollkommenheiten, auf die Verteilungsgerechtigkeit oder andere gesellschaftliche Ziele nicht aus. Vielmehr ist zu fordern, dass die fragliche Regelung zur Erreichung dieser Ziele geeignet und erforderlich sowie in ihren Belastungen verhältnismäßig ist. Insbesondere wenn ein und dieselbe Regelung im Zeitablauf mit ganz unterschiedlichen Argumenten begründet wird, z. B. früher mit der besonderen Würde des Berufsstandes und heute mit Marktversagen aufgrund von asymmetrischer Informationsverteilung, dann sollte diese Regelung besonders kritisch geprüft werden.

896. Bei vielen berufsrechtlichen Regelungen wird nicht auszuschließen sein, dass sie einer Marktunvollkommenheit entgegenwirken, ein vom Gesetzgeber gewünschtes Verteilungsziel fördern oder einem verfassungsrechtlich besonders geschütztem Ziel dienen. Mit dieser Feststellung kann die wettbewerbspolitische Prüfung jedoch noch nicht beendet sein. Vielmehr muss auch geprüft werden, in welchem Umfang diese Regelung andere Marktverzerrungen, gegenläufige Verteilungswirkungen oder Eingriffe in andere verfassungsrechtliche Güter mit sich bringt. Eine berufsrechtliche Regelung ist nicht schon allein dadurch gerechtfertigt, dass sie auch positive Effekte bewirkt. Bei ihrer Bewertung sind vielmehr auch die negativen Effekte mit einzubeziehen.

¹² COMP/38.549, a. a. O.

¹³ Vergleiche unten Tz. 965 ff.

¹⁴ KOM(2005) 405 endg., a. a. O.

¹⁵ Für eine derartige Begründung mit der Würde des Berufsstandes durch die italienische Regierung vgl. Schlussanträge des Generalanwalts M. Poiras Maduro vom 1. Februar 2006 in den Rs. C-94/04 und C-202/04, Cipolla, Rn. 84.

Diese gesamten Auswirkungen sind mit dem „unregulierten“ Zustand zu vergleichen. Dabei ist zu beachten, dass im letzteren Fall nicht Regellosigkeit herrscht, sondern immer noch die Normen der allgemeinen Rechtsordnung gelten.

897. In der Praxis wird eine solche vollständige Folgebewertung bestimmter Regelungsalternativen meist nicht zu verwirklichen sein, nicht zuletzt, weil es oft an den dazu erforderlichen Informationen fehlen wird. Es stellt sich deshalb die Frage, wer bei unklarem Ausgang dieser Bewertung die Beweis- oder besser Argumentationslast zu tragen hat. Liegt die Argumentationslast bei den Befürwortern einer Geltung der allgemeinen Rechtsordnung, so muss nachgewiesen werden, dass dieser „unreglementierte“ Zustand zu einer Verbesserung gegenüber dem Zustand mit besonderem Berufsrecht führt. Liegt die Beweislast dagegen bei denen, die für einen bestimmten Beruf Sonderregelungen von der allgemeinen Rechtsordnung fordern, so muss nachgewiesen werden, dass ein besonderes Berufsrecht zu einer Verbesserung gegenüber der allgemeinen Rechtsordnung führt.

1.5 Rechtfertigung durch Marktunvollkommenheiten

1.5.1 Vollkommener Wettbewerb und Effizienz

898. Zu den bekanntesten Erkenntnissen der ökonomischen Theorie gehört die Aussage, dass bei „vollkommenem Wettbewerb“¹⁶ das unregulierte Marktgeschehen zu einem Marktergebnis führt, bei dem kein Beteiligter besser gestellt werden kann, ohne dass ein anderer Beteiligter schlechter gestellt wird. Ein Marktergebnis mit diesen Eigenschaften wird auch als pareto-optimal bezeichnet – damit ist jedoch noch nichts über die Fragen der Verteilungsgerechtigkeit gesagt. Unter Marktergebnis sind dabei Parameter wie Menge, Preis, Qualität der auf einem Markt angebotenen Güter sowie die Zusammensetzung dieses Angebots und die Kosten seiner Herstellung zu verstehen.

899. Damit auf einem bestimmten Markt vollkommener Wettbewerb im Sinne dieses Modells herrscht, müssen mehrere Voraussetzungen erfüllt sein. So müssen z. B. die Angebots- und Nachfragemengen jedes Anbieters relativ zum Markt sehr klein sein, es darf keine asymmetrische Informationsverteilung vorliegen und es dürfen keine externen Effekte vorhanden sein. Weichen die Eigenschaften eines Marktes von diesem Modell ab, dann kann nicht damit gerechnet werden, dass unbeschränkter Wettbewerb zu einem pareto-optimalen Ergebnis führt. Insofern liegen auf einem solchen Markt Marktunvollkommenheiten vor. Es ist dann zumindest theoretisch möglich, durch staatlichen Eingriff in das Marktgeschehen eine Veränderung des Marktergebnisses zu bewirken, bei der niemand schlechter gestellt, jedoch einige Personen besser gestellt werden.

900. Bei vielen berufsrechtlichen Regelungen wird angeführt, dass sie zur Behebung derartiger Marktunvollkommenheiten dienen. Dabei wird zuerst dargestellt, inwiefern der betroffene Markt für die freiberufliche Dienstleistung vom Modell des vollkommenen Wettbewerbs abweicht. Dann wird prognostiziert, dass ungeregelter Wettbewerb zu einem sehr schlechten Marktergebnis führen würde. Schließlich wird behauptet, die fragliche Regelung führe zu einer Verbesserung des Marktergebnisses.

901. Bei der Rechtfertigung berufsrechtlicher Regelungen werden vor allem drei Formen von Marktunvollkommenheiten erwähnt, nämlich asymmetrische Informationen, externe Effekte und öffentliche Güter. Auch der Bericht der Europäischen Kommission über den Wettbewerb bei freiberuflichen Dienstleistungen verwendet diese Aufteilung. Andere Marktunvollkommenheiten, wie z. B. das Vorliegen erheblicher Größenvorteile bis hin zum natürlichen Monopol, spielen dagegen bei der wettbewerbspolitischen Diskussion der Freien Berufe kaum eine Rolle.

902. Zwar verwenden die Verteidiger freiberuflicher Regelungen nur selten Begriffe wie Marktergebnis und Marktunvollkommenheiten, sondern heben lieber auf Argumente wie Qualitätssicherung, Verbraucherschutz oder Erhalt der Baukultur ab. Jedoch bezieht sich der Begriff Marktergebnis, wie oben dargestellt, nicht nur auf die Quantität oder die Kosten der auf einem Markt angebotenen Güter, sondern auch auf ihre Qualität und die optimale Zusammensetzung des Angebots. Das lässt sich z. B. am Ziel „Erhalt der Baukultur“ zeigen. Wird argumentiert, dass eine wettbewerbsbeschränkende Regelung dem Erhalt der Baukultur diene, dann soll damit ausgesagt werden, dass ohne diese Regelung zu wenige gesellschaftliche Ressourcen für die ästhetisch anspruchsvolle Gestaltung von Bauwerken aufgewendet würden. Der Grund dafür könnte sein, dass Bauherren den positiven oder negativen Eindruck der von ihnen errichteten Gebäude bei Passanten nicht hinreichend berücksichtigen, also ein so genannter externer Effekt vorliegt. Der Begriff der Baukultur kann also durchaus unter dem Gesichtspunkt des Marktergebnisses mit einbezogen werden.

1.5.2 Das Problem des Vergleichsmaßstabes

903. Allein aus der Existenz von Marktunvollkommenheiten kann jedoch nicht gefolgert werden, dass auf dem betroffenen Markt staatliche Eingriffe geboten sind oder der Wettbewerb sogar grundsätzlich auszuschließen ist. Zwar führen Marktunvollkommenheiten regelmäßig dazu, dass der unregulierte Wettbewerb das Ideal eines Pareto-Optimums verfehlt. Jedoch kann daraus noch nicht geschlossen werden, dass staatliche Eingriffe auf diesem Markt tatsächlich in der Lage sind, ein besseres Marktergebnis herbeizuführen als der unregulierte Wettbewerb.

904. Denn ein Abweichen vom Modell des vollkommenen Wettbewerbs bedeutet nur, dass die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs hinter einem theoretischen Ideal zurückbleibt. Dieses theoretische Ideal wird aber auf jedem

¹⁶ Oft auch als Zustand „vollständiger Konkurrenz“ bezeichnet.

real existierenden Markt verfehlt, da die strengen Anforderungen des Modells des vollkommenen Wettbewerbs auf keinem real existierenden Markt erfüllt sind. Auch ist mit dem Vorliegen von Marktunvollkommenheiten noch nichts darüber ausgesagt, wie weit dieses Ideal verfehlt wird. Denn beim Vorliegen von Marktunvollkommenheiten sagt die Wirtschaftstheorie nur in Extremfällen einen totalen Zusammenbruch des Marktgeschehens voraus, im Regelfall dagegen eine Funktionsfähigkeit unterhalb des Optimums. Auch stellt sich die Frage, ob es realisierbare staatliche Eingriffe gibt, die tatsächlich eine Verbesserung der Situation erbringen.

905. Genauso wie Marktunvollkommenheiten verhindern können, dass der Wettbewerb zu einem idealem Marktergebnis führt, ist jeder Prozess staatlicher Wirtschaftslenkung durch eigene Unvollkommenheiten behindert. Denn die staatliche Stelle müsste zur Herstellung eines optimalen Marktergebnisses über hinreichend genaue Informationen über die Bedürfnisse der Verbraucher sowie über die Fähigkeiten der Produzenten verfügen. Die Ermittlung dieser Informationen wäre äußerst aufwendig und die Personen, die über diese Informationen verfügen, hätten oft Anreize, sie falsch darzustellen. Außerdem würden sich diese Daten durch Veränderungen der Bedürfnisse und der technischen Möglichkeiten fortwährend verändern. Die staatliche Stelle müsste die Möglichkeit wohlfahrtssteigernder technischer oder organisatorischer Innovationen sofort erkennen und diese Innovationen energisch durchsetzen. Nicht zuletzt müsste sichergestellt werden, dass diese Stelle stets nur das Ziel der Wohlfahrtsmaximierung im Auge hat und nicht stattdessen Eigeninteressen oder die Interessen einzelner Marktteilnehmer verfolgt.

906. Die gerade skizzierten Anforderungen können von keiner realen Regulierungsinstanz erfüllt werden, weder vom Gesetzgeber noch von staatlichen Behörden noch von berufsständischen Selbstverwaltungen. Da also folglich der staatliche Regulierungsprozess ebenfalls mit Unvollkommenheiten belastet ist, kann die Existenz von Marktunvollkommenheiten allein keine Rechtfertigung für staatliche Eingriffe oder gar die Ausschaltung des Wettbewerbs sein.

907. Für die Begründung staatlicher Regulierung ist es deshalb nicht sinnvoll, den Zustand des vollkommenen Wettbewerbs als Vergleichsmaßstab zu nehmen, sondern es sollten die Ergebnisse eines Zustandes ohne Regulierung mit denen eines Zustandes mit Regulierung verglichen werden. Dabei ist zu beachten, dass es in der Realität keinen absolut regellosen Wettbewerb gibt, da auf jedem Markt zumindest die Regeln der allgemeinen Rechtsordnung gelten, also z. B. die Regeln des Privatrechts zur Abgrenzung von Eigentumsrechten, zur Durchsetzung von Verträgen oder zum Schadensersatz bei fahrlässigen Gesundheitsverletzungen oder die Bestimmungen über Betrug und Untreue im Strafrecht.

908. Bei dem Vergleich ist auch zu bedenken, dass sich oft im Wettbewerb Instrumente herausbilden, um Marktunvollkommenheiten wie z. B. dem Problem der asymmetrischen Informationen entgegenzuwirken. So wird ein

Anbieter, der langfristig erfolgreich sein will, um seine Reputation bemüht sein. Das Erbringen schlechter Leistungen mag kurzfristig attraktiv erscheinen, würde aber langfristig dazu führen, dass die enttäuschten Kunden das Unternehmen nicht mehr beauftragen oder weiterempfehlen. Insbesondere die Existenz einer unter einem bekannten Markennamen erworbenen Reputation macht eine Qualitätsabsenkung dem „schnellen Euro“ zuliebe unattraktiv. Oft geben die Hersteller von Gütern, deren Qualität ex ante nur schwer einzuschätzen ist, Garantien auf ihre Produkte, die über die Standards des allgemeinen Vertragsrechts hinausgehen.

909. Um nachzuweisen, dass eine bestimmte berufsrechtliche Regelung durch ihr besseres Marktergebnis gerechtfertigt ist, muss also gezeigt werden, dass die Regelung tatsächlich einer Marktunvollkommenheit wirkungsvoller begegnet als der Wettbewerb unter Geltung der allgemeinen Rechtsordnung und dass diese Verbesserung des Marktergebnisses die Verzerrungen, die durch die Regelung selber ausgelöst werden, sowie die administrativen Kosten der Regelung überwiegt. Ein derartiger „schulmäßiger“ Wohlfahrtsnachweis liegt nach Kenntnis der Monopolkommission für keine der in diesem Kapitel untersuchten berufsrechtlichen Regelungen vor.

910. Angesichts der großen Unsicherheiten, mit denen ein Vergleich der Effizienz unterschiedlicher Ordnungsmodelle verbunden wäre, stellt sich die Frage, wie zu entscheiden ist, wenn keine eindeutigen Aussagen gemacht werden können. Dabei ist einerseits festzulegen, welcher Grad an Gewissheit zu fordern ist, um die Entscheidung für ein bestimmtes Ordnungsmodell zu rechtfertigen, also welche Qualität der Nachweis haben muss, um akzeptiert zu werden. Andererseits ist zu entscheiden, wo die Beweis- oder besser die Argumentationslast liegen soll, also welche Regelungen gelten sollen, wenn keine eindeutigen Aussagen in eine bestimmte Richtung möglich sind.

911. Eine derartige Entscheidung unter Unsicherheit liegt grundsätzlich in der Verantwortung des demokratisch legitimierten Gesetzgebers. Dieser kann sich durchaus dafür entscheiden, dass er den Status quo beibehalten will, weil er die Möglichkeit großer Wohlfahrtsgewinne geringer gewichtet als die geringe Wahrscheinlichkeit einer Verschlechterung. Jedoch ergeben sich aus dem Grundgesetz sowie dem Europarecht normative Vorgaben, die das Ermessen des Gesetzgebers zumindest in eine bestimmte Richtung lenken sollten. Auch spricht die wirtschaftspolitische Erfahrung für eine starke Effizienzvermutung zugunsten des Wettbewerbs.

1.5.3 Vorrang des Wettbewerbs

912. Die Überlegenheit des Wettbewerbs gegenüber anderen wirtschaftlichen Ordnungsmodellen ist weniger eine theoretische Erkenntnis, sondern vor allem eine Erfahrungstatsache. Staatliche Experimente, den wirtschaftlichen Wettbewerb systematisch auszuschalten, müssen nach den Erfahrungen in den sozialistischen Ländern als gescheitert angesehen werden. Neben diesen Erfahrungen, die für Wettbewerb als das allgemeine Ordnungsprinzip einer Volkswirtschaft sprechen, gibt es auch

Erfahrungen bezüglich einzelner Märkte. Die Liberalisierung von Telekommunikation und Luftfahrt in vielen Ländern haben zu nicht unbeträchtlichen Wohlfahrtssteigerungen geführt; so gut wie niemand schlägt heute ernsthaft eine Rücknahme dieser Reformen vor. Aber auch im Bereich der Freien Berufe hat beispielsweise die Liberalisierung des anwaltlichen Berufsrechts in Deutschland seit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) von 1987 zu den anwaltlichen Standesrichtlinien¹⁷ nicht zu einer erkennbaren Qualitätsabsenkung der anwaltlichen Dienstleistungen geführt; eine Rücknahme dieser Liberalisierung wird von niemandem gefordert.

913. Daneben sind auch die Vorgaben aus Grundgesetz und Europarecht zu beachten. Das Grundgesetz gewährleistet in Artikel 12 die allgemeine Berufsfreiheit für alle Staatsbürger. Eingriffe in dieses Grundrecht können nur auf gesetzlicher Grundlage erfolgen und sind begründungsbedürftig. Der EG-Vertrag gewährleistet für alle Unionsbürger die Niederlassungsfreiheit (Artikel 43 EGV) und die Dienstleistungsfreiheit (Artikel 49 EGV). Eingriffe in diese Grundfreiheiten müssen durch Erfordernisse der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit oder sonstige zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein. Diesen Gewährleistungen ist gemeinsam, dass sie die Freiheitsausübung und damit den wirtschaftlichen Wettbewerb als Regelfall ansehen, den beschränkenden Eingriff dagegen als begründungsbedürftige Ausnahme.

1.5.4 Verteilung der Argumentationslast

914. Sowohl die normativen Vorgaben aus Verfassung und Europarecht als auch pragmatische wirtschaftspolitische Erfahrungen sprechen dafür, die Beweislast ganz regelmäßig auf die Seite der Befürworter berufsrechtlicher Regelungen zu legen. Das heißt, es muss stets nachgewiesen werden, dass die berufsrechtliche Regelung zu einer deutlichen Verbesserung des Marktergebnisses gegenüber der Geltung der allgemeinen Rechtsordnung führt. Diese Nachweispflicht sollte sich nicht etwa auf die Einführung neuer Regelungen beschränken, sondern auch für die Überprüfung der bestehenden Regelungen gelten. Es muss also nicht nachgewiesen werden, dass eine Deregulierung – also eine Beschränkung auf die Geltung der allgemeinen Rechtsordnung – vorteilhaft ist, vielmehr müssen die Anhänger einer Beibehaltung zeigen, dass die berufsrechtliche Regelung gegenüber der allgemeinen Rechtsordnung vorteilhaft ist.

915. In diesem Zusammenhang ist jedoch zu betonen, dass die Erfüllung dieser Nachweispflicht nicht etwa stets durch rigorose ökonomische Studien erfolgen muss. Zwar können solche Studien hilfreich sein, in der Praxis werden sie jedoch höchstens Abschätzungen liefern können und oft wegen fehlender Daten überhaupt nicht möglich sein. Jedoch sind andere Nachweismethoden möglich, die von einer ökonomisch schlüssigen Gedankenführung bis hin zu historischen oder internationalen Vergleichen rei-

chen können. Lässt sich z. B. zeigen, dass die Regelung historisch zur Behebung eines konkreten Missstandes erlassen wurde und das Problem durch diese Regelung gelöst wurde, dann spricht ein starkes Argument für die Regelung. Wurde die Regelung dagegen aus zweifelhaften oder heute nicht mehr aktuellen Motiven erlassen, dann spricht dies gegen sie. Einem Umstellen auf andere Begründungen ist skeptisch zu begegnen, da diese Begründungen dann rein theoretisch sind, ohne einen realen Vergleichsmaßstab. Ähnliche Überlegungen gelten für die Rechtsvergleichung. Kommen andere Länder ohne eine entsprechende Regelung aus, ohne dass es erkennbar zu größeren Verwerfungen kommt, dann sollte die Regelung in Zweifel gezogen werden. Dabei wird nicht übersehen, dass manche inländischen Regelungen im Ausland zwar keine direkte Entsprechung haben, aber es Funktionsäquivalente dafür gibt, also andere Regelungen, welche dieselbe Funktion erfüllen. So wird teilweise argumentiert, dass die präventiven berufsrechtlichen Regelungen in Deutschland in „angelsächsischen Ländern“ ihre Entsprechung in kompensatorischen Schadensersatznormen haben.¹⁸ Dieses Argument ist aber zumindest unter dem Gesichtspunkt zweifelhaft, dass in Deutschland nach allgemeiner Ansicht die Haftungsregeln für Rechtsanwälte und Ärzte sehr streng sind. Dagegen gab es für englische Barrister bis vor kurzem keine Haftpflicht gegenüber ihren Mandanten.

1.5.5 Beispiele für Marktunvollkommenheiten

1.5.5.1 Asymmetrische Informationen

916. Die Wirtschaftstheorie spricht von asymmetrischen Informationen, wenn bei einer Transaktion eine der beteiligten Personen über mehr Informationen als die andere verfügt. Das klassische Beispiel dazu stammt von George Akerlof und bezieht sich auf das Problem, dass der Verkäufer eines Gebrauchtwagens dessen Zustand besser einschätzen kann als der Käufer.¹⁹ Das Problem asymmetrischer Informationen besteht aber auch in vielen anderen Wirtschaftsbereichen. Insbesondere können auch freiberufliche Dienstleistungen davon betroffen sein, wenn die Nachfrager die Qualität der Leistung oder ihren Bedarf danach nicht hinreichend genau beurteilen können.²⁰

917. Asymmetrische Informationen liegen z. B. vor, wenn ein Auftraggeber nur unzureichend beurteilen kann, welche Qualität eine für ihn erbrachte Dienstleistung hat. Dies kann daran liegen, dass er die Beschaffenheit der an-

¹⁷ BVerfGE 76, 171 ff.

¹⁸ Metzler, Arno, Stellungnahme anlässlich der Anhörung der Europäischen Kommission, Brüssel, 28. Oktober 2003, „Regulierung der Freien Berufe und Verbraucherschutz“.

¹⁹ Akerlof, G., The Market for ‘Lemons’: Quality Uncertainty and the Market Mechanism, in: Quarterly Journal of Economics, Vol. 84, 1970, S. 488 ff.

²⁰ Anders als manchmal behauptet, liegen auf freiberuflichen Märkten nicht schon deshalb asymmetrische Informationen im Sinne der Wirtschaftstheorie vor, weil der Berufsträger über besondere Kenntnisse verfügt, die der Auftraggeber nicht hat. Es kommt darauf an, dass der Nachfrager die Qualität oder Notwendigkeit der Leistung nicht beurteilen kann.

gebotenen Ware oder die Qualifikation und die Fähigkeiten des Anbieters nicht hinreichend einschätzen kann, oder daran, dass er nicht beobachten kann, ob der Anbieter bei der Leistungserbringung die notwendigen Anstrengungen aufbringt. So wird es einem Laien regelmäßig schwer fallen zu überprüfen, ob die von einem Arzt empfohlene Therapie sinnvoll ist oder sein Anwalt bei der Prozessführung sorgfältig vorgeht; eine derartige Beurteilung könnte, wenn überhaupt, wiederum nur ein Fachmann vornehmen.

918. Dabei ist besonders problematisch, dass diese Beurteilungsprobleme teilweise auch nach dem Abschluss der Leistungserbringung fortbestehen, weil zwischen der Qualität der Leistung und dem gewünschten Erfolg oder einem eingetretenen Schaden nur ein unvollständiger Zusammenhang besteht. So kann ein Rechtsstreit auch bei sorgfältiger Prozessführung verloren gehen und eine Krankheit trotz der Fehldiagnose des Arztes von selbst heilen.

919. In solchen Situationen besteht die Gefahr, dass der Leistungserbringer weniger Qualität produziert als optimal wäre und die Kunden in Erwartung dieses Qualitätsmangels ihre Nachfrage nach dem Gut reduzieren. In Extremfällen kann dies dazu führen, dass der Markt für eine bestimmte Leistung vollständig zusammenbricht bzw. dass es für bestimmte Leistungen gar keinen Markt gibt.

920. Asymmetrische Informationen liegen aber auch dann vor, wenn der Kunde nur unzureichend beurteilen kann, ob und in welchem Umfang bei ihm Bedarf nach einer bestimmten Leistung besteht und ob er zur Beurteilung dieser Frage den Rat des Leistungserbringers in Anspruch nehmen muss. Der Kunde einer Autowerkstatt kann z. B. nur schwer beurteilen, ob die von der Werkstatt berechnete aufwendige Reparatur tatsächlich erforderlich war. Der Mandant eines Rechtsanwalts muss darauf vertrauen, dass die vom Rechtsanwalt empfohlene Klageerhebung überhaupt Aussicht auf Erfolg hat. Der Patient kann nicht beurteilen, ob eine vom Arzt vorgeschlagene Behandlung überhaupt notwendig ist. In solchen Situationen besteht die Gefahr, dass der Anbieter zu viele Leistungen erbringt, es z. B. zu sinnlosen Gerichtsverfahren und überflüssigen Behandlungen kommt und der Kunde bzw. ein Versicherer die Kosten dafür tragen muss.

921. Es ist deshalb denkbar, dass berufsrechtliche Regelungen durch die Existenz von asymmetrischen Informationen gerechtfertigt sind. Für einen Nachweis der Rechtfertigung ist aber zuerst zu prüfen, ob die betroffene Regelung überhaupt geeignet ist, dem durch asymmetrische Informationen ausgelösten Problem entgegenzuwirken. Dies ist bei vielen existierenden berufsrechtlichen Regelungen äußerst fraglich.

922. Auch ist zu bedenken, dass asymmetrische Informationen keine Besonderheit freiberuflicher Dienstleistungen sind, sondern auch in vielen Wirtschaftssektoren vorliegen, ohne dass diese ähnlich wettbewerbsbeschränkenden Regelungen unterliegen. Entsprechend muss deshalb auch stets gefragt werden, ob nicht Regeln der allgemeinen Rechtsordnung oder im Wettbewerb entstandene

Institutionen das Problem ausreichend abmildern können. Bei Anwälten ist z. B. das Zuraten zu einem aussichtslosen Prozess eine vertragliche Pflichtverletzung, die zu Schadensersatzansprüchen führen kann.

1.5.5.2 Externe Effekte

923. Wenn der Konsum oder die Produktion eines Gutes Auswirkungen auf unbeteiligte Dritte hat, spricht man von externen Effekten. Klassische Beispiele für negative externe Effekte sind die Emission von Lärm oder Abgasen, durch die andere gestört oder sogar geschädigt werden. Neben derartigen negativen Ausprägungen gibt es aber auch positive externe Effekte.

924. Auch bei freiberuflichen Dienstleistungen werden externe Effekte auftreten. Die Qualität einer freiberuflichen Dienstleistung kann Auswirkungen auf Personen haben, die außerhalb der Vertragsbeziehung zwischen Auftraggeber und Freiberufler stehen. Die fehlerhafte Prüfung eines Jahresabschlusses kann zu Verlusten bei den Gläubigern des geprüften Unternehmens führen, ein einstürzendes Gebäude die Öffentlichkeit gefährden. Die Entscheidung eines Rechtsstreits durch ein Obergericht schafft durch den „Präzedenzfall“ Information für die Beteiligten vergleichbarer Streitfälle, indem Rechtsunsicherheit verringert wird, ist also ein positiver externer Effekt.

925. Bei externen Effekten besteht das Problem, dass Produzenten und Konsumenten die Auswirkungen ihrer Entscheidungen auf Dritte nicht berücksichtigen. Berührt eine bestimmte Qualitätskomponente vor allem die Interessen Dritter, wird der Auftraggeber kaum bereit sein, dafür viel Geld zu bezahlen. Deshalb wird aus gesellschaftlicher Sicht zu wenig von dieser Qualitätskomponente produziert werden.

926. Der klassische Ansatz zur Lösung des Problems der externen Effekte besteht darin, dass der Staat die Verursachung von negativen externen Effekten besteuert und die Verursachung von positiven externen Effekten subventioniert. Daneben gibt es die Möglichkeit, handelbare Rechte zur Ausübung externer Effekte einzuführen. Ebenfalls denkbar ist es, die Verursachung bestimmter negativer externer Effekte vollkommen zu verbieten bzw. Vorschriften zu erlassen, die zur Berücksichtigung der Interessen Dritter zwingen. Im Bauwesen z. B. werden negative externe Effekte ästhetischer Art zumindest in Extremfällen durch die Verunstaltungsverbote in den Landesbauordnungen verhindert.²¹ Die negativen externen Effekte, die durch unsichere Gebäude entstehen, werden durch technische Sicherheitsstandards insbesondere in den Landesbauordnungen bekämpft.

1.5.5.3 Öffentliche Güter

927. Öffentliche Güter sind durch das Merkmal „Nicht-rivalität im Konsum“ gekennzeichnet. Nichtrivalität im Konsum bedeutet, dass der aus dem Konsum eines Gutes resultierende Nutzen nicht durch die Mitbenutzung durch

²¹ Vergleiche z.B. Artikel 11 BayBauO.

andere Personen beeinträchtigt wird. Die klassischen Beispiele für öffentliche Güter sind die Landesverteidigung oder der Impfschutz gegen bestimmte Krankheiten. Auch bei einigen freiberuflichen Leistungen wird ein Zusammenhang mit öffentlichen Gütern behauptet. So geht die Europäische Kommission davon aus, dass freiberufliche Dienstleistungen öffentliche Güter hervorbringen, die für die Gesellschaft als Ganzes von Wert sind.²² Als Beispiele für solche öffentlichen Güter nennt die Kommission die ordnungsgemäße Justizverwaltung (besser: „funktionsfähige Rechtspflege“) und die Schaffung eines qualitativ hochwertigen städtischen Umfelds.

928. Die Nichtrivalität öffentlicher Güter führt dazu, dass nur unzureichende Anreize für ihre private Erzeugung bestehen. Das gilt im Besonderen, wenn auch noch die Eigenschaft der Nichtausschließbarkeit hinzukommt. Nichtausschließbarkeit bedeutet, dass eine Ausschließung bestimmter Personen von der Nutzung eines Gutes nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand möglich ist.

929. Zwar kann der Bedarf nach öffentlichen Gütern einen legitimen Grund für staatliche Eingriffe in den Wettbewerb darstellen. Es ist jedoch problematisch, wenn sehr unbestimmte öffentliche Güter in die Diskussion eingeführt werden. Es besteht die Gefahr, dass bestimmte Schlagworte wie „Reibungslosigkeit des Rechtsverkehrs mit Behörden und Gerichten“²³ unreflektiert zu öffentlichen Gütern erklärt werden und als pauschale Rechtfertigung für Regelungen dienen, ohne dass im Einzelnen dargelegt wird, welche konkreten Vor- oder Nachteile damit gemeint sind.

1.5.6 Qualitätssicherung

930. Das wohl am häufigsten genannte Argument zur Rechtfertigung bestimmter berufsrechtlicher Regelungen ist, dass sie zur Qualitätssicherung auf einem von asymmetrischer Informationsverteilung gekennzeichneten Markt notwendig sind. Im Folgenden soll untersucht werden, inwiefern bestimmte Arten von Regelungen geeignet sind, dieses Ziel zu fördern.

931. Die meisten Freien Berufe sind dadurch gekennzeichnet, dass sie über eine geschützte Berufsbezeichnung verfügen, deren Verwendung Personen mit einer bestimmten Ausbildung vorbehalten ist. Vielen Freien Berufen sind zudem bestimmte Tätigkeiten vorbehalten, deren Ausübung nur den Berufsangehörigen gestattet ist. So ist die Ausübung der Heilkunde den Ärzten und Heilpraktikern vorbehalten,²⁴ und nur Rechtsanwälte und bestimmte andere Berufe sind zur geschäftsmäßigen Rechtsberatung und Rechtsbesorgung befugt.

²² Vergleiche Report on Competition in Professional Services, COM(2004) 83 final, Tz. 27. Die deutsche Version, die davon spricht, dass bestimmte freiberufliche Dienstleistungen öffentliche Güter seien, erscheint missverständlich, vgl. KOM(2004) 83 endg., a. a. O., Tz. 27.

²³ Ein traditionell genanntes Schutzgut des Rechtsberatungsgesetzes.

²⁴ Vergleiche § 1 Abs. 1 Gesetz über die berufsmäßige Ausübung der Heilkunde ohne Bestallung (Heilpraktikergesetz).

932. Grundsätzlich sind geschützte Berufsbezeichnungen und vorbehaltene Tätigkeitsbereiche geeignet, dem Problem asymmetrischer Informationsverteilung entgegenzuwirken. Die Auftraggeber können sich bei der Beauftragung eines Berufsangehörigen zumindest sicher sein, dass dieser einst die vorgeschriebene Ausbildung absolviert hat. Allerdings ist zu diskutieren, ob in diesen Fällen nicht das mildere Mittel des Schutzes der Berufsbezeichnung ausreicht. Vorbehaltene Tätigkeitsbereiche können wettbewerbspolitisch nur dann gerechtfertigt werden, wenn der Kreis der zugelassenen Personen und Ausbildungen hinreichend weit ist und Personen, die ausreichend qualifiziert sind, nicht ausgeschlossen werden.

933. Ein weiteres Mittel, um asymmetrischen Informationen entgegenzuwirken, ist die berufsrechtliche Festlegung bestimmter Qualitätsmerkmale. Als Beispiel ist zu denken an die Verpflichtung zur Verschwiegenheit bei heilkundlichen oder rechtsberatenden Berufen. Durch solche Regelungen werden Auftraggeber davor geschützt, dass der Dienstleistungserbringer bezüglich dieser Qualitätskomponente schlechte Arbeit erbringt. Zwar ist es denkbar, diese Qualitätsmerkmale bei der Auftragsvergabe festzuschreiben. Eine gesetzliche Festlegung hat aber den Vorteil, dass sie Transaktionskosten spart und Sanktionen vorsehen kann, die – wie etwa der Ausschluss aus dem Beruf – vertraglich nicht vereinbart werden können. Eine derartige Festschreibung ist gerechtfertigt, wenn anzunehmen ist, dass die überwiegende Zahl der Auftraggeber auf dieses Merkmal Wert legen.

934. Von Seiten der Berufsvertreter wird oft argumentiert, dass auch Mindestpreisregelungen zur Qualitätssicherung beitragen. Diese Argumente stellen typischerweise darauf ab, dass der Freiberufler dazu bereit ist, angemessene Qualität zu liefern, solange er dabei ein „auskömmliches“ Einkommen erzielen kann. Nur wenn die Preise aufgrund des Wettbewerbs so tief fallen, dass ein „auskömmliches“ Einkommen mit Qualitätsarbeit nicht mehr erzielt werden kann, wird an der Qualität gespart, indem schneller und weniger sorgfältig gearbeitet wird.

935. Die Argumentation lässt offen, woher die Bereitschaft zur Qualitätsarbeit kommt. Denn bei einer Mindestpreisregelung wird der Freiberufler weder durch den Wettbewerb noch durch die berufsrechtliche Regulierung selbst gezwungen, Qualitätsarbeit zu leisten. Zwar sollte die Möglichkeit einer außerökonomischen Motivation zur Qualitätsarbeit, z. B. aufgrund einer „Berufsehre“ oder durch „peer-pressure“, nicht sofort von der Hand gewiesen werden. Jedoch muss dann auch dargelegt werden, wie diese Motivation bei allen Berufsangehörigen sichergestellt bzw. den Berufseinsteigern vermittelt werden kann. Auch wenn dies gelingt, bleibt immer noch die Frage, wie sich das Berufsethos als Triebfeder freiberuflicher Tätigkeit zu dem natürlichen Gewinnstreben verhält, das auch Angehörigen Freier Berufe zu Eigen ist und das nicht mit dem Erreichen eines „auskömmlichen“ Einkommens zu wirken aufhört.

936. Auch sollte nicht übersehen werden, dass bei einem Marktzutritt, der nicht durch einen Numerus clausus

beschränkt ist, garantierte Mindestpreise keine Garantie eines „auskömmlichen“ Einkommens sind. Denn die Aussicht auf „auskömmliche“ Einkommen kann einen Beruf attraktiv für Neueinsteiger machen, was zu erhöhten Markteintritten führen würde, wodurch die Einkommen unter Druck gerieten. Ebenso kann die „Auskömmlichkeit“ der Einkommen durch einen Rückgang der Nachfrage gefährdet werden.

937. Ein anderes Argument zur Rechtfertigung von Mindestpreisregelungen stellt darauf ab, dass durch den Ausschluss des Preiswettbewerbs der Freiberufler zum Qualitätswettbewerb gezwungen werde. Da er nicht durch besonders niedrige Preise um Kunden werben könne, müsse er dies durch besonders qualitätsvolle Arbeit tun. Diese Argumentation erscheint zuerst einleuchtend, steht aber in einem Spannungsverhältnis zur Annahme von asymmetrischen Informationen. Denn damit Qualität ein Wettbewerbsparameter sein kann, müssen die Kunden zur Beurteilung der Qualität in der Lage sein. Folglich muss für dieses Argument unterstellt werden, dass die Kunden bei ihrer Entscheidung aus Sicht des Regulierers zu wenig Wert auf Qualität legen und sie deshalb durch die Regulierung auf ein höheres Qualitätsniveau gezwungen werden müssen. Dabei wird übersehen, dass eine Regulierung auch zu einem überhöhten Qualitätsniveau führen kann.

938. Qualitativ hochwertige Güter sind regelmäßig teurer als qualitativ niedrigere Varianten eines Gutes. Bei persönlich erbrachten Dienstleistungen folgt dies nicht nur aus dem höheren Zeitaufwand, sondern auch daraus, dass besonders befähigte Berufsangehörige höhere Opportunitätskosten für ihre Zeit haben. Wenn ein bestimmtes Gut nur in einer qualitativ hochwertigen, aber teuren Variante angeboten wird, werden möglicherweise viele Personen ganz auf dieses Gut verzichten, während sie bei einer qualitativ einfachen, aber billigeren Variante bereit wären, es zu konsumieren. Das Ziel eines hohen Qualitätsniveaus steht dann im Widerspruch zum Ziel eines breiten Zugangs zur betreffenden Leistung.

939. Zudem ist zu bedenken, dass „Qualität“ letztlich alle Eigenschaften umfasst, die vom Kunden irgendwie wertgeschätzt werden. Dazu gehören auch Eigenschaften wie die gefällige Verpackung bzw. – bei freiberuflichen Dienstleistungen – die elegante Einrichtung der Praxis- oder Kanzleiräume. Diese Qualitätsmerkmale können vom Nachfrager relativ einfach beurteilt werden und sind deshalb im „Qualitätswettbewerb“ von nicht unwesentlicher Bedeutung. Es gibt jedoch keinen Grund, diese Art von Qualitätswettbewerb durch die staatliche Untersagung von Preiswettbewerb besonders zu stärken.

1.5.7 Unvollständige Verträge

940. Ein weiterer Regulierungsgrund, der eng mit dem Informationsproblem zusammenhängt, ist der Wunsch, den Abschluss eines effizienten Vertrages zu erleichtern. Zur Veranschaulichung dient das Referenzmodell des vollständigen Vertrages. Ein solcher vollständiger Vertrag würde eine komplette Beschreibung des Vertragsgegenstandes und eine Zuordnung aller Risiken, die mit der

Durchführung des Vertrages verbunden sind, beinhalten.²⁵ Dies würde auch die vertragliche Reaktion auf sehr unwahrscheinliche Ereignisse einschließen. Die Aushandlung eines derartigen vollständigen Vertrages wäre mit prohibitiv hohen Kosten verbunden. Der Staat bietet durch die Bereitstellung von dispositivem Gesetzesrecht (gesetzliche Vertragsregeln, die von den Parteien abbedungen werden können) sowie der ergänzenden Vertragsauslegung durch die Gerichte Mechanismen an, die ein effizientes Schließen von Verträgen überhaupt erst ermöglichen. Viele dieser dispositiven Vertragsregeln gehören der allgemeinen Rechtsordnung an bzw. sind richterrechtliche Anpassungen der allgemeinen Rechtsordnung an die Besonderheiten eines bestimmten Sachgebietes, bei den Freien Berufen z. B. das besonders strenge Haftungsrecht für Rechtsanwälte.

941. Aber auch einige Regelungen der besonderen Berufsrechte können als Hilfsmittel für einen schnellen und kostengünstigen Vertragsabschluss gerechtfertigt werden. Zum Beispiel ermöglicht die Existenz einer Gebührenordnung, die als Referenztarif dient, dem Konsumenten den schnellen Abschluss eines Anwaltsvertrages, ohne zuvor aufwendige Erkundungen über das angemessene Honorar oder lange Verhandlungen mit dem Anwalt über Höhe und Struktur des Anwaltshonorars vornehmen zu müssen. Der Konsument kann sich darauf verlassen, dass die gesetzlichen Anwaltsgebühren zumindest im Regelfall nicht vollkommen unangemessen sind und dass die Gebührenordnung verhältnismäßige Anpassungen für die wichtigsten Eventualitäten eines Rechtsstreits enthält. Zudem wollen viele Menschen mit ihrem Arzt oder Anwalt nicht über Geld reden; die Gebührenordnung ermöglicht es, derartige Fragen aus der Beziehung zum Freiberufler herauszuhalten. Eine freiberufliche Gebührenordnung erleichtert möglicherweise auch den Abschluss von Versicherungsverträgen, die den Bedarf nach der geregelten Leistung abdecken sollen (Rechtsschutzversicherung, private Krankenversicherung). Der Versicherungsvertrag muss nicht ausführliche Regelungen zur Höhe der Versicherungsleistung im Einzelfall treffen, sondern kann auf die Gebührenordnung verweisen. Allerdings gibt es auch Versicherungszweige mit schwer zu definierender Leistungshöhe, die ohne Gebührenordnungen auskommen bzw. sie durch privatautonome Vereinbarungen mit den Leistungserbringern ersetzen.

942. Das Argument der Vertragsabschlusserleichterung reicht aber nur aus, um berufsrechtliche Regelungen zu rechtfertigen, die dispositiver Natur sind, also beispielsweise eine Gebührenordnung als Referenztarif, nicht aber zwingende Regelungen wie Höchst- oder Mindestpreise. Denn wenn die Parteien eines Vertrages übereinstimmend vom dispositiven Recht abweichen wollen, dann ist zu vermuten, dass diese Abweichung den Interessen der Parteien besser entspricht als die Regelung des dispositiven Rechts. Um zwingende Regeln des Vertragsrechts zu rechtfertigen, ist darüber hinaus ein Ungleichgewicht bei

²⁵ Vergleiche Schäfer, H.-B., Ott, C., Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Auflage, Berlin 2005, S. 401 ff.

den Informationskosten bezüglich der rechtlichen Regelungen notwendig, das dazu führt, dass der Wettbewerb verschiedener Anbieter mit dem Parameter Vertragsbedingungen nur schlecht funktioniert. In solchen Fällen wird es jedoch meist ausreichen, eine erschwerte Abdingbarkeit vorzusehen, wie dies in der allgemeinen Rechtsordnung z. B. für den Bereich der allgemeinen Geschäftsbedingungen gilt.²⁶ Außerdem sollten zwingende oder erschwert abdingbare Regelungen auf Fälle beschränkt bleiben, bei denen tatsächlich eine solche Asymmetrie anzunehmen ist. Das kann bedeuten, dass die Schutzvorschrift nur für Verträge mit Verbrauchern gilt, nicht dagegen für solche mit Unternehmen. Es ist eigenartig, dass viele freiberufliche Regelungen mit dem Argument des Verbraucherschutzes gerechtfertigt werden, obwohl sie unterschiedslos für Verbraucher und Unternehmer gelten.

943. Teilweise werden Vorschriften auch damit gerechtfertigt, dass sie eine Auftragsvergabe durch die öffentliche Hand erleichtern sollen. Derartige Regelungen, soweit sie denn gerechtfertigt sind, sollten jedoch als Sonderrecht für die öffentliche Verwaltung und nicht als allgemeine berufsrechtliche Preisregelungen ergehen.

1.6 Rechtfertigung durch Umverteilung

944. Neben der Existenz von Marktunvollkommenheiten wird auch der Gesichtspunkt der Verteilungsgerechtigkeit als Rechtfertigung für berufsrechtliche Regelungen genannt. Zwar wird dabei nicht die grundsätzliche Verteilung von Einkommen und Vermögen kritisiert. Es wird jedoch argumentiert, dass die betroffene freiberufliche Leistung etwas ist, das – bei Bedarf – allen Mitgliedern der Bevölkerung zur Verfügung stehen soll. Da der Wettbewerb ein derartiges Verteilungsergebnis nicht herstellen könne, müsse es durch staatlichen Eingriff sichergestellt werden. Der Gesichtspunkt der Verteilungsgerechtigkeit wird vor allem zur Rechtfertigung freiberuflicher Gebührenordnungen genannt. Nach Ansicht der Befürworter ermöglichen diese Regelungen eine Quersubventionierung zwischen Aufträgen, die für wirtschaftlich schwache Personen erbracht werden, und solchen für wirtschaftlich starke Personen.

945. Die Legitimität staatlicher Umverteilungsziele steht grundsätzlich außerhalb der Wettbewerbspolitik; sie werden vom demokratisch legitimierten Gesetzgeber innerhalb der verfassungsrechtlich gesetzten Grenzen festgelegt.²⁷ Wettbewerbspolitisch relevant ist aber die Frage, ob ein bestimmter staatlicher Eingriff, der den Wettbewerb beschränkt, überhaupt geeignet ist, das mit ihm angestrebte Umverteilungsziel zu erreichen. Auch ist zu überprüfen, wie ein gegebenes Umverteilungsziel möglichst wettbewerbsschonend bzw. möglichst effizient durchgeführt werden kann.

²⁶ Vergleiche §§ 305 bis 310 BGB.

²⁷ Für die Untergrenze staatlicher Umverteilung vgl. BVerfGE 82, 60, 80 (grundrechtlicher Anspruch auf die „Mindestvoraussetzungen für ein menschenwürdiges Dasein“), für eine Obergrenze vgl. BVerfGE 93, 121, 138 (Halbteilungsgrundsatz), vgl. aber auch BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 18. Januar 2006, 2 BvR 2194/99.

946. Vorrangiges Mittel staatlicher Umverteilung sollten die Institutionen des Steuer- und Sozialsystems sein. Sie greifen nicht direkt in den Markt- und Wettbewerbsprozess ein, sondern stellen wirtschaftlich schwachen Haushalten finanzielle Mittel zur Teilhabe am Marktgeschehen zur Verfügung.

947. Daneben gibt es besondere Systeme, die den Bedarf nach bestimmten Gütern abdecken. Diese Güter gelten als besonders förderungswürdig. Sie zeichnen sich auch dadurch aus, dass der Bedarf nach ihnen stark zufallsabhängig und nur schwer versicherbar ist (Gesundheitsdienstleistungen, Rechtsberatung). Teilweise sind mit ihnen auch externe Effekte oder strategische Momente verbunden.

948. Wettbewerbspolitisch scheint es geboten, den Prozess der Gütererzeugung möglichst weitgehend dem Wettbewerb zu überlassen und die Umverteilungsmaßnahmen im Wege des allgemeinen Steuer- und Sozialsystems durchzuführen. Dadurch können die Umverteilungsziele erreicht werden, ohne auf die effizienz- und innovationsfördernden Effekte des Wettbewerbs zu verzichten. Bestimmte Markteingriffe können aber in Situationen notwendig sein, in denen die öffentliche Hand bestimmte Güter oder Dienstleistungen beschafft bzw. die Kosten dafür übernimmt, da in solchen Fällen die Marktprozesse des individuellen Aushandelns nicht funktionieren.

949. Auch unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten erscheint es geboten, Umverteilungsziele mit Maßnahmen zu verwirklichen, die in möglichst geringem Maße in den Wettbewerb eingreifen. Denn das Grundgesetz sieht neben dem Sozialstaatsprinzip (Artikel 20 Abs. 1 GG) auch den grundrechtlichen Schutz der Berufsfreiheit (Artikel 12 GG) und der allgemeinen Vertragsfreiheit (Artikel 2 Abs. 1 GG) vor. Im Sinne einer praktischen Konkordanz zwischen konkurrierenden Verfassungsgütern sollten sozialstaatliche Ziele deshalb auf einem Weg angestrebt werden, der in möglichst geringem Maße in die Freiheitsrechte der Marktteilnehmer eingreift.

1.6.1 Quersubventionierung

950. Ein häufig genanntes Umverteilungsargument zugunsten von freiberuflichen Preisregelungen stellt darauf ab, dass Gebührenordnungen eine Quersubventionierung zu Gunsten einkommensschwacher Gruppen ermöglichen. Hohe Preise für Leistungen an zahlungskräftige Auftraggeber ermöglichen danach niedrige Preise für weniger begüterte Kundenschichten. Der einzelne Freiberufler wird also gleichsam zur Umverteilungsstelle.

951. Hier ist zum einen zu fragen, ob dieses System einer Quersubventionierung nicht schon dadurch unterlaufen werden kann, dass einzelne, besonders leistungsfähige Freiberufler wenig lukrative Aufträge grundsätzlich ablehnen oder – falls zulässig – nur für ein höheres Entgelt als gesetzlich vorgesehen ausführen. Zum anderen muss geklärt werden, ob es sich bei dem System tatsächlich um eine Quersubventionierung handelt oder ob nicht vielmehr einfach nur ein Fall einer gesetzlich vorgegebenen

nen Preisdiskriminierung vorliegt. Preisdiskriminierung, d. h. die Differenzierung von Preisen nach der Zahlungsfähigkeit des Kunden, kommt in vielen Bereichen vor und entspringt dem wirtschaftlichen Eigeninteresse des Anbieters.²⁸ Klassische Beispiele sind die Preisunterschiede zwischen First-, Business- und Economy-Class im Flugzeug, die in ihrer Höhe nicht durch Kostenunterschiede zu rechtfertigen sind, oder die Studentenermäßigung im Kino, die nur schwer mit einer generellen Bildungsfreundlichkeit der Kinobetreiber zu erklären ist. Zwar ist auf wenig konzentrierten Märkten wie denen für viele freiberufliche Leistungen eine Preisdiskriminierung als unkoordiniertes Marktverhalten nur schwer vorstellbar, da eine Preisdiskriminierung immer eine gewisse Marktmacht voraussetzt. Aber durch eine gesetzliche Preisregelung kann eine Preisdiskriminierung zum einheitlichen Marktverhalten aller Marktteilnehmer gemacht werden.

952. Wann kann man also tatsächlich von einer Quersubventionierung sprechen? Nach dem engen Begriff der Quersubventionierung²⁹ wird eine Leistung dann subventioniert, wenn sie zu einem Preis angeboten wird, der unterhalb der Kosten liegt, die die zusätzliche Erbringung der Leistung beim Anbieter verursacht (Grenzkosten der Leistung). Anders ausgedrückt, durch die Erbringung der Leistung entsteht kein positiver Deckungsbeitrag für den Anbieter. Für den Anbieter wäre es also besser, den Auftrag abzulehnen. Etwas anders ist es, wenn der Preis für eine Dienstleistung über den Grenzkosten, aber unter den Durchschnittskosten für eine derartige Tätigkeit liegt. Das bedeutet, der Anbieter erwirtschaftet zwar einen positiven Deckungsbeitrag mit diesem Auftrag, aber wenn der Anbieter nur derartige „schlechte“ Aufträge erhalten würde, könnte er mit diesen Deckungsbeiträgen die Kosten seines Unternehmens nicht decken. Wegen des positiven Deckungsbeitrages ist es für den Freiberufler trotzdem sinnvoll, den Auftrag anzunehmen, soweit er dafür Kapazitäten frei hat. Eine Quersubventionierung im engeren Sinn liegt dann aber nicht vor. Es ist ein normales, betriebswirtschaftlich sinnvolles Verhalten, Aufträge anzunehmen, deren Preis oberhalb der Grenzkosten, aber unterhalb der Durchschnittskosten liegt. Es ist denkbar, dass viele Aufträge, die angeblich quersubventioniert werden, nur zu dieser zweiten Kategorie gehören, aber nicht zur ersten.

1.6.2 Zwangsverträge

953. Ein weiteres Umverteilungsargument betrifft Regelungen, mit denen der Staat die eigene Beschaffung von privat erbrachten Leistungen einseitig regelt. Als Beispiel können die anwaltlichen Gebühren in Beratungshilfesachen dienen. Der Staat stellt wirtschaftlich bedürftigen Personen eine kostenlose oder subventionierte Rechtsberatung zur Verfügung. Dazu bedient er sich der Rechtsanwälte, die zur Erbringung dieser Beratung gesetzlich ver-

pflichtet sind. Für die Erbringung der Beratung erhält der betroffene Rechtsanwalt eine gesetzlich festgelegte Gebühr. Die Rechtfertigung für die gesetzliche Regelung dieser Gebühr liegt hier in der Einseitigkeit der Inanspruchnahme. Der Anwalt kann in diesem Fall nicht wie sonst vor Mandatsübernahme über den Preis verhandeln. Denn ein effektives Verhandeln setzt die Ablehnungsmöglichkeit oder eine andere Sanktionsmöglichkeit, z. B. die Möglichkeit einer Zwangsschlichtung, voraus. Hier aber ist der Anwalt gesetzlich zur Leistungserbringung verpflichtet. Ähnliche (gesetzliche oder kollektivvertragliche) Regelungen über die Vergütung von Leistungen bei Kontrahierungszwang finden sich auch in anderen Bereichen, z. B. im Gesundheitsbereich.

954. Die Notwendigkeit dieser Regelungen folgt aber nicht etwa aus dem freiberuflichen Charakter der Leistungen, sondern aus der besonderen Form der staatlichen Leistungsbeschaffung. Eine große Gruppe von Leistungserbringern wird durch den Staat zur Leistungserbringung an Dritte verpflichtet. Der „Abruf“ der konkreten Leistung erfolgt regelmäßig nicht durch den Staat selbst, sondern direkt durch den Begünstigten. Deshalb kann dieses Argument nicht zur Rechtfertigung von Gebührenregelungen außerhalb des „Zwangsbereiches“ verwendet werden.

1.6.3 Sicherstellung einer flächendeckenden Versorgung

955. Für manche berufsrechtlichen Regelungen wird auch angeführt, dass sie der Sicherstellung einer flächendeckenden Versorgung mit der betroffenen freiberuflichen Dienstleistung dienen. Anders als sonst bei Fragen der flächendeckenden Versorgung üblich geht es hier aber nicht um eine unternehmensinterne Quersubventionierung zugunsten weniger attraktiver Regionen. Vielmehr wird damit argumentiert, dass die betreffenden Regelungen die bestehende Struktur der Angebotsseite aus kleinen Unternehmen sicherstellen. Sollten diese Regelungen wegfallen, bestünde die Gefahr, dass der Markt von großen Unternehmen dominiert würde, welche die Versorgung weniger dicht besiedelter Regionen vernachlässigen würden.

956. Zwar ist es zutreffend, dass verstärkter Preiswettbewerb in einem Wirtschaftssektor zu einer Zunahme der Unternehmenskonzentration führen kann. Es ist aber widersprüchlich zu argumentieren, dass in einer Branche einerseits kleine Unternehmen keine Chance mehr haben und andererseits es Gegenden mit ernsthafter Unterversorgung geben soll. Dies übersieht, dass unterversorgter Bedarf auf der Nachfragerseite Chancen auf der Anbieterseite eröffnet, gerade auch für kleine Unternehmen. Es kommt hinzu, dass Festpreise falsche Anreize für die Standortwahl setzen. Denn gerade bei freigegebenem Preiswettbewerb besteht für Anbieter der Anreiz zur Ansiedlung in bisher unterversorgten Gegenden, in denen die Konkurrenz noch nicht so stark ist. Andererseits können zu hohe Festpreise zu einer Überversorgung in attraktiven Gegenden führen. Zwar kann die Zulassung von Preiswettbewerb zu unterschiedlichen Preisen in ver-

²⁸ Die § 19, 20 GWB und Artikel 82 EGV verbieten Preisdiskriminierung nur unter bestimmten zusätzlichen Voraussetzungen.

²⁹ Der weitere Begriff der Quersubventionierung ist vor allem für die Regulierung natürlicher Monopole relevant.

schiedenen Gegenden führen. Dies gilt aber auch für viele andere Güter. Es gibt keine Besonderheiten bei freiberuflichen Dienstleistungen, die hier eine „Tarifeinheit im Raum“ rechtfertigen würden.

1.7 Problematik der Selbstregulierung

957. Eine ebenfalls wichtige Frage bei der Regulierung Freier Berufe ist die Frage, wer mit der Ausgestaltung und Durchsetzung der Regelung zu betrauen ist. In Frage kommen entweder der Staat durch Gesetze und Rechtsverordnungen oder eine Berufsorganisation wie z. B. eine öffentlich-rechtliche Berufskammer (Selbstregulierung). Der Vorteil einer Selbstregulierung ist, dass die betroffene Berufsgruppe über eine hohe Sachkenntnis verfügt. Der Nachteil der Selbstregulierung liegt in der Gefahr, dass bei den Entscheidungen die Interessen der momentanen Berufsangehörigen im Vordergrund stehen und nicht unbedingt die von Nachfragern, konkurrierenden Berufen oder potentiellen Berufseinsteigern. So wird es regelmäßig im Interesse der aktuellen Berufsangehörigen liegen, den Zugang zum Beruf restriktiv auszugestalten, um die vorhandene Nachfrage nicht zu weit zu verteilen. Auch ist es denkbar, dass die Interessen von Minderheiten innerhalb der Berufsgruppe bei der Entscheidungsfindung übergangen werden.

958. Die Einführung einer Selbstregulierung eignet sich deshalb noch am ehesten für Bereiche, in denen nur die Interessen der Berufsangehörigen selber betroffen sind, oder für Bereiche, in denen die Interessen der Berufsgruppe mit denen der übrigen Bevölkerung parallel gehen. Die Selbstregulierung durch Berufskammern sollte sich also vor allem auf Themenfelder erstrecken, bei denen es um die Festsetzung und Überwachung von Qualitätsstandards beruflicher Arbeit geht. Daneben ist auch an eine stärkere Rolle der Berufsverbände im Bereich der außergerichtlichen Schlichtung von Streitigkeiten zwischen Auftraggebern und Berufsangehörigen zu denken. Dagegen ist Selbstregulierung, die primär die kommerziellen Aspekte der freiberuflichen Tätigkeit betrifft, z. B. über die Werbung, sehr kritisch zu sehen. Denn hier besteht eine besondere Gefahr von Wettbewerbsbeschränkungen zum Nachteil der Nachfrager.

1.8 Kartellrechtliche Beurteilung berufsrechtlicher Regelungen

959. Heute ist unbestritten, dass sich auch die Freien Berufe grundsätzlich im Anwendungsbereich des Kartellrechts befinden. Die ältere Auffassung, nach der die Freien Berufe wegen des ideellen, nichtwirtschaftlichen Charakters ihrer Tätigkeit grundsätzlich vom Kartellrecht ausgenommen sind, wird heute nicht mehr vertreten.

960. Zwei Gesichtspunkte sind allerdings fraglich: Inwieweit sind freiberufliche Regelungen wegen ihrer öffentlich-rechtlichen Form (Gesetz, Rechtsverordnung, Satzung) vom Kartellrecht ausgenommen und inwieweit rechtfertigen Besonderheiten einzelner Freier Berufe Ausnahmen vom Kartellrecht für einzelne berufsrechtliche Regelungen?

961. Dabei ist für die erste Frage zwischen europäischem und deutschem Kartellrecht zu unterscheiden. Zwar sind mit der Siebten GWB-Novelle, anlässlich des Inkrafttretens der VO 1/2003, die materiell-rechtlichen Bestimmungen des deutschen Kartellrechts an das europäische Wettbewerbsrecht angepasst worden. Es stellt sich jedoch die Frage, ob § 1 GWB die gleiche Vorrangwirkung vor anderen Regelungen hat wie Artikel 81 EGV.

1.8.1 Europäisches Kartellrecht

962. Das Kartellverbot des Artikel 81 Abs. 1 EGV richtet sich an Unternehmen und Unternehmensvereinigungen. Aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) ergibt sich, dass Angehörige Freier Berufe, die als Selbständige tätig sind, zu den Unternehmen im Sinne dieser Vorschrift zählen.³⁰ Der Gerichtshof stellt darauf ab, dass die selbständigen Angehörigen Freier Berufe – wie andere Unternehmen auch – Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anbieten. Die Komplexität der freiberuflichen Tätigkeit oder der Umstand, dass die Berufsausübung besonderen Regeln unterliegt, stehen der Unternehmenseigenschaft nicht entgegen. Die Berufsverbände der Freien Berufe sind Unternehmensvereinigungen; das gilt auch, wenn sie – wie z. B. die deutschen Berufskammern – in der Rechtsform einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft organisiert sind.

963. Bevor eine Regelung, die von einem Berufsverband erlassen wurde, am Maßstab des Artikel 81 EGV überprüft werden kann, muss untersucht werden, ob die Regelung als Beschluss einer Unternehmensvereinigung oder als staatliche Rechtsnorm einzustufen ist. Denn staatliche Rechtsnormen sind vom Anwendungsbereich des europäischen Wettbewerbsrechts ausgenommen. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs ist für eine Einstufung als staatliche Rechtsnorm erforderlich, dass der betroffene Mitgliedstaat bei der Übertragung von Rechtssetzungsbefugnissen auf einen Berufsverband Kriterien des Allgemeininteresses und wesentliche Grundsätze festsetzt, die bei der Rechtssetzung zu beachten sind, und die Letztentscheidungsbefugnis behält.³¹

964. Kommt man zu dem Ergebnis, dass es sich bei einer Regelung um den Beschluss einer Unternehmensvereinigung handelt, dann ist zu fragen, ob die Regelung eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt. Außerdem muss die Regelung geeignet sein, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, darf also nicht etwa nur lokale oder regionale Auswirkungen haben. Bei einer Regelung, die im gesamten Gebiet eines Mitgliedstaates gilt, geht der Gerichtshof ohne weiteres

³⁰ Vergleiche EuGH, Urteil vom 18. Juni 1998, Rs. C-35/96, Slg. 1998, I-3851, Kommission/Italien, Rn. 34 ff. (italienische Zollspediteure); EuGH, Urteil vom 12. September 2000, Rs. C-180/98 bis C-184/98, Slg. 2000, I-6451, Pavlov u.a., Rn. 74 ff. (Ärzte in den Niederlanden); EuGH, Urteil vom 19. Februar 2002, Rs. C-309/99, Slg. 2002, I-1577, Wouters, Rn. 45 ff. (Rechtsanwälte in den Niederlanden).

³¹ Wouters Rn. 68.

von einer Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels aus.³²

965. Wenn die oben genannten Voraussetzungen erfüllt sind, ist bei Berufsregeln die „Wouters-Ausnahme“ zu prüfen. In der Rechtssache „Wouters“ entschied der EuGH, dass Berufsregeln nicht im Anwendungsbereich des Artikel 81 EGV liegen, wenn sie erforderlich sind, um die ordnungsgemäße Ausübung des Berufes sicherzustellen. Dabei ist der konkrete rechtliche Rahmen, der für den betroffenen Freien Beruf gilt, zu berücksichtigen.

966. Sollte die Wouters-Ausnahme nicht greifen, muss schließlich noch geprüft werden, ob die Berufsregel gemäß Artikel 81 Abs. 3 EGV i.V.m. Artikel 1 Abs. 1 VO 1/2003 freigestellt ist. Das setzt gemäß Artikel 81 Abs. 3 EGV voraus, dass die Regelung zur Verbesserung von Produktion oder Verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beiträgt und die Verbraucher an dem entstehenden Gewinn angemessen beteiligt werden. Jedoch darf die Regelung den Berufsangehörigen nur Beschränkungen auferlegen, die für die Verwirklichung dieser Ziele notwendig sind, und es darf nicht zu einer Ausschaltung des Wettbewerbs für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren kommen.

967. Noch nicht wirklich geklärt ist, in welchem Verhältnis die Wouters-Ausnahme zum Freistellungsbestand des Artikel 81 Abs. 3 EGV steht. Beide Rechtsinstitute ermöglichen es, wettbewerbsbeschränkende Regelungen durch Berufung auf andere Interessen zu rechtfertigen. Die Einführung der Wouters-Ausnahme als Tatbestandsrestriktion mag damit zu erklären sein, dass zum Zeitpunkt der Entscheidung die mit der VO 1/2003 verbundene Reform des europäischen Kartellrechts noch nicht in Kraft getreten war. Unter dem damals noch geltenden präventiven Anmelde- und Genehmigungsverfahren hätten dann alle von Kammern oder Verbänden gesetzten berufsrechtlichen Regelungen bei der Kommission angemeldet werden müssen, um eine Freistellung nach Artikel 81 Abs. 3 EGV zu erhalten. Diese Konsequenz wollte der Gerichtshof offensichtlich vermeiden. Da inzwischen aber das Prinzip der Legal Ausnahme gilt, ist zu überlegen, ob die Wouters-Ausnahme überflüssig geworden ist.

968. Zwar sind in Deutschland die meisten berufsrechtlichen Regelungen in Form von Gesetzen oder Rechtsverordnungen ergangen, werden also nicht direkt von Artikel 81 Abs. 1 EGV erfasst. Es gibt jedoch auch Berufsordnungen, die in der Form von Satzungen durch Berufskammern erlassen werden.³³ Diese unterliegen grundsätzlich einer Prüfung nach Artikel 81 EGV. Denn diese Satzungen sind nach der Rechtsprechung des EuGH als Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen zu charakterisieren. Das folgt daraus, dass sie allein von Berufsvertretern beschlossen werden und es kein staatliches Letztentscheidungsrecht gibt. Zwar wird teilweise vertreten,

dass durch gesetzliche Bestimmungen, welche die Berufsordnung auf bestimmte Themengebiete beschränken und eine staatliche Rechtsaufsicht vorsehen, diese Regelungen den Charakter von staatlichen Rechtsnormen erhalten.³⁴ Dies kann nach Ansicht der Monopolkommission jedoch nicht überzeugen. Denn trotz dieser Vorschriften besteht immer noch ein erheblicher Gestaltungsspielraum der Berufskammern innerhalb der gesetzlich gezogenen thematischen Grenzen, und die staatliche Rechtsaufsicht erstreckt sich nur auf die Kontrolle der Einhaltung der rechtlichen Grenzen und nicht auf Zweckmäßigkeitserwägungen. In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass die Berufskammern ja nicht verpflichtet sind, jede verfassungsrechtlich zulässige Beschränkung der Berufsfreiheit zu erlassen.

969. Nach Artikel 5 VO 1/2003 sind die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten, in Deutschland also das Bundeskartellamt und die Landeskartellbehörden, grundsätzlich für die Anwendung des Artikel 81 EGV im Einzelfall zuständig. Diese Behörden sind folglich befugt, in Satzungsform ergangene Berufsordnungen auf ihre Konformität mit dem europäischen Wettbewerbsrecht zu überprüfen. Falls Bestimmungen dieser Berufsordnungen gegen das europäische Wettbewerbsrecht verstoßen, kann die zuständige Behörde die Aufhebung dieser Regelung verlangen. Zudem kann sie gegen Berufsverbände oder Berufskammern vorgehen, die europarechtswidrige Berufsordnungen gegenüber ihren Mitgliedern durchzusetzen versuchen.

970. Neben der kartellrechtlichen Verantwortlichkeit der Berufsverbände für die von ihnen gesetzten Berufsregeln gibt es im europäischen Wettbewerbsrecht auch noch eine Verantwortlichkeit des Mitgliedstaates für bestimmte, von ihm gesetzte, wettbewerbsbeschränkende Rechtsnormen. Zwar sind, wie oben erwähnt, staatliche Rechtsnormen (Gesetze und Rechtsverordnungen) grundsätzlich vom Geltungsbereich des europäischen Kartellrechts ausgenommen. Nach der Rechtsprechung des EuGH verletzt ein Mitgliedstaat jedoch seine Loyalitätspflicht aus Artikel 10 EGV, wenn er gegen Artikel 81 EGV verstoßende Kartellabsprachen vorschreibt oder erleichtert oder die Auswirkungen solcher Absprachen verstärkt.³⁵ Ein solcher Verstoß setzt jedoch stets einen Zusammenhang mit einem kartellrechtswidrigen Verhalten von Unternehmen voraus.³⁶ Es reicht also nicht aus, dass eine staatliche Rechtsnorm wie z. B. eine Mindestpreisregelung die gleiche Wirkung wie ein privates Kartell hat. Nach europäischem Kartellrecht ist es einem Mitgliedstaat also nicht erlaubt, ein Abweichen von einer privaten Preisabsprache zu verbieten, er darf aber selber eine staatliche Preisregelung einführen.

³² Wouters Rn. 95.

³³ Bei den Rechtsanwälten gibt es eine besondere Satzungsversammlung bei der Bundesrechtsanwaltskammer, welche die Berufsordnung erlässt.

³⁴ Vergleiche Eichele, W., Happe, E., Verstoßen die BORA und die FAO gegen das europäische Kartellrecht?, in: Neue Juristische Wochenschrift, Jg. 56, 2003, S. 1214 ff., 1218.

³⁵ Ständige Rechtsprechung, vgl. EuGH, Urteil vom 9. September 2003, Rs. C-198/01, Slg. 2003, I-8055, Cif, Rn. 46.

³⁶ EuGH, Urteil vom 17. November 1993, Rs. C-2/91, Slg. 1993, I-5751, Meng, Rn. 22.

971. Berufsrechtliche Regelungen mit gleichem Inhalt werden also unterschiedlich behandelt, je nachdem ob es sich um staatliche Rechtsnormen (Gesetze oder Rechtsverordnungen) oder um von Berufsverbänden (seien es öffentlich-rechtliche oder private) gesetzte Regeln handelt. Die Monopolkommission hat sich bereits im Achten Hauptgutachten kritisch mit dieser Bevorzugung staatlicher Regelungen auseinandergesetzt. Sie hinterfragte damals die wettbewerbspolitische Sinnfälligkeit dieser Unterscheidung. Die wettbewerbliche Wirkung staatlicher Rechtsnormen sei ungleich gravierender als die bloße Förderung privater Wettbewerbsbeschränkungen, da private Kartelle einem ständigen Erosionsprozess durch Außenseiter und Geheimwettbewerb ausgesetzt seien, während staatliche Regulierung dauerhaft und umfassend Wettbewerb durch bürokratische Regulierung ersetze.³⁷

972. Jedoch kann die vom EuGH gemachte Unterscheidung damit erklärt werden, dass eine uneingeschränkte Anwendung von Artikel 81 EGV auf staatliche Rechtsnormen letztlich fast die gesamte Wirtschaftsgesetzgebung der Mitgliedstaaten dem Anwendungsbereich des europäischen Kartellrechts unterwerfen würde, was dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung widerspräche. Diese Ausnahme für staatliche Rechtsnormen sollte jedoch nicht als wettbewerbspolitischer Freibrief verstanden werden. Zum einen bleibt es bei der Anwendbarkeit des übrigen Gemeinschaftsrechts, insbesondere der Grundfreiheiten. Zum anderen bedeutet die weitgehende Ausnahme staatlicher Rechtsnormen vom europäischen Kartellrecht, dass der EuGH von den Mitgliedstaaten erwartet, dass sie Eingriffe in den Wettbewerb in eigener Verantwortung sorgfältig bedenken und nur bei Vorliegen gewichtiger Gründe vornehmen. Der Anwendungsbereich des Wettbewerbsrechts mag hier aufhören, der Bereich der Wettbewerbspolitik fängt gerade erst an.

1.8.2 Deutsches Kartellrecht

973. Bei der Betrachtung des deutschen Kartellrechts ist zu unterscheiden zwischen der Rechtslage vor und nach der Siebten GWB-Novelle, wobei für die Rechtslage nach der Novelle noch einige Fragen offen sind.

974. Bereits vor der Siebten GWB-Novelle galt auch im deutschen Recht, dass die Angehörigen der Freien Berufe vom Unternehmensbegriff des § 1 GWB erfasst werden und dass ihre Berufsverbände und Berufskammern Unternehmensvereinigungen im Sinne dieser Vorschrift sind. Jedoch war der Wirkungsbereich des alten GWB gegen berufsrechtliche Wettbewerbsbeschränkungen stark begrenzt. Denn nach ständiger Amtspraxis und Rechtsprechung war eine Anwendung des GWB insoweit ausgeschlossen, als Landesrecht in zulässiger Weise den Wettbewerb der Berufsangehörigen beschränkte.³⁸ Konsequenz dessen war, dass die wettbewerbsrechtlichen Verbotsnormen des GWB nicht nur durch staatliche

Rechtsnormen (Gesetze und Rechtsverordnungen), sondern auch durch öffentlich-rechtliche Satzungen der Berufskammern verdrängt wurden. Zwar wurden solche Satzungen im kartellrechtlichen Verfahren auf ihre Übereinstimmung mit höherrangigem Recht, insbesondere Artikel 12 GG, überprüft. War die Satzung wegen eines Verstoßes gegen höherrangiges Recht nichtig, dann konnte sie auch das GWB nicht verdrängen. Am Maßstab des GWB geprüft wurden berufsrechtliche Satzungen jedoch nicht.

975. Dies könnte sich durch die Siebte GWB-Novelle geändert haben. Diese Novelle ist vor allem eine Reaktion auf die Reform des europäischen Kartellrechts durch die VO 1/2003. Mit dem Inkrafttreten dieser Reform gilt für zwischenstaatliche Sachverhalte im Ergebnis ein absoluter Vorrang des Gemeinschaftsrechts. Die Zulässigkeit von wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen, die geeignet sind, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen (Zwischenstaatlichkeitsklausel), richtet sich im Ergebnis allein nach Gemeinschaftsrecht. Um die Rechtsunsicherheit zu vermeiden, die durch die begriffliche Unschärfe der Zwischenstaatlichkeitsklausel entsteht, sieht der Gesetzgeber eine weitestgehende Übernahme des europäischen Wettbewerbsrechts vor.³⁹ Es soll nach dem Konzept der Novelle ganz regelmäßig nicht darauf ankommen, ob ein bestimmter Sachverhalt in den Anwendungsbereich des europäischen Wettbewerbsrechts oder allein in den des deutschen GWB fällt. Zur Erreichung dieses Zieles wird das deutsche dem europäischen Recht inhaltlich fast vollständig angeglichen.

976. Es fragt sich, welche Auswirkungen diese Harmonisierung auf die kartellrechtliche Behandlung von berufsständischen Regelungen in Form von Rechtsnormen hat. Diese Frage ist vor allem für berufsrechtliche Regelungen auf der Ebene des Landesrechts relevant, da bei bundesweiten Regelungen stets ein zwischenstaatlicher Sachverhalt vorliegen dürfte und damit der Vorrang des Europarechts gilt.

977. Nach Ansicht der Monopolkommission kann aus der Angleichung des deutschen Rechts an das europäische nur der Schluss gezogen werden, dass die Behandlung von Wettbewerbsbeschränkungen in Form von berufsrechtlichen Regelungen in Zukunft nach den Grundsätzen des europäischen Kartellrechts zu erfolgen hat. Insbesondere ist die Abgrenzung zwischen staatlichen Rechtsnormen und Beschlüssen von Unternehmensvereinigungen nach europäischen Grundsätzen vorzunehmen. Dementsprechend können Gesetze und Rechtsverordnungen auch weiterhin als staatliche Rechtsnormen eingestuft werden und sind damit vom Wettbewerbsrecht ausgeschlossen. Dagegen können berufsrechtliche Satzungen gemäß den oben dargestellten Grundsätzen als Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen eingeordnet werden. Das bedeutet, dass berufsrechtliche Satzungen auch auf der Grundlage von Landesrecht seit dem Inkraft-

³⁷ Vergleiche Monopolkommission, Wettbewerbspolitik vor neuen Herausforderungen, Hauptgutachten 1988/1989, Baden-Baden 1990, Tz. 1150 f.

³⁸ Vergleiche BGH WuW/E 1474, 1477, WuW/E 2326, 2328; BGH, Beschluss vom 19. März 1991, KVR 4/98, WRP 1991, 393, 395.

³⁹ Vergleiche Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drs. 15/3640, S. 24.

treten der Siebten GWB-Novelle neben dem Grundgesetz auch an § 1 GWB zu messen sind. Daraus folgt ein noch strengerer Prüfungsmaßstab, da eine Prüfung auch nach § 1 GWB eine Berücksichtigung spezifisch wettbewerblicher Gesichtspunkte zulässt.

978. Im Ergebnis ist festzustellen, dass berufsrechtliche Satzungen und auf ihrer Grundlage ergangene Maßnahmen von Berufskammern unabhängig davon, ob sie auf Bundes- oder Landesrecht beruhen, am Maßstab der Verbotsnormen des Artikel 81 EGV bzw. des § 1 GWB zu messen sind. Als Gegennormen stehen Artikel 81 Abs. 3 EGV bzw. § 2 GWB und möglicherweise die Wouters-Ausnahme zur Verfügung.

1.9 Grundfreiheiten

979. Neben dem Kartellrecht sind bei der rechtlichen Bewertung von Wettbewerbsbeschränkungen bei Freien Berufen auch noch die Grundfreiheiten des EG-Vertrages zu beachten. Im Gegensatz zum Kartellrecht sind diese Regeln auf staatliche Rechtsnormen uneingeschränkt anwendbar. Jedoch erfassen die Grundfreiheiten nicht alle wettbewerbsbeschränkenden Regelungen, sondern nur solche, die zu einer Benachteiligung von – im weiteren Sinne – grenzüberschreitenden Aktivitäten führen.

980. Dabei kommen je nach der Tätigkeit des betroffenen Freien Berufes und der relevanten Regelung verschiedene Grundfreiheiten in Betracht. Die Tätigkeit der Apotheker als Einzelhandel z. B. wird vor allem durch die Warenverkehrsfreiheit betroffen. Hier führte in jüngerer Zeit die Überprüfung deutscher Regelungen an den Grundfreiheiten bereits zu zwei Gesetzesänderungen. So entschied der EuGH Ende 2003, dass ein Verbot des Versandhandels mit nicht verschreibungspflichtigen Arzneimitteln gegen den Grundsatz der Warenverkehrsfreiheit verstößt.⁴⁰ Mitte 2005 wurde die deutsche Regelung, nach der ein Krankenhaus nur durch eine Apotheke mit Sitz im selben oder in einem benachbarten Landkreis mit Arzneimitteln versorgt werden darf, vom Gesetzgeber aufgehoben. Die Europäische Kommission hatte zuvor ein Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet, weil sie diese Vorschrift für mit der Warenverkehrsfreiheit unvereinbar hielt.

981. Die Niederlassungsfreiheit bzw. die Arbeitnehmerfreizügigkeit sind betroffen, wenn ein Angehöriger eines Freien Berufes in einem anderen Mitgliedstaat dauerhaft als Selbständiger oder Angestellter tätig sein will. Die Dienstleistungsfreiheit erfasst Sachverhalte, in denen ein Auftraggeber einen Angehörigen eines Freien Berufes mit Sitz in einem anderen Mitgliedsstaat beauftragen will, z. B. wenn ein deutsches Unternehmen einen französischen Architekten mit der Planung eines Gebäudes beauftragt. Die Kapitalverkehrsfreiheit schließlich kann betroffen sein, wenn ausländischen Investoren die Beteiligung

an einem inländischen freiberuflichen Unternehmen erschwert wird.

982. Wie bereits erwähnt, erfassen die Grundfreiheiten nur Regelungen, die grenzüberschreitende Vorgänge beschränken. Dies ist ohne weiteres der Fall, wenn eine Benachteiligung direkt an die Staatsangehörigkeit eines der Betroffenen oder an den grenzüberschreitenden Charakter der Tätigkeit anknüpft. Aber auch Regelungen, die formal keinen Unterschied zwischen inländischen und ausländischen Marktteilnehmern machen, können ein Eingriff in eine Grundfreiheit sein, wenn sie ausländische Marktteilnehmer oder grenzüberschreitende Transaktionen stärker belasten als inländische Vorgänge. So war z. B. in Deutschland der Versandhandel mit Arzneimitteln sowohl für inländische als auch ausländische Apotheken verboten. Der Gerichtshof argumentierte jedoch, dass trotzdem ein Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit vorgelegen habe. Denn durch die Regelung würden ausländische Apotheken stärker belastet als inländische, da ihnen damit die einzige praktische Möglichkeit, auf dem deutschen Markt Endverbraucher zu beliefern, verweigert werde.⁴¹

983. In jüngster Zeit ist verstärkt diskutiert worden, inwieweit freiberufliche Gebührenregelungen einen Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit darstellen. Diese Gebührenregelungen gelten oft gleichermaßen für inländische und ausländische Leistungserbringer. So gilt z. B. die deutsche Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) für Bauvorhaben im Inland, auch wenn die Leistung durch einen ausländischen Architekten erbracht wird.⁴² Bei Rechtsanwälten wird das Verbot von Erfolgshonoraren auch bei ausländischen Anwälten für anwendbar gehalten, die in Deutschland auftreten.

984. Zwar sind derartige Gebührenregelungen keine Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit oder des Wohnsitzes. Trotzdem können sie eine Behinderung grenzüberschreitender Tätigkeiten darstellen. So verhindern z. B. die Mindestgebührenregelungen, dass ausländische Dienstleistungsanbieter bei der Preiskalkulation das niedrigere Kostenniveau ihres Heimatlandes nutzen können. Ausländische Dienstleistungsanbieter werden gerade am Anfang besonders auf Preisvorteile angewiesen sein, um ihr noch neues Angebot auf dem Inlandsmarkt zu etablieren. Analog werden in Deutschland ansässige Dienstleistungsanbieter bei Auftritten im Ausland benachteiligt, soweit sie dort an die deutschen Gebührenregelungen gebunden sind. Daneben ist zu bedenken, dass die Abrechnung nach spezifischen Gebührenordnungen beim Leistungserbringer mit zusätzlichem Aufwand verbunden ist. Er muss sich mit den Regelungen der Gebührenordnung vertraut machen und sicherstellen, dass Kalkulation und Rechnungsstellung ihren Anforderungen genügen. Diese Belastung wird besonders schwer wiegen, wenn in seinem Heimatland eine derartige Gebührenordnung unüblich ist und stattdessen Abrechnungen nach Zeithonorar und Erfolgshonorare üblich sind. Es wird deshalb vertre-

⁴⁰ EuGH, Urteil vom 11. Dezember 2003, Rs. C-322/01, Slg. 2003, I-14887, Deutscher Apothekerverband/DocMorris und Jacques Waterval.

⁴¹ Vergleiche ebenda, Rn. 74.

⁴² Vergleiche BGHZ, 154, 110, 115 f.

ten, dass derartige Gebührenordnungen Einschränkungen der Dienstleistungsfreiheit sind.⁴³

985. Soweit man einen Eingriff in eine Grundfreiheit, insbesondere die Dienstleistungsfreiheit bejaht, muss geprüft werden, ob bestimmte implizite und explizite Ausnahmen zu den Grundfreiheiten greifen. Bei der Warenverkehrsfreiheit ist zuerst die Keck-Rechtsprechung zu beachten. Danach sind „bestimmte Verkaufsmodalitäten“ vom Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit ausgenommen, solange sie inländische und ausländische Erzeugnisse in gleicher Weise betreffen.⁴⁴ Diese Ausnahme erfasst aber bei weitem nicht alle den Verkauf betreffenden Regelungen, sondern vor allem Regelungen über den Einzelhandel und die Werbung (Ladenschlusszeiten, Verbot des Verkaufs unter Einstandspreis etc.). So sind nach Ansicht des EuGH die Regelungen über den Versandhandel mit Arzneimitteln keine bloßen Verkaufsmodalitäten, da sie den Marktzugang für ausländische Arzneimittel stärker behindern können als für inländische. Dagegen dürften z. B. die deutschen Regelungen über die Apothekenpflicht von Arzneimitteln unter die Keck-Rechtsprechung fallen.⁴⁵ Ob die Grundsätze der Keck-Entscheidung auch auf die anderen Grundfreiheiten anwendbar sind, ist zweifelhaft und wurde vom EuGH bisher noch nicht entschieden.⁴⁶

986. Daneben können Eingriffe in die Grundfreiheiten dann gerechtfertigt sein, wenn sie durch „zwingende Allgemeininteressen“ gerechtfertigt sind. Voraussetzung für eine Rechtfertigung ist, dass der fragliche Gemeinwohlgrund im EG-Vertrag genannt ist oder vom EuGH als sonstiges „zwingendes Allgemeininteresse“ anerkannt wird. Die getroffene Regelung muss zudem verhältnismäßig sein. Insbesondere muss dem betroffenen Allgemeininteresse nicht schon durch Rechtsvorschriften aus dem Heimatland des Leistungserbringers Rechnung getragen werden.⁴⁷

987. Eine solche Rechtfertigung hat der EuGH für die Vorschriften des deutschen Rechtsberatungsgesetzes angenommen. Das Rechtsberatungsgesetz behält die gerichtliche Einziehung fremder Forderungen den Rechtsanwälten vor. Dieser Vorbehalt behindert nach Ansicht des EuGH zwar die Tätigkeit ausländischer Inkassounternehmen in Deutschland und greift damit in die Dienstleistungsfreiheit ein. Er sei jedoch durch die von der deutschen Regierung verfolgten Ziele des Schutzes der

Dienstleistungsempfänger und der Rechtspflege gerechtfertigt.⁴⁸

2. Rechtsanwälte

2.1 Aktuelle Situation des Rechtsanwaltsberufes

988. Gemäß § 3 BRAO sind die Rechtsanwälte unabhängige Berater und Vertreter in allen Rechtsangelegenheiten. Sie sind insbesondere zur Hilfeleistung in Steuer-sachen befugt und dürfen Nebentätigkeiten ausüben, die mit dem Anwaltsberuf vereinbar sind. Schon seit längerer Zeit besteht ein deutlicher Trend weg vom Allgemeinanwalt und hin zum spezialisierten Anwalt. Diese Spezialisierung kann sich im Erwerb einer förmlichen Fachanwaltsbezeichnung ausdrücken, muss dies aber nicht. Ein weiterer Trend ist die stärkere Betonung der außergerichtlichen Rechtsberatung und Rechtsgestaltung im Gegensatz zur klassischen forensischen Tätigkeit.

989. Die Anwaltszahlen in Deutschland sind in den letzten Jahrzehnten enorm gestiegen. Seit Gründung der Bundesrepublik hat sich die Zahl der Rechtsanwälte mehr als verzehnfacht. Waren 1950 erst 12 844 Rechtsanwälte zugelassen, verdoppelte sich diese Zahl in den nächsten 25 Jahren auf 26 854 Rechtsanwälte und verdoppelte sich bis 1989 erneut auf 54 108. Die nächsten Jahre waren von einem weiteren deutlichen Anstieg gekennzeichnet, wobei jedoch die bisherige Unterversorgung in den neuen Bundesländern zu bedenken ist. Die Marke von 100 000 Anwälten wurde im Jahr 2000 überschritten. Ende 2005 wurden 138 104 zugelassene Rechtsanwälte gezählt.⁴⁹

990. Diese Entwicklung muss jedoch in Relation gesetzt werden zur zunehmenden Verrechtlichung aller Lebensbereiche, zum gestiegenen Einkommensniveau, das zu höherer Nachfrage nach Rechtsdienstleistungen geführt haben wird, sowie zur allgemeinen Entwicklung der Wirtschaftsstruktur hin zu Dienstleistungen. Auch muss bedacht werden, dass ein Teil der Rechtsanwälte im Hauptberuf bei einem Arbeitgeber fest angestellt ist und den Beruf des Rechtsanwalts nur als Nebentätigkeit ausübt.⁵⁰

991. Im europäischen Vergleich liegt die deutsche Anwaltsdichte mit 651 Einwohner pro Rechtsanwalt auch nur im Mittelfeld. Zwar haben Länder wie Frankreich (1 466 Einwohner pro Rechtsanwalt) oder Österreich (1 806 Einwohner pro Rechtsanwalt) eine deutlich niedrigere Anwaltsdichte als Deutschland. Dafür ist in einigen südeuropäischen Ländern (z. B. Italien mit 448 oder Spanien mit 390 Einwohnern pro Rechtsanwalt), aber auch in Großbritannien (502 Einwohner pro Rechtsanwalt) oder

⁴³ Vergleiche z.B. den Schlussantrag von Generalanwalt Maduro in Bezug auf die italienische Gebührenordnung für Rechtsanwälte, in den Rs. C-94/04 und C-202/04, Cipolla, Rn. 65. In einer Entscheidung aus dem Jahr 2003 hat der Bundesgerichtshof einen Verstoß der HOAI gegen die Dienstleistungsfreiheit erwogen, vgl. BGHZ 154, 110 ff.

⁴⁴ EuGH, Urteil vom 24. November 1993, Rs. C-267/91 und C-268/91, Slg. 1991, I-6126, 6131, Keck und Mithouard.

⁴⁵ Rechtmäßig ist die Apothekenpflichtigkeit von Babynahrung in Griechenland, EuGH, Urteil vom 29. Juni 1995, Rs. C-391/92, Slg. 1995, I-1621, Kommission/Griechenland.

⁴⁶ Offen gelassen in EuGH, Urteil vom 10. Mai 1995, Rs. C-384/93, Slg. 1995, I-1141, Alpine Investments, Rn. 35 ff.

⁴⁷ EuGH, Urteil vom 12. Dezember 1996, Rs. C-3/95, Slg. 1996, I-6511, Reisebüro Broede, Rn. 28.

⁴⁸ Vergleiche ebenda, Rn. 41.

⁴⁹ Bundesrechtsanwaltskammer <http://www.brak.de/seiten/pdf/Statistiken/GesamtzahlenRAe.pdf>.

⁵⁰ Nach einer Untersuchung liegt die Zahl dieser Syndikusanwälte aber nur bei 6 Prozent. Dagegen gingen frühere Schätzungen von 15 Prozent bis 25 Prozent aus. Vergleiche Hommerich, C., Prütting, H., Das Berufsbild des Syndikusanwalts, Bonn 1998, S. 97 f.

den USA (270 Einwohner pro Rechtsanwalt) die Anwaltsdichte noch höher als in Deutschland.⁵¹

992. Bei der räumlichen Verteilung der Anwälte in Deutschland ist eine deutliche Konzentration auf die Großstädte feststellbar. Dagegen liegt die Anwaltsdichte in den neuen Bundesländern noch deutlich unter dem Bundesdurchschnitt.

2.2 Geschichtliche Entwicklung der Regelungen

993. Ein einheitliches Anwaltsrecht gibt es in Deutschland seit der Rechtsanwaltsordnung von 1878 (RAO), welche die davor bestehenden landesrechtlichen Regelungen ablöste. Eine wesentliche Errungenschaft der RAO war die Einführung der „freien Advokatur“. Das bedeutete, dass die Rechtsanwälte nicht länger Staatsdiener waren und keine Beschränkung der Zahl der zugelassenen Rechtsanwälte mehr stattfand. Zuvor waren die Rechtsanwälte regelmäßig „Staatsdiener im weiteren Sinne“ gewesen. Sie wurden zwar nicht wie Beamte besoldet, sondern von den Mandanten gemäß den landesrechtlichen Gebührenregelungen bezahlt; jedoch unterlagen sie einem speziellen Disziplinarregime, und ihre Anstellung erfolgte auf zahlenmäßig begrenzte Anwaltsstellen. Dagegen begründete die RAO einen Anspruch auf Zulassung zur Anwaltschaft für jeden, der die persönlichen, insbesondere bildungsmäßigen Voraussetzungen erfüllte.

Durch die Rechtsanwaltsgebührenordnung von 1879 wurde auch für die Vergütung des Anwalts eine einheitliche Regelung getroffen. Die vorher geltenden landesrechtlichen Regelungen waren stark unterschiedlich und reichten von einer völlig freien Gebührenvereinbarung bis zu ausschließlich festen Gebühren. Das neue Gesetz sah streitwertabhängige Gebührensätze vor, erlaubte aber auch eine Honorarvereinbarung, allerdings nur in schriftlicher Form. Der Anwendungsbereich dieses Gesetzes war jedoch auf die gerichtliche Tätigkeit des Rechtsanwalts beschränkt. Andere Bereiche des Gebührenrechts blieben landesrechtlich geregelt.

Die außergerichtliche Rechtsberatung war im Kaiserreich deutlich liberal ausgestaltet, und zwar bereits durch die Gewerbeordnung von 1869, die ab 1872 für das gesamte Reich galt. Danach unterlag die gewerbsmäßige Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten als „Rechtskonsulent“ der Gewerbebefreiheit; die Ausübung dieser Tätigkeit konnte von der Gewerbeaufsicht nur bei nachgewiesener Unzuverlässigkeit untersagt werden. Jedoch war die Tätigkeit der Rechtskonsulenten im gerichtlichen Bereich dadurch eingeschränkt, dass in Zivilverfahren beim Land-

gericht und bei höheren Gerichten ab 1878 Anwaltszwang galt.

994. Die ersten Jahre des Nationalsozialismus waren von einer schrittweisen Abschaffung der freien Advokatur geprägt. Der bisher bestehende Rechtsanspruch auf Zulassung wurde in das Belieben der Staatsorgane gestellt; nur politisch zuverlässigen Personen sollten noch Rechtsanwalt werden können. Juden wurden schrittweise vom Rechtsanwaltsberuf ausgeschlossen.

Die außergerichtliche Rechtsberatung wurde durch das „Gesetz zur Verhütung von Missbräuchen auf dem Gebiet der Rechtsberatung“ von 1935 reglementiert. Das bisherige Prinzip der Gewerbebefreiheit mit der Möglichkeit zur Untersagung bei Unzuverlässigkeit wurde ersetzt durch ein grundsätzliches Verbot für Personen, die nicht zu den juristischen Berufen gehörten, geschäftsmäßig fremde Rechtsangelegenheiten zu besorgen. Als Ausnahme davon konnten Rechtsberater mit staatlicher Genehmigung tätig werden. Juden waren vom neuen Beruf des Rechtsberaters ausgeschlossen; mit besonderer Zulassung durften sie Rechtsdienstleistungen für andere Juden erbringen. Der NSDAP einschließlich der ihr angeschlossenen Verbände war die Rechtsberatung weiterhin erlaubt.

Nach Ansicht vieler Kommentatoren war es zumindest eines der mit dem Rechtsberatungsmissbrauchsgesetz verfolgten Ziele, den vielen jüdischen Rechtsanwälten, die aus ihrem Beruf ausgeschlossen worden waren, auch noch die bisher freie außergerichtliche Rechtsbesorgung zu verbieten.

995. Nach Ende des zweiten Weltkriegs wurden zuerst die offen antisemitischen Bestimmungen des Anwaltsrechts und des Rechtsberatungsmissbrauchsgesetzes außer Anwendung gesetzt. Im Folgenden entstanden anwaltsrechtliche Regelungen zuerst wieder auf Landesebene, die teilweise eine Bedürfnisprüfung bei der Zulassung zur Anwaltschaft vorsahen.

Durch die Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO) von 1959 wurde das Anwaltsrecht wieder einheitlich bundesrechtlich geregelt. Neben diesem Gesetz waren für das Verhalten des Rechtsanwalts auch noch die so genannten anwaltlichen Standesrichtlinien relevant, die von der Bundesrechtsanwaltskammer herausgegeben und von den Gerichten als Hilfsmittel zur Auslegung und Konkretisierung der Generalklausel des § 43 BRAO herangezogen wurden. Die Bundesrechtsanwaltsgebührenordnung (BRAGO) von 1957 führte auf Bundesebene eine Gebührenregelung für alle Gebiete anwaltlicher Tätigkeit ein.

996. Das Rechtsberatungsmissbrauchsgesetz wurde 1958 unter der Bezeichnung Rechtsberatungsgesetz in die Sammlung des Bundesrechts aufgenommen. Es wurde zur Rechtsgrundlage des Berufs des Rechtsbeistandes, der nach behördlicher Zulassung auf allen Rechtsgebieten außergerichtlich tätig werden konnte. Das Rechtsberatungsgesetz erfuhr 1980 eine Verschärfung, als der Beruf des Vollrechtsbeistands zum 1. November 1980 geschlossen wurde. Seitdem wird eine Erlaubnis zur Rechtsberatung nur noch für umgrenzte, im Gesetz genannte Rechtsgebiete oder Tätigkeiten erteilt (Rentenrecht,

⁵¹ Alle Zahlen Stand 2003/2004. Quelle für alle Zahlen außer den USA: Bundesrechtsanwaltskammer, <http://www.brak.de/seiten/pdf/Statistiken/Anwaltsdichte2003-2004Europa.pdf>, für die USA: American Bar Association, <http://www.abanet.org/marketresearch/resource.html>, US Census Bureau, <http://www.census.gov/statab/www/pop.html> sowie eigene Berechnungen. Wenn man berücksichtigt, dass nur ca. 75 Prozent der zugelassenen Rechtsanwälte in den USA in einer Rechtsanwaltskanzlei tätig sind, erhält man immer noch einen Wert von 361 Einwohnern pro Rechtsanwalt.

Versicherungsrecht, Frachtprüfer, vereidigte Versteigerer, Inkassobüros).

997. In der zweiten Hälfte der achtziger Jahre setzte eine deutliche Liberalisierung des Rechtsanwaltsberufes ein, die aber nicht vom Gesetzgeber oder den Rechtsanwaltskammern ausging, sondern von den Gerichten. Diese Entwicklung begann 1987, als das Bundesverfassungsgericht in Abweichung von seiner bisherigen Rechtsprechung entschied, dass die von der BRAK festgelegten Standesrichtlinien keine hinreichende normative Grundlage für Einschränkungen der anwaltlichen Berufsfreiheit sind. Für eine Übergangszeit dürften die Standesrichtlinien nur insoweit angewandt werden, wie dies für den Erhalt einer funktionsfähigen Rechtspflege unerlässlich sei.⁵² Daran anschließend entschied der Bundesgerichtshof (BGH) 1989, dass das in den Standesrichtlinien enthaltene Verbot der überörtlichen Sozietät nicht länger anwendbar sei und auch sonstige Rechtsnormen nicht gegen derartige Sozietäten sprächen.⁵³

998. Als gesetzgeberische Reaktion auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu den Standesrichtlinien kam es 1994 zu einer grundlegenden Novellierung der BRAO. Einige Regelungen, die bisher in den Standesrichtlinien enthalten waren, wie z. B. das Verbot der Gebührenunterschreitung, sowie von Erfolgshonoraren und Erfolgsbeteiligung, wurden in gesetzlicher Form niedergelegt. Ausdrücklich von diesem Verbot ausgenommen wurde jedoch die Gebührenunterschreitung im außergerichtlichen Bereich. Außerdem wurde eine besondere Satzungsversammlung bei der BRAK errichtet, die bestimmte Fragen des anwaltlichen Verhaltens in Form einer Satzung (Berufsordnung) regeln soll.

999. In der BRAO-Novelle offen gelassen wurde die Frage nach der Zulässigkeit anwaltlicher Kapitalgesellschaften. Kurz nach dem Inkrafttreten der Novelle entschied das Bayerische Oberste Landgericht (BayObLG), dass die anwaltliche Berufsausübung in Form einer GmbH bei Erfüllung bestimmter Anforderungen an die Satzung zulässig ist.⁵⁴ Diese Entscheidung veranlasste den Gesetzgeber, die Anwalts-GmbH gesetzlich zu regeln. Durch spätere Entscheidungen des BayObLG und des BGH wurde auch die Zulässigkeit einer anwaltlichen Berufsausübung in Form einer Aktiengesellschaft festgestellt.⁵⁵

1000. Ein weiterer Liberalisierungsschritt war im Jahr 2000 die Abschaffung von Lokalisationsgrundsatz und Singularzulassung, wodurch die Möglichkeiten der Rechtsanwälte, vor verschiedenen Zivilgerichten aufzutreten, stark erweitert wurde. Ausgenommen davon sind aber immer noch die Zivilsenate beim Bundesgerichtshof. Mit dem Inkrafttreten des Rechtsanwaltsvergütungsgesetzes (RVG), das die Bundesrechtsanwaltsgebührenordnung ersetzt, wurde 2004 der Bereich des Vergütungsrechts für außergerichtliche Tätigkeiten dereguliert. Auch

bei der Auslegung des Rechtsberatungsgesetzes ist die Rechtsprechung – ausgehend von der so genannten „Masterpat-Entscheidung“ – inzwischen zu einer zurückhaltenderen Position gelangt, die den Anwendungsbereich des Gesetzes etwas enger zieht.

1001. Die seit den achtziger Jahren vollzogene rechtliche Liberalisierung ging einher mit tief greifenden wirtschaftlichen Umwälzungen auf dem Rechtsberatungsmarkt. Im Bereich des Wirtschaftsrechts wurden zunehmend Großkanzleien tätig, in denen teilweise mehrere hundert Rechtsanwälte tätig sind und die unter Ausnutzung der liberalisierten Regelungen überregional oder sogar international mit Büros vertreten sind. Dabei kam es unter anderem zu Kanzleifusionen, in denen große deutsche Kanzleien sich miteinander oder mit ausländischen Kanzleien zusammenschlossen.

2.3 Zugang zum Markt für Rechtsdienstleistungen

1002. Bei den Regelungen über den Marktzugang ist zu unterscheiden zwischen dem Zugang zum Rechtsanwaltsberuf und – zumindest grundsätzlich unabhängig davon – der Zulassung zur Ausübung bestimmter Rechtsdienstleistungen.

1003. Der Zugang zum Rechtsanwaltsberuf setzt die „Befähigung zum Richteramt“ voraus. Zum Erwerb dieser Befähigung muss zuerst ein universitäres Jurastudium mit der „ersten Prüfung“, die aus einer universitären Prüfung sowie einer Staatsprüfung besteht, absolviert werden.⁵⁶ Daran schließt sich ein zweijähriges Rechtsreferendariat an, das mit der zweiten Staatsprüfung abzuschließen ist.

1004. Beim Zugang zum Markt für Rechtsdienstleistungen geht es um die Frage, wer dazu berechtigt ist, selbstständig für andere Rechtsdienstleistungen zu erbringen. Rechtsanwälte sind zur Erbringung aller Rechtsdienstleistungen zugelassen – gemäß § 3 Abs. 1 BRAO sind sie unabhängige Berater und Vertreter in allen Rechtsangelegenheiten. Anderen Personen wird dagegen durch das Rechtsberatungsgesetz grundsätzlich jede geschäftsmäßige Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten, einschließlich der Rechtsberatung, verboten, soweit sie keine behördliche Erlaubnis dazu besitzen; eine Tätigkeit ohne Erlaubnis kann als Ordnungswidrigkeit geahndet werden. Der Begriff der Geschäftsmäßigkeit umfasst dabei auch die unentgeltliche Rechtsberatung, solange sie mit Wiederholungsabsicht erfolgt. Die Erlaubnis zur Rechtsberatung kann durch die zuständige Behörde an Rentenberater, Versicherungsberater, Frachtprüfer, Versteigerer und Inkassounternehmen – eingeschränkt auf das betreffende Sachgebiet – erteilt werden. Das Rechtsberatungsgesetz lässt Ausnahmen von der Erlaubnispflicht zu, z. B. für die rechtsberatende Tätigkeit von Behörden oder innerhalb von Unternehmensgruppen. Ebenfalls zulässig ist es, wenn berufsständische oder ähnliche Vereinigungen ihre

⁵² BVerfGE 76, 171 ff.

⁵³ BGHZ 108, 290.

⁵⁴ BayObLG, NJW 1995, 199.

⁵⁵ BayObLG, NJW 2000, 147; BGH, NJW 2005, 1568.

⁵⁶ Die „erste Prüfung“, eine Kombination aus Universitäts- und Staatsprüfung, ersetzt das bisherige erste Staatsexamen.

Mitglieder im Rahmen ihres Aufgabenbereiches beraten; darunter fallen z. B. die gewerkschaftliche Beratung auf dem Gebiet des Arbeits- und Sozialrechts sowie die Beratungstätigkeit der Mietervereine. Zudem lässt es das Rechtsberatungsgesetz zu, dass gewerbliche Unternehmen für ihre Kunden rechtliche Angelegenheiten erledigen, die mit dem Geschäft ihres Gewerbebetriebs in unmittelbarem Zusammenhang stehen.

1005. Besondere Regelungen gelten für das Auftreten vor Gericht. In bestimmten Gerichtsverfahren besteht Anwaltszwang, d. h. die Parteien müssen sich von Rechtsanwälten vertreten lassen. Das gilt z. B. für Zivilprozesse vor dem Landgericht, dem Oberlandesgericht und dem Bundesgerichtshof. In anderen Verfahren können die Parteien den Prozess entweder selbst führen oder sich durch eine beliebige geschäftsfähige Person vertreten lassen, so z. B. bei Zivilprozessen vor dem Amtsgericht (außer vor dem Familiengericht). Jedoch sind Personen, die nicht Rechtsanwälte sind, aber die Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten geschäftsmäßig betreiben, von einem Auftreten vor Gericht ausgeschlossen; ihre Prozesshandlungen in der mündlichen Verhandlung sind unwirksam.

2.3.1 Aktuelle wettbewerbspolitische Probleme

1006. In letzter Zeit ist insbesondere der weite Anwendungsbereich des Rechtsberatungsgesetzes in die Kritik geraten. Diese Kritik betrifft nicht nur die unterschiedslose Anwendung des Gesetzes auf die unentgeltliche, altruistische Rechtsberatung. Ebenfalls bemängelt wurde die Annahme einer erlaubnispflichtigen Rechtsberatung bei Tätigkeiten aus dem Bereich der Unternehmensberatung, wie z. B. Fördermittelberatung, Energieberatung oder Krisen- und Sanierungsberatung, sowie bei bestimmten geschäftsbesorgenden Tätigkeiten, die zwar auf eine Rechtsgestaltung in Form von Vertragsabschlüssen oder der Abgabe von Willenserklärungen ausgerichtet sind, die aber inhaltlich im Schwerpunkt wirtschaftliche Angelegenheiten betreffen; besonders umstritten sind dabei z. B. die Testamentsvollstreckung oder Treuhändertätigkeiten. Zwar hat die höchstrichterliche Rechtsprechung in jüngster Zeit in vielen Punkten eine liberalere Auffassung vertreten und z. B. die Fördermittelberatung und die Testamentsvollstreckung aus dem Anwendungsbereich des Rechtsberatungsgesetzes herausgenommen. Jedoch besteht in vielen anderen Bereichen weiter Rechtsunsicherheit, insbesondere bei neuen Tätigkeiten, wie z. B. bei der Tätigkeit eines Energieberaters, der für seine Kunden günstigere Stromlieferungsverträge aushandeln soll.

1007. Ein weiterer Problempunkt ist, dass das Rechtsberatungsgesetz grundsätzlich nur die klassischen rechtsberatenden Berufe (Rechtsanwälte, Notare, Steuerberater etc.) für qualifiziert zur Erbringung von Rechtsdienstleistungen hält. In letzter Zeit sind jedoch an einer Reihe von Fachhochschulen und an einzelnen Universitäten Studiengänge im Wirtschaftsrecht eingerichtet worden, in denen neben juristischen auch wirtschaftswissenschaftliche Kenntnisse vermittelt werden. Die Absolventen dieser Studiengänge (Diplom-Wirtschaftsjuristen) können be-

reits jetzt als Mitarbeiter eines Unternehmens Rechtsberatung „in-house“ oder für verbundene Unternehmen leisten. Auch werden sie teilweise von Anwaltskanzleien als juristische Mitarbeiter, z. B. für die Bereiche M&A oder Insolvenzverwaltung, eingestellt. Sie sind jedoch von der selbständigen, außergerichtlichen Rechtsberatung ausgeschlossen, soweit sie nicht eine Erlaubnis zur Rechtsberatung auf einem der engen Gebiete nach dem Rechtsberatungsgesetz oder durch zusätzliche Prüfungen die Qualifikation zum Steuerberater oder Wirtschaftsprüfer erwerben. Von Seiten dieser Berufsgruppe sowie von Vertretern der anbietenden Hochschulen wird gefordert, dass auch Diplom-Wirtschaftsjuristen zur selbständigen Rechtsberatung zugelassen werden sollten.

1008. Weitere Veränderungen des juristischen Ausbildungsangebots könnten möglicherweise durch den „Bologna-Prozess“ ausgelöst werden. Dieser Prozess hat die Schaffung eines europäischen Hochschulraumes zum Ziel. Dabei ist auch eine einheitliche Untergliederung des Studiums in zwei Studienabschnitte vorgesehen (Abschluss mit Bachelor bzw. Master/Promotion), wobei bereits der Bachelor-Abschluss einen berufsqualifizierenden Inhalt haben soll. Zwar gibt es bereits einige juristische Bachelor-Angebote – insbesondere an Fachhochschulen –, jedoch ist immer noch umstritten, ob Bachelor und Master die bisherigen juristischen Staatsexamen ersetzen sollen.

1009. Das Bundesjustizministerium hat im September 2004 einen Diskussionsentwurf und im März 2005 einen Referentenentwurf zur Neuregelung des Rechtsberatungsrechts vorgelegt. Diese Entwürfe sehen eine Novellierung des Rechtsberatungsrechts vor, die terminologisch dadurch erkennbar sein wird, dass das Rechtsberatungsgesetz durch das „Rechtsdienstleistungsgesetz“ ersetzt wird. Grundsätzlich halten die Entwürfe aber an der Zugangsbeschränkung zum Markt für Rechtsdienstleistungen fest.

2.3.2 Gesetzliche Begründung für die Zugangsbeschränkung zum Rechtsberatungsmarkt

1010. Die Monopolkommission will sich nicht an der rechtshistorischen Debatte beteiligen, in welchem Umfang nationalsozialistische, insbesondere antisemitische Motive für den ursprünglichen Erlass des Rechtsberatungsmisbrauchsgesetzes im Jahr 1935 relevant waren. Entscheidend ist für sie, welche Gründe heute für eine Beibehaltung der Zugangsbeschränkungen zum Markt für Rechtsdienstleistungen sprechen. Deshalb wird sie sich im Folgenden vor allem mit den rechtspolitischen Argumenten der gegenwärtigen Debatte auseinandersetzen. Der Referentenentwurf zur Neuregelung des Rechtsberatungsrechts argumentiert folgendermaßen:

„Der Rechtsuchende, sei er Verbraucher, sei er Unternehmer, muss vor den oft weitreichenden Folgen unqualifizierten Rechtsrats geschützt werden. Vor allem die Belange des Verbraucherschutzes, der Schutz der Rechtspflege und der in ihr tätigen Personen, aber auch das Rechtsgut Recht als solches rechtfertigen es daher, die

*Berufs- und Dienstleistungsfreiheit in den Bereichen, in denen Rechtsdienstleistungen erbracht werden, einzuschränken.*⁵⁷

1011. Der Nachfrager nach Rechtsdienstleistungen ist nach Ansicht der Entwurfsbegründung besonders schutzbedürftig, weil hier in weiterem Umfang als in anderen Lebensbereichen eine Informationsasymmetrie zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer bestehe. Der „Verbraucher“ frage Rechtsdienstleistungen eher selten als Gut des täglichen Bedarfs nach und könne daher „kaum Konsequenzen aus schlechten Erfahrungen ziehen und nach und nach den ihm zusagenden Anbieter herausfinden“.⁵⁸

1012. Unter dem Schutz der Rechtspflege und der in ihr tätigen Personen ist laut Entwurf folgendes zu verstehen:

„Ein hochwertiges Gemeinschaftsgut ist aber auch der Schutz des Rechtsverkehrs vor unqualifizierten Rechtsberatern. Auch die Gegner des Rechtsuchenden müssen vor einer unqualifizierten Rechtsbesorgung geschützt werden. Dies zeigt sich besonders deutlich im Bereich des Forderungsinkassos [...], gilt aber in anderen rechtsbesorgenden Bereichen entsprechend. In gleicher Weise dient die Reglementierung rechtsdienstleistender Tätigkeiten dem Schutz aller übrigen Personen und Stellen, die mit der Tätigkeit eines Rechtsdienstleistenden in Berührung kommen können. Dies betrifft zunächst Behörden, bei denen sich die Vertretungsbefugnis in Ermangelung spezieller Verfahrensregelungen unmittelbar nach dem RDG richtet, aber auch Gerichte, auf deren Tätigkeit außergerichtliche Rechtsdienstleistungen ausstrahlen, sowie sonstige Beteiligte, etwa Drittschuldner, an die sich der Rechtsdienstleistende wendet.“⁵⁹

1013. Auch das „Rechtsgut Recht als solches“ wird im Referentenentwurf noch genauer beschrieben:

„Auch der Schutz der Rechtsordnung an sich rechtfertigt es, Rechtsdienstleistungsbefugnisse insgesamt stärker einzuschränken als allgemeine Dienstleistungsbefugnisse. Das Recht darf als höchstrangiges Gemeinschaftsgut grundsätzlich nicht in die Hände unqualifizierter Personen gelangen, da es als ‚gelebtes Recht‘ maßgeblich durch die Personen beeinflusst und fortentwickelt wird, die Recht beruflich anwenden. Eine Freigabe der beruflichen Anforderungen hätte negative Auswirkungen auf die Rechtskultur und könnte die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege insgesamt gefährden.“⁶⁰

1014. Neben diesen Argumenten des Referentenentwurfs wird – in Anlehnung an eine Aussage des Bundesverfassungsgerichtes⁶¹ – auch noch vertreten, dass allein der Erhalt einer leistungsfähigen Berufsgruppe ein zulässiger Zweck des Rechtsberatungsgesetzes sei. Die Ent-

scheidung, die Rechtsberatung im Wesentlichen den Rechtsanwälten vorzubehalten, sei auch dadurch gerechtfertigt, dass die Anwaltschaft mit den Sonderpflichten zum Tätigwerden im Rahmen der Prozesskostenhilfe, der Beratungshilfe und der Pflichtverteidigung belastet sei.

2.3.3 Wettbewerbspolitische Beurteilung

1015. Es ist anzuerkennen, dass im Bereich der Rechtsdienstleistungen eine asymmetrische Informationsverteilung zwischen Nachfragern und Anbietern besteht, insbesondere wenn der Nachfrager nicht Jurist ist. Für den Nichtjuristen ist die Qualität der juristischen Arbeit auch im Nachhinein schwer zu beurteilen, nicht zuletzt da ein Prozess auch bei guter Arbeit des Anwalts verloren gehen kann. Auch ist schwer zu beurteilen, ob der vom Anwalt betriebene Aufwand der Sache angemessen war. Das Vorhandensein dieser Asymmetrie allein reicht jedoch nicht dazu aus, eine derart strenge Regelung wie im jetzigen Rechtsberatungsgesetz zu rechtfertigen. Insbesondere ist zu fragen, inwiefern die negativen Folgen dieser Asymmetrie durch weniger einschränkende Maßnahmen behoben werden können.

1016. Es ist daran zu erinnern, dass allein durch den Schutz von Berufsbezeichnungen wie „Rechtsanwalt“, „Patentanwalt“ oder „Steuerberater“ gegen unzulässigen Gebrauch ein gewisser Schutz der Nachfrager stattfindet. Geht der an einer Rechtsdienstleistung interessierte Nachfrager zu einem zugelassenen Rechtsanwalt, dann kann er sich zumindest sicher sein, dass diese Person einst die vorgeschriebenen Prüfungen bestanden hat und nicht wegen schwerer Pflichtverletzungen aus der Rechtsanwaltschaft ausgeschlossen wurde. Auch kann er darauf vertrauen, dass diese Person den besonderen Pflichten eines Rechtsanwaltes (Verschwiegenheit, Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen, Zwang zur Haftpflichtversicherung) unterliegt sowie über die besonderen Befugnisse dieses Berufes (Akteneinsichtsrecht, Aussageverweigerungsrecht) verfügt. Kommt es dem Nachfrager auf diese Eigenschaften des Anwalts an, dann haben bei ihm Rechtsanwälte einen starken Wettbewerbsvorteil vor anderen Beratern. Insbesondere bei relativ geschäftsgewandten und rechtserfahrenen Nachfragern, wie z. B. vielen Unternehmen, kann man erwarten, dass ihnen die Bedeutung dieser Eigenschaften des Anwaltsberufes bekannt ist, weil sie oft Bedarf nach Rechtsdienstleistungen haben.

1017. Die Monopolkommission hält es jedoch weiterhin für gerechtfertigt, für bestimmte gerichtliche Verfahren eine Vertretung der Parteien durch Rechtsanwälte vorzuschreiben. Der Grund hierfür liegt ganz konkret in der dadurch ermöglichten Effektivitätssteigerung der Gerichte. Die Aufarbeitung des Prozessstoffes durch Rechtsanwälte ermöglicht eine relativ zügige Bearbeitung durch das Gericht. Würden die jetzt geltenden Fälle vom Anwaltszwang aufgehoben, müssten bei den betroffenen Gerichten mehr Richter eingesetzt werden, was die Kosten der Justiz erhöhen und gleichzeitig – durch die Verteilung der Rechtsprechungstätigkeit auf einen größeren Personenkreis – die Einheitlichkeit und Konsistenz der Ent-

⁵⁷ Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz, Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsberatungsrechts, S. 39.

⁵⁸ Ebenda, S. 39.

⁵⁹ Ebenda, S. 64 f.

⁶⁰ Ebenda, S. 65.

⁶¹ BVerfGE 87, 12, 31. In der betreffenden Entscheidung verneinte das Bundesverfassungsgericht aber, dass dieser Regelungsgrund im damals vorliegenden Fall betroffen war.

scheidungen verringern würde. Darüber hinaus hält es die Monopolkommission auch weiterhin für gerechtfertigt, zumindest den Kernbereich der außergerichtlichen Rechtsberatung von einer entsprechenden Qualifikation abhängig zu machen. Denn auch außergerichtliche Rechtsberatung findet letztlich immer mit Bezug auf mögliche gerichtliche Verfahren statt.

1018. Jedoch muss nach Ansicht der Monopolkommission eine Neuregelung des Zugangs zur außergerichtlichen Rechtsberatung zwei Anforderungen erfüllen. Zum einen sollte sich der zugangsbeschränkte Bereich auf den Kernbereich der Rechtsberatung und Rechtsbesorgung beziehen. Zum anderen dürfen Personen mit vorhandener Qualifikation nicht vom Markt ausgeschlossen werden.

1019. Die Monopolkommission sieht das vordringlichste wettbewerbspolitische Anliegen bei der Reform des Rechtsberatungsgesetzes darin, den Anwendungsbereich dieses Gesetzes auf den Kernbereich typischer rechtsberatender Dienstleistungen zu beschränken. Auch wenn man es aus Gründen des Verbraucherschutzes für notwendig hält, die Ausübung klassischer Rechtsberatung im Wesentlichen den Anwälten vorzubehalten, muss trotzdem bedacht werden, dass ein zu weiter Anwendungsbereich dieser Zulassungsschranke andere – ebenfalls wichtige – Beratungsangebote behindert, die von Rechtsanwälten regelmäßig nicht angeboten werden und für die Anwälte auch nicht ausgebildet sind. In diesem Zusammenhang ist auch zu bedenken, dass Wirtschaftsberatung im Zuge der zunehmenden Verrechtlichung vieler Lebensbereiche immer stärker von juristischen Aspekten geprägt ist. Bei den Betroffenen besteht jedoch ein Bedürfnis nach umfassender Beratung, das nicht oder nicht nur von Volljuristen befriedigt werden kann.

1020. Der Referentenentwurf sieht zu diesem Punkt Folgendes vor: Der Anwendungsbereich des Gesetzes wird auf solche Dienstleistungen beschränkt, die nach der Verkehrsanschauung oder der erkennbaren Erwartung des Rechtsuchenden eine vertiefte Prüfung der Rechtslage unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls erfordert. Soweit eine solche „Rechtsdienstleistung“ vorliegt, soll sie ohne Erlaubnis erbracht werden können, wenn sie nur eine Nebenleistung zu einer anderen beruflichen oder gesetzlich geregelten Tätigkeit darstellt. Ob eine Nebenleistung vorliegt, soll sich nach Umfang und Inhalt dieser Leistung unter Berücksichtigung der beruflichen Qualifikation, die für die Haupttätigkeit erforderlich ist, beurteilen. Für einige Tätigkeiten (Testamentsvollstreckung, Haus- und Wohnungsverwaltung, Frachtprüfung, Fördermittelberatung) soll gesetzlich klargestellt werden, dass die im Zusammenhang mit ihnen erbrachten Rechtsdienstleistungen Nebenleistungen sind. Soweit eine Rechtsdienstleistung, die im Zusammenhang mit einer anderen Leistungen erbracht wird, nicht mehr als Nebenleistung eingestuft werden kann, soll sie in Zusammenarbeit oder unter Hinzuziehung einer zur Erbringung dieser Rechtsdienstleistungen berechtigten Person erbracht werden dürfen.

1021. Grundsätzlich begrüßt die Monopolkommission das Anliegen, das Rechtsberatungsgesetz gründlich zu

überarbeiten. Sie hofft, dass dieses Vorhaben auch in der neuen Legislaturperiode weitergeführt wird. Während das vorgelegte Konzept im Grundsatz einiges für sich hat, werden aber nach Ansicht der Monopolkommission in der Praxis weiter große Abgrenzungsschwierigkeiten und daraus resultierende Rechtsunsicherheiten bestehen. Bei neu entstehenden Tätigkeiten wird die Abwägung, „ob die Belange des Verbraucherschutzes und der Schutz des Rechtsverkehrs für eine bestimmte Dienstleistung tatsächlich eine spezifisch juristische Tätigkeit erfordern“⁶², in der Praxis erst durch höchstrichterliche Entscheidung erfolgen. Solange müssen die Anbieter neuer Tätigkeiten mit dem Risiko der Illegalität leben.

1022. Die Monopolkommission sieht eine mögliche Verbesserung darin, eine ausdrückliche Gegennorm zu formulieren. Diese sollte Beratungsleistungen ausdrücklich vom Begriff der Rechtsdienstleistung ausnehmen, wenn bei der Beratung andere als juristische Aspekte im Vordergrund stehen. Eine mögliche Formulierung könnte lauten: „Eine Rechtsdienstleistung liegt insbesondere dann nicht vor, wenn nach der Verkehrsanschauung oder der erkennbaren Erwartung des Auftraggebers eine Beratung vor allem unter betriebswirtschaftlichen, technischen oder sonstigen nichtjuristischen Gesichtspunkten erfolgen soll“. Auch sollte der Katalog der ausdrücklich freigestellten Tätigkeiten noch erweitert werden. Hierzu sollte insbesondere die betriebswirtschaftlich ausgerichtete Krisen- und Sanierungsberatung gehören. Die Schaffung konkreter Gegennormen würde Rechtsunsicherheiten zwar nicht vollkommen beseitigen, würde aber die gesetzgeberische Wertung zum Ausdruck bringen, dass nicht nur der Schutz vor unqualifizierter Rechtsberatung wichtig ist, sondern auch die Ermöglichung spezifischer nichtjuristischer Beratungsangebote ein Wert ist. Damit würde Argumentationsmaterial für die gerichtliche Behandlung von Zweifelsfällen geschaffen.

2.3.4 Zulassung von Diplom-Wirtschaftsjuristen

1023. Auch soweit man unterstellt, dass asymmetrische Informationen eine Zugangsbeschränkung auf dem Rechtsberatungsmarkt notwendig machen, können dadurch nur Beschränkungen gerechtfertigt werden, die notwendig und verhältnismäßig sind. Das heißt, dass erkennbar nichtqualifizierte Personen von der Rechtsberatung ausgeschlossen werden können. Jedoch kann dadurch nicht gerechtfertigt werden, die tatsächlich bestehenden Qualifikationen einer bestimmten Gruppe von Personen einfach zu übergehen.

1024. Durch die Entstehung von Studiengängen an Universitäten und Fachhochschulen, die zum Diplom-Wirtschaftsjuristen ausbilden, ist eine solche Situation eingetreten. Hier besteht eine Gruppe von Personen, die auf einem relevanten und breiten Rechtsgebiet eindeutig qualifiziert sind, bisher jedoch nicht zur selbständigen Rechtsberatung zugelassen sind.

⁶² Referentenentwurf, a. a. O., S. 52.

1025. Der Referentenentwurf lehnt eine Zulassung von Wirtschaftsjuristen zur außergerichtlichen Rechtsberatung ab. Nach Ansicht des Entwurfs könnte eine derartige Zulassung nicht auf Diplom-Wirtschaftsjuristen beschränkt werden, sondern müsste auf Juraabsolventen mit erster Staatsprüfung ausgedehnt werden. Dadurch käme es zu einem Nebeneinander von zwei auf die gleiche Tätigkeit ausgerichteten Rechtsdienstleistungsberufen mit völlig unterschiedlichen Berufsqualifikationen, was dem Rechtsuchenden auch bei Statuierung umfassender Informationspflichten nicht zu vermitteln sei. Auch sei es bedenklich, einen neuen rechtsberatenden Beruf ohne die umfassenden Berufspflichten des Rechtsanwaltes einzuführen; die Ausdehnung dieser Berufspflichten auf neue Rechtsberatungsberufe solle aber ebenfalls unterbleiben, um eine „Erosion“ dieser Berufspflichten zu verhindern. Auch erfordere die qualifizierte Rechtsberatung „umfassende Kenntnisse des geltenden Rechts“ und nicht nur solche in einem Teilbereich sowie die Berücksichtigung prozessualer Auswirkungen, deren Kenntnis erst durch den juristischen Vorbereitungsdienst vermittelt wird. Zudem stehe es Diplom-Wirtschaftsjuristen offen, ein ergänzendes Jurastudium nebst Referendariat zu absolvieren, um anschließend Rechtsanwalt zu werden oder als Unternehmensberater tätig zu werden und im Rahmen dieser Tätigkeit spezifische Beratungsleistungen in Zusammenarbeit mit einem Rechtsanwalt zu erbringen, was durch den Referentenentwurf ermöglicht werde.

1026. Die Monopolkommission hält diese Begründung für den Ausschluss der Diplom-Wirtschaftsjuristen für nicht überzeugend. Der Referentenentwurf vertritt die Ansicht, dass eine qualifizierte Rechtsberatung nur bei einer umfassenden Kenntnis des geltenden Rechtes erfolgen könne. Das Problem bei dieser Anforderung ist, dass sie auch von Volljuristen mit zweitem Staatsexamen nicht erfüllt werden kann. Angesichts des Umfangs und der Komplexität der heutigen Rechtsordnung – einschließlich des Europarechts und möglicherweise anwendbarer ausländischer Rechtsnormen – können auch gute Juristen nur noch Teilbereiche des Rechts beherrschen. Auch die klassische juristische Ausbildung besteht zwar zu fast 100 Prozent aus juristischen Inhalten, aber sie lehrt – innerhalb des Pflichtfachbereiches – nicht 100 Prozent der Rechtsordnung.

1027. Bei Rechtsanwälten wird ohne weiteres hingegenommen, dass sie auch in Bereichen arbeiten können, die nicht Teil ihrer Pflichtausbildung waren. Dazu gehört z. B. das Steuerrecht: Rechtsanwälte sind unbeschränkt zur Hilfeleistung in Steuersachen befugt. In der juristischen Ausbildung jedoch sind das Steuerrecht und damit zusammenhängende Materien wie Buchführung und Bilanzrecht ganz regelmäßig nicht Teil der juristischen Pflichtausbildung.⁶³ Trotzdem wird ganz allgemein davon ausgegangen, dass die juristische Pflichtausbildung so gute Methodenkenntnisse vermittelt, dass auch eine Einarbeitung in nicht abgedeckte Rechtsgebiete möglich ist,

obwohl dies gerade im Steuerrecht wegen dessen Zusammenhang mit eher betriebswirtschaftlichen Materien wie der Buchführung zweifelhaft ist.

1028. Neben der mangelnden Vollständigkeit wird gegen die Ausbildung der Diplom-Wirtschaftsjuristen auch noch vorgebracht, dass der juristische Anteil der Ausbildung mit ca. 60 Prozent zu gering sei. Dem kann aber entgegengehalten werden, dass die Ausbildung der Diplom-Wirtschaftsjuristen dafür andere, wirtschaftswissenschaftliche Elemente enthält, die in der klassischen Ausbildung der Juristen fehlen, aber für eine geeignete wirtschaftsrechtliche Beratung oft hilfreich oder sogar notwendig sind.

1029. Die im Referentenentwurf vorgesehene Möglichkeit, Beratungsleistungen in Zusammenarbeit mit einem Rechtsanwalt zu erbringen, wird nach Ansicht der Monopolkommission der Qualifikation der Diplom-Wirtschaftsjuristen nicht gerecht. Denn dadurch würde der juristische Teil ihrer Ausbildung entwertet. Es wäre potentiellen Auftraggebern nur schwer zu vermitteln, dass eine Person die Bezeichnung Diplom-Wirtschaftsjurist führt, aber nur zur betriebswirtschaftlichen, nicht aber zur wirtschaftsrechtlichen Beratung befugt ist.

1030. Die Monopolkommission plädiert deshalb dafür, Diplom-Wirtschaftsjuristen die Möglichkeit einzuräumen, als außergerichtliche Berater auf dem Gebiet des Wirtschaftsrechts tätig zu sein. Die außergerichtliche Vertretung im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren sollte davon aber ausgenommen sein. Falls der Gesetzgeber dies für notwendig hält, könnte diese Befugnis auf die Beratung von Unternehmen beschränkt werden.

1031. Diese außergerichtlichen Rechtsberater sollten auf gewisse ethische Grundregeln, die auch für Anwälte gelten, verpflichtet werden (insbesondere auf die Pflicht zur Vertraulichkeit und ein Verbot der Beratung widerstreitender Interessen). Wieso eine Ausdehnung bestimmter anwaltlicher Berufspflichten auf rechtsberatende Diplom-Wirtschaftsjuristen – wie von der Entwurfsbegründung behauptet – zu einer „Erosion“ anwaltlicher Pflichten führen soll, ist unverständlich.

1032. Eine Erlaubnis zur außergerichtlichen Rechtsberatung kann aber nicht auf Diplom-Wirtschaftsjuristen beschränkt bleiben. Die Monopolkommission spricht sich deshalb dafür aus, auch Juristen mit erster Prüfung (erstem Staatsexamen) zur außergerichtlichen Rechtsberatung zuzulassen. Sollte es auch bei den juristischen Studiengängen zu einer Einführung des Bachelor/Master-Modells kommen, sollte die Erlaubnis zur außergerichtlichen Rechtsberatung bereits nach dem Bachelor-Abschluss einsetzen – möglicherweise verbunden mit der Anforderung eines Nachweises von praktischer Tätigkeit. Denn nur so kann die Anforderung des Bologna-Prozesses, dass bereits der Bachelor eine Berufsqualifikation vermittelt, erfüllt werden.

1033. Da Diplom-Wirtschaftsjuristen und Juristen nur mit erstem Staatsexamen nicht über eine eingehende Ausbildung im Prozessrecht und in praktischer Prozessführung verfügen, sollten sie bei der gerichtlichen Vertretung

⁶³ Es gibt Ausnahmen: In Bayern sind Teile des Steuerrechts Pflichtfachstoff der zweiten Staatsprüfung.

nicht mit den Rechtsanwälten gleichgestellt werden. Soweit der Gesetzgeber aber entschieden hat, in bestimmten Gerichts- oder Behördenverfahren keinen Anwaltszwang vorzusehen, also eine Selbstvertretung zuzulassen, kann das Effektivitätsargument nicht dazu dienen, ein Verbot der Vertretung durch Nichtrechtsanwälte zu rechtfertigen. Denn wenn die Belange der Rechtspflege bei einer Selbstvertretung durch die rechtsunkundige Partei nicht gefährdet sind, dann kann eine Fremdvertretung durch einen Nichtrechtsanwalt, der zur außergerichtlichen Rechtsberatung in dieser Sache befugt ist, ebenfalls keine Gefahr darstellen. Entsprechend sollten Diplom-Wirtschaftsjuristen und Juristen nur mit erstem Staatsexamen zumindest in Verfahren, in denen die Parteien den Prozess selbst führen können, zur geschäftsmäßigen Prozessvertretung zugelassen werden.

2.4 Anwaltliches Honorarrecht

2.4.1 Übersicht

1034. Die Entgelte für anwaltliche Dienstleistungen werden durch das Rechtsanwaltsvergütungsgesetz (RVG) festgelegt. Diese Gebühren richten sich nach dem Gegenstandswert (der wirtschaftlichen Bedeutung) einer Angelegenheit. Jedoch können Mandant und Anwalt durch eine Gebührenvereinbarung ein höheres Entgelt als im RVG vorgesehen festlegen. Dagegen ist es dem Anwalt gemäß § 49b BRAO verboten, ein niedrigeres Entgelt zu verlangen, als im RVG vorgesehen, es sei denn das RVG erlaubt eine derartige Gebührenunterschreitung ausdrücklich. Dabei sind drei Bereiche zu unterscheiden:

- Für eine Tätigkeit in gerichtlichen Angelegenheiten ist die Vereinbarung eines niedrigeren Entgeltes nicht zulässig. Für diesen Bereich haben die im RVG vorgesehenen Gebühren und Auslagen den Charakter von verbindlichen Mindestpreisen.
- Für eine Tätigkeit in außergerichtlichen Angelegenheiten ist auch die Vereinbarung eines niedrigeren Entgeltes in Form von Pauschal- oder Zeitvergütungen zulässig (§ 4 Abs. Satz 1 RVG). Wird keine Gebührenvereinbarung getroffen, gelten – außer bei der Mediation – die im RVG vorgesehenen Gebührensätze. Für diesen Bereich haben die im RVG vorgesehenen Gebühren und Auslagen also nur den Charakter von Referenzpreisen, die subsidiär gelten.
- Für bestimmte außergerichtliche Tätigkeiten ist am 1. Juli 2006 eine weitere Liberalisierung in Kraft treten. Für eine Beratung, die nicht mit einer anderen gebührenpflichtigen Tätigkeit zusammenhängt, sowie für die Ausarbeitung eines schriftlichen Gutachtens⁶⁴, gibt es seit diesem Zeitpunkt keine Gebührensätze im RVG mehr. Laut § 34 Abs. 1 RVG n.F. soll der Rechtsanwalt in diesen Bereichen auf den Abschluss einer Gebührenvereinbarung hinwirken. Wird keine Vereinbarung getroffen, erhält der Rechtsanwalt Gebühren nach den Vorschriften des Bürgerlichen Rechts, d. h.

die gemäß § 612 Abs. 2 BGB übliche Gebühr. Ist der Mandant Verbraucher, so darf diese „übliche“ Vergütung höchstens 250 Euro betragen, für ein erstes Beratungsgespräch höchstens 190 Euro. Folglich hat für diese Bereiche das RVG seit dem 1. Juli 2006 nicht mal mehr die Rolle eines Referenztarifs; nur für Verbraucher werden noch Referenzhöchstpreise festgelegt.

Die gesetzlich vorgesehenen Gebühren regeln nicht nur das Verhältnis zwischen Mandanten und Auftraggeber. Nach Abschluss eines Prozesses kann die obsiegende Partei von der Gegenseite nur Gebühren in Höhe der gesetzlichen Gebührenordnung erstattet verlangen, auch wenn sie mit ihrem eigenen Anwalt ein höheres Honorar vereinbart hat. Strikte Regelungen, die den Gebührenanspruch des Rechtsanwalts auch nach oben beschränken, gelten in Fällen, in denen der Rechtsanwalt seine Vergütung aus einer öffentlichen Kasse erhält.

Zu diesen Regelungen über die Höhe der Vergütung tritt noch § 49b Abs. 2 BRAO, der es untersagt, die Vergütung des Anwalts oder ihre Höhe vom Ausgang der Sache oder vom Erfolg der anwaltlichen Tätigkeit abhängig zu machen (Erfolgshonorar) oder zu vereinbaren, dass der Rechtsanwalt einen Teil des erstrittenen Betrags als Honorar erhält (quota litis).

2.4.2 Das System der Prozesskosten und der prozessualen Kostenerstattung

1035. Diese Regelungen des anwaltlichen Preisrechts müssen im Zusammenhang des Systems der Prozesskosten und der prozessualen Kostenerstattung gesehen werden. Dabei sind aus Sicht einer Prozesspartei grundsätzlich drei Kostenarten zu unterscheiden: die Gerichtskosten, die eigenen Kosten sowie die Kosten der Gegenpartei. Zu den Gerichtskosten zählen die Gerichtsgebühren sowie eventuell Entschädigungen für Zeugen und Sachverständige. Die eigenen Kosten umfassen insbesondere die Vergütung des eigenen Rechtsanwalts sowie eventuell eigene Reisekosten zu Prozessterminen. Entsprechendes gilt für die Kosten der Gegenpartei.

Bei der Frage, wer die Prozesskosten zu zahlen hat, sind zwei Ebenen von Regelungen zu unterscheiden. Es gibt Regelungen, die eine bestimmte Partei verpflichten, eine Kostenposition im Verlauf des Prozesses vorzuschießen. Der Kläger muss beispielsweise der Gerichtskasse einen Vorschuss auf die Gerichtsgebühren leisten. Die Rechtsanwälte werden regelmäßig von ihrer Partei einen Vorschuss auf das Rechtsanwaltshonorar verlangen. Eine andere Ebene von Regelungen betrifft dagegen die Frage, welche der Parteien die Kosten endgültig zu tragen hat. Diese Frage wird entweder in der abschließenden gerichtlichen Entscheidung – üblicherweise im Urteil – oder in einem Vergleich mitgeregelt.

1036. Wird die Kostentragung im Urteil geregelt, so gilt der Grundsatz, dass die unterliegende Partei die Kosten des Rechtsstreits zu tragen hat. Wird beispielsweise die Klage vollumfänglich abgewiesen, dann muss regelmäßig der Kläger die Kosten des Rechtsstreits tragen. Er muss also die Kosten seines eigenen Rechtsanwalts und alle

⁶⁴ Mit Ausnahme eines Gutachtens über die Erfolgsaussichten eines Rechtsmittels.

Gerichtskosten übernehmen sowie dem Beklagten die Kosten für dessen Rechtsanwalt ersetzen. Hat umgekehrt die Klage in vollem Umfang Erfolg, dann muss regelmäßig der Beklagte die Gerichtskosten tragen sowie dem Kläger die Kosten von dessen Rechtsanwalt ersetzen; daneben muss er auch noch seinen eigenen Rechtsanwalt bezahlen. Hat die Klage nur teilweise Erfolg – wird beispielsweise einer Klage über 10 000 Euro nur in Höhe von 4 000 Euro stattgegeben –, kommt es zu einer Kostenteilung, auf deren Details hier nicht näher eingegangen zu werden braucht. Erfolgt die Regelung der Kostenfrage durch Vergleich, dann können die Parteien auch eine von den eben dargestellten Grundsätzen abweichende Regelung treffen.

1037. Soweit eine Partei zur Erstattung von Rechtsanwaltskosten der Gegenseite verpflichtet ist, ist diese Erstattung in der Höhe auf den Betrag der gesetzlichen Anwaltsvergütung nach dem RVG beschränkt. Hat die Gegenseite mit ihrem Anwalt eine höhere Vergütung vereinbart, dann muss sie die Differenz zwischen der vereinbarten Vergütung und der gesetzlichen Vergütung selber tragen. Anders gesagt, die Vereinbarung einer höheren Vergütung führt nicht zu einer zusätzlichen Belastung der Gegenseite.

2.4.3 Mindestvergütung im gerichtlichen Bereich

1038. Laut § 49b Abs. 1 Satz 1 BRAO ist es für den Rechtsanwalt unzulässig, eine geringere Vergütung zu fordern oder zu vereinbaren als nach dem RVG vorgesehen, soweit dieses nichts anderes bestimmt. Damit gilt für die anwaltliche Tätigkeit eine Mindestpreisregelung, allerdings nur für die Tätigkeit vor Gericht, da § 4 Abs. 2 Satz 1 RVG in außergerichtlichen Angelegenheiten eine Unterschreitung der gesetzlichen Vergütung zulässt.

1039. Für eine Freigabe der Anwaltsvergütung im prozessualen Bereich spricht, dass dadurch eine wettbewerbsinduzierte Senkung von Preisen ermöglicht würde. Dies würde auch zu einer Erweiterung des Zugangs zum Rechtssystem führen. Die zu erwartenden anwaltlichen Honorare wären stärker an die Kosten der Tätigkeit gebunden; die Möglichkeit, dass es bei besonders hohen Streitwerten zu anwaltlichen „windfall profits“ käme, wird reduziert.

1040. Nach Ansicht der Monopolkommission ist die entgegenstehende Mindestpreisregelung wettbewerbspolitisch nicht gerechtfertigt; die dafür vorgebrachten Argumente können nicht überzeugen. Zwar hält die Monopolkommission eine Gebührenordnung für die gerichtliche Tätigkeit des Anwalts für sinnvoll. Jedoch sollte diese Gebührenordnung nicht als Mindestpreisregelung dienen, sondern nur dazu,

- als Referenztarif (taxmäßige Vergütung) im Sinne von § 612 Abs. 2 BGB dann zu gelten, wenn bei Mandatserteilung nichts anderes vereinbart wurde,
- eine Höchstgrenze für die Kostenerstattung im Prozess zu bilden und

- eine Vergütung für die Fallgruppen festzulegen, in denen der Anwalt zur Annahme des Mandats verpflichtet ist.

1041. Das Gebührenunterschreitungsverbot wurde auf gesetzlicher Grundlage erstmals 1994 eingeführt, nachdem davor eine vergleichbare Regelung in den anwaltlichen Standesrichtlinien enthalten war. In den damaligen Gesetzgebungsmaterialien findet sich folgende Begründung für dieses Verbot:

„Das somit als grundsätzlich anzusehende Verbot, geringere als in der Bundesrechtsanwaltsgebührenordnung vorgesehene Gebühren und Auslagen zu vereinbaren oder zu fordern, soll einen Preiswettbewerb um Mandate und die mittelbare Vereinbarung von Erfolgshonoraren in gerichtlichen Verfahren verhindern. Das bestehende System, das sich mit dem standesrechtlichen Verbot der Gebührenunterschreitung insgesamt bewährt hat, kann einen weitgehenden gleichen Zugang zum Recht und zu den Rechtsanwälten gewährleisten, weil es nicht von der Finanzkraft des Mandanten abhängt, welcher Rechtsanwalt beauftragt wird. Der Verlockung, sich aus wirtschaftlichen Gründen einen besonders 'preiswerten' Anwalt zu suchen, ist das rechtsuchende Publikum nicht ausgesetzt, es kann sich frei von solchen Erwägungen für den Anwalt des Vertrauens entscheiden. Der Chancengleichheit dienlich ist zudem, daß die Rechtsverfolgung allen, die nicht auf Grund ihrer Vermögensverhältnisse Prozesskosten- oder Beratungshilfe beanspruchen können, gleiche finanzielle Lasten für die anwaltliche Vertretung abverlangt. Daß Mandanten, die in größerem Umfang Aufträge erteilen, Rabatte bei den Anwaltshonoraren verlangen, läßt die vorgesehene Regelung nämlich nicht zu.

Die Gefahr einer mittelbaren Zulassung von Erfolgshonoraren [...] entstünde – bei Fehlen der vorgesehenen Regelung –, weil Grundlage einer Kostenerstattung durch den unterlegenen Prozessgegner nur die gesetzlichen Gebühren bleiben könnten. Im Falle des Obsiegens müsste der unterlegene Gegner dann die höheren gesetzlichen Gebühren erstatten, während der obsiegende Mandant seinem Rechtsanwalt lediglich das vereinbarte, niedrigere Honorar schulden würde.“⁶⁵

1042. Neben diesen Gründen des Gesetzentwurfes werden von den Befürwortern des Gebührenunterschreitungsverbot weitere Argumente für eine verbindliche Vergütungsregelung ins Feld geführt, und zwar Kostentransparenz, Aufrechterhaltung des Systems der Rechtsschutzversicherung, die Quersubventionierung zwischen verschiedenen Verfahren und die Beratungs- und Prozesskostenhilfe.

2.4.3.1 Freie Anwaltswahl

1043. Nach Ansicht der Gesetzesbegründung sichert das Verbot der Gebührenunterschreitung dem Rechtsuchenden die Möglichkeit, seinen Anwalt ohne Rücksicht auf die eigene Finanzkraft zu wählen. Die Verwirklichung

⁶⁵ Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des Berufsrechts der Rechtsanwälte und der Patentanwälte, Bundestagsdrucksache 12/4993, S. 31.

dieses Ziels scheitert jedoch schon daran, dass es Anwälten erlaubt ist, eine höhere Vergütung als gesetzlich vorgesehen zu verlangen. Der Anwalt kann ein Tätigwerden nach den gesetzlichen Gebühren ablehnen und den Abschluss einer Vereinbarung über eine höhere Vergütung verlangen. Es ist zu erwarten, dass dies gerade bei besonders angesehenen Anwälten häufig vorkommen wird. Die Auswahl des Rechtsuchenden ohne Rücksicht auf finanzielle Gesichtspunkte ist also auf die Anwälte beschränkt, die zu den gesetzlichen Gebühren tätig werden wollen.

1044. Zudem will die Bundesregierung den Rechtsuchenden offenbar vor sich selbst schützen. Nach der Begründung muss er vor der „Verlockung“ bewahrt werden, sich nicht an den Anwalt seines Vertrauens zu wenden, sondern den billigsten Anwalt zu suchen. Die Monopolkommission hält diesen Ansatz für eine paternalistische Bevormundung des Rechtsuchenden. Sie ist der Ansicht, dass der Rechtsuchende durchaus zwischen Qualität und Preis bei Rechtsanwälten abzuwägen weiß und sich für den Anwalt seines Vertrauens entscheiden wird, auch wenn dieser ein wenig mehr kostet.

2.4.3.2 Verhinderung von Rabatten

1045. Weiter soll das Verbot der Gebührenunterschreitung verhindern, dass Rechtsanwälte Mandanten, die in großem Umfang Aufträge erteilen, Rabatte gewähren. Es ist fraglich, ob allein ein Gebührenunterschreitungsverbot im gerichtlichen Bereich dieses Ziel erreichen kann. Rechtsanwälte, die von einem Mandanten eine große Zahl von Aufträgen im gerichtlichen Bereich erhalten, werden für diesen üblicherweise auch im außergerichtlichen Bereich tätig sein. Da sie für ihre Tätigkeit im außergerichtlichen Bereich in der Honorarvereinbarung frei sind, können sie indirekt Rabatte für ihre gerichtliche Tätigkeit gewähren, indem sie weniger für die außergerichtliche Tätigkeit verlangen.

2.4.3.3 Verhinderung von Erfolgshonoraren

1046. Schließlich stellt die Gesetzesbegründung darauf ab, dass das Gebührenunterschreitungsverbot eine indirekte Vereinbarung von Erfolgshonoraren verhindern soll. Die Begründungsverfasser haben dabei offensichtlich folgendes Szenario vor Augen. Der Anwalt vereinbart mit dem Mandanten eine Vergütung, die geringer ist als nach dem RVG vorgesehenen. Im Fall des Unterliegens, bei dem der Mandant seine Kosten selber tragen muss, bleibt es dabei. Obsiegt der Mandant dagegen und kann deswegen von der Gegenpartei Erstattung seiner Kosten verlangen, dann treibt der Anwalt vom Gegner Kosten in voller Höhe der gesetzlichen Vergütung bei und behält den Mehrbetrag. Für den Anwalt bedeutet dies faktisch ein Erfolgshonorar, da er im Erfolgsfall eine höhere Vergütung erhält als bei einem Misserfolg.

1047. Zunächst ist anzumerken, dass dieses Argument vom Verbot des Erfolgshonorars in § 49b Abs. 2 Satz 1 BRAO abhängig ist. Das heißt, die Verhinderung einer indirekten Vereinbarung von Erfolgshonoraren ist nur in dem Umfang sinnvoll, wie die direkte Vereinbarung von

Erfolgshonoraren verboten ist. Soweit Erfolgshonorare zulässig sind, gibt es keinen Anlass, ihre indirekte Vereinbarung zu verhindern.

Jedoch ist dieses Argument selbst bei Aufrechterhaltung des Verbots der Erfolgshonorare nicht überzeugend. Grundsätzlich gilt, dass der prozessuale Kostenerstattungsanspruch nur tatsächlich entstandene Kosten umfasst. Eine Partei, die sich im Prozess selbst vertritt, kann bei Obsiegen keine Erstattung von Rechtsanwaltskosten verlangen – außer sie ist selbst Rechtsanwalt. Wendet man diesen Grundsatz auf Anwaltshonorare an, die niedriger als die gesetzlichen Gebühren sind, dann folgt, dass auch diese nur in Höhe der tatsächlich angefallenen Kosten zu erstatten sind. Die Kostenerstattung wäre nach oben weiterhin durch die gesetzliche Vergütung – als Referenztarif – beschränkt. Zwar ist zuzugeben, dass bei dieser Konstellation Möglichkeiten zur Manipulation bestünden. Die obsiegende Partei könnte versuchen, einen Kostenerstattungsanspruch in voller Höhe der gesetzlichen Gebühren geltend zu machen, obwohl sie mit ihrem Anwalt ein geringeres Honorar vereinbart hätte. Ein derartiges Verhalten würde regelmäßig einen Betrug im Sinne des § 263 Strafgesetzbuch darstellen, in den der Rechtsanwalt als Täter oder Teilnehmer verstrickt ist. Es ist fraglich, ob Rechtsanwälte in großem Umfang zu einer derartigen Kriminalisierung bereit wären. Dagegen spricht, dass sie regelmäßig die Mandanten als Mitwisser fürchten müssten, dass die Entdeckungsgefahr also groß wäre. Falls aber die Strafbarkeit eines Prozessbetruges nicht dazu führt, dass der Rechtsanwalt von einem derartigen Verhalten Abstand nimmt, dann ist fraglich, ob das rein berufsrechtliche Verbot einer Gebührenunterschreitung viel zur Prävention beiträgt. Zudem sind heute schon Manipulationsmöglichkeiten denkbar, bei denen sich der Anwalt stillschweigend mit der Zahlung eines geringeren Honorars durch die eigene Partei zufrieden gibt.

2.4.3.4 Kostentransparenz

1048. Das Argument der Kostentransparenz sieht den Vorteil der Gebührenordnung darin, dass der Mandant bereits bei Auftragserteilung erkennen könne, was ihn die Beauftragung des Anwalts – in dieser Instanz – maximal kosten werde; denn der Anwalt könne ihm die Vergütung nach dem RVG ausrechnen. Eine solche Transparenz sei beispielsweise bei einer Zeitvergütung nicht gegeben.

1049. Für die Monopolkommission liegt der Vorteil einer gesetzlichen Vergütungsregelung weniger in der Kostentransparenz, sondern eher in der Verringerung von Transaktionskosten.⁶⁶ Denn das RVG wählt gerade nicht den Weg der maximalen Kostentransparenz; eine maximale Kostentransparenz ist nämlich nur bei der Vereinbarung eines unbedingten Pauschalhonorars gegeben, bei dem von Anfang an ein fester Betrag für die gesamte Tätigkeit des Anwalts in einer bestimmten Angelegenheit vereinbart würde. Ein solches Pauschalhonorar hat jedoch

⁶⁶ Das Argument der Transaktionskosten und des unvollständigen Vertrages wird im allgemeinen Teil dieses Kapitels näher ausgeführt.

den Nachteil, dass es zu unangemessenen Ergebnissen führen kann. Wird z. B. der Rechtsstreit sehr schnell abgeschlossen, weil die Gegenpartei den Anspruch anerkennt und es nicht zur streitigen Verhandlung kommt, dann stünde das vereinbarte Pauschalhonorar möglicherweise in einem deutlichen Missverhältnis zum Aufwand des Anwalts. Demgegenüber hat das RVG den Vorteil, dass es eine Reihe von Tatbeständen enthält, welche die Höhe der Gebühr an den Verlauf des Prozesses anpassen. Das RVG erspart dem Anwalt und dem Auftraggeber, im Vertrag ausführlich eine Vergütungsregelung zu vereinbaren, in der für möglichst viele denkbare Prozessverläufe Anpassungen des Honorars vereinbart werden.

1050. Die transaktionskostensenkende Wirkung des Vergütungsgesetzes bliebe jedoch auch dann erhalten, wenn das RVG als Referenztarif beibehalten würde, aber seine Unterschreitung erlaubt wäre. So wie Anwalt und Mandant bereits jetzt eine höhere Vergütung in Anlehnung an die Vergütungsregelung vereinbaren können, also ein bestimmtes Vielfaches der gesetzlichen Vergütung, so könnte auch eine Unterschreitung in Anlehnung an das Gesetz vereinbart werden, z. B. ein bestimmter Bruchteil der gesetzlichen Vergütung. Daneben wird es auch Situationen geben, wo das Vergütungsmodell des RVG unangemessen ist. Mit dem Wegfall des Gebührenunterschreitungsverbot es könnten in solchen Fällen noch weitergehend andere Honorarformen vereinbart werden.

2.4.3.5 Quersubventionierung

1051. Ein anderes häufig genanntes Argument für eine Mindestpreisregelung bei Anwaltsgebühren ist die Quersubventionierung zugunsten einkommenschwacher Gruppen. Die Mindestpreisregelung erlaube es den Anwälten, durch höhere Erträge bei großen Streitwerten Verluste bei Mandaten mit geringen Streitwerten auszugleichen. Dadurch könnten die Gebühren für Verfahren mit geringen Streitwerten gering gehalten werden und damit einkommenschwachen Bevölkerungsteilen der Zugang zum Rechtssystem erleichtert werden. Der einzelne Anwalt fungiere also gleichsam als Umverteilungskasse.

1052. Das RVG stellt bei der Berechnung der Vergütung vornehmlich auf den so genannten Gegenstandswert ab. Dieser richtet sich nach der wirtschaftlichen Bedeutung der Sache. Geht es beispielsweise in dem Rechtsstreit um die Zahlung von 10 000 Euro, so ist dies der Gegenstandswert (Streitwert) des Verfahrens. Die „Gebühren“ des Rechtsanwalts bemessen sich nach diesem Gegenstandswert, wobei sie nicht proportional, sondern nur degressiv wachsen.

Man kann davon ausgehen, dass nur ein unvollständiger Zusammenhang zwischen dem Gegenstandswert eines Prozesses und dem Arbeitsaufwand des Rechtsanwalts für die Prozessführung besteht. Eine Klage über 50 000 Euro wird nur selten hundertmal so aufwendig zu bearbeiten sein wie eine Klage über 500 Euro. Eine Klage mit geringem Gegenstandswert kann sogar aufwendiger zu führen sein als eine Klage mit hohem Streitwert. Zwar steigen die Gebühren des Rechtsanwalts nur degressiv

mit dem Streitwert, trotzdem dürfte die Gebührentabelle diesen Sachverhalt wohl nur unzureichend abbilden. In der Regel sind deshalb Prozesse mit hohem Gegenstandswert für den Anwalt wirtschaftlich ertragreicher als Prozesse mit niedrigem Gegenstandswert. Macht man die weitere Annahme, dass Prozesse mit hohem Gegenstandswert hauptsächlich von wohlhabenden Personen oder von Unternehmen geführt werden und bei Prozessen mit geringem Gegenstandswert sehr oft zumindest eine der Parteien über wenig Einkommen verfügt, dann ist es denkbar, dass durch die Mindestpreisregelung eine Quersubventionierung zugunsten weniger zahlungskräftiger Personen stattfindet und diesem Personenkreis dadurch der Zugang zum Rechtssystem erleichtert wird.

1053. Für die Monopolkommission ist jedoch zweifelhaft, ob eine Quersubventionierung im beschriebenen Sinne tatsächlich im großen Rahmen stattfindet. Sie bezweifelt zudem, dass dieses System tatsächlich dazu geeignet ist, einen hinreichend breiten Zugang zum Rechtssystem sicherzustellen.

Eine Voraussetzung für eine funktionierende Quersubventionierung wäre, dass Aufträge mit hohem und mit niedrigem Streitwert in etwa gleichmäßig auf die Anwaltschaft verteilt sind, also jeder Anwalt in etwa gleichem Umfang attraktive und weniger attraktive Mandate erhält. Tatsächlich wird es in dieser Hinsicht jedoch große Unterschiede geben. Anwälte, die sich erfolgreich auf bestimmte Gebiete des Wirtschaftsrechts spezialisiert haben, werden überproportional viele Mandate mit hohem Gegenstandswert bearbeiten. Andere Anwälte, die beispielsweise hauptsächlich im Bereich des Sozial- oder des Ausländerrechts tätig sind, werden dagegen überproportional viele Mandate mit geringen Streitwert erhalten. Im Zuge einer weiter zunehmenden Spezialisierung auf dem Anwaltsmarkt wird diese Tendenz eher noch zunehmen. Da lukrative und weniger lukrative Mandate also nicht gleichmäßig auf die einzelnen Anwälte verteilt sind, kann der einzelne Anwalt die ihm zugewiesene Rolle als Umverteilungskasse kaum wahrnehmen.

Einer funktionierenden Quersubventionierung steht auch entgegen, dass es für Rechtsanwälte keine Höchstpreisregelung und keinen Kontrahierungszwang gibt. Denn unter der geltenden Rechtslage kann eine Quersubventionierung geringwertiger Mandate daran scheitern, dass der Anwalt ihre Bearbeitung ablehnt oder vom Abschluss einer Honorarvereinbarung abhängig macht. Es ist also in das Belieben jedes einzelnen Rechtsanwalts gestellt, ob er an dieser Quersubventionierung teilnimmt oder sich ihr entzieht.

Selbst wenn der Anwalt die Übernahme geringwertiger Fälle nicht ablehnt, wird er möglicherweise geringere Anstrengungen bei ihrer Bearbeitung aufwenden, da er nur ein geringes Interesse daran hat, durch gute Leistungen weitere Mandate aus diesem Bereich anzuwerben. Bei so genannten „pro-bono-Fällen“ mag dies anders sein, da der Anwalt in solchen Fällen gezielt ein nicht kostendeckendes Mandat übernimmt, weil er die zu vertretende Sache für förderungswürdig hält.

1054. Auch muss bezweifelt werden, dass bei allen nicht kostendeckenden Mandaten eine Subventionierungsabsicht des Rechtsanwaltes vorliegt. In einigen Fällen werden Anwälte Mandate, die sie trotz einer nicht kostendeckenden Vergütung annehmen, als Investition betrachten. Entweder hoffen sie auf weitere, einträglichere Aufträge vom selben Mandanten, oder es geht ihnen darum, weiter empfohlen zu werden. Ein junger Allgemeinanwalt wird möglicherweise fast jedes ernst zu nehmende Mandat annehmen, um erstmal einen gewissen Bekanntheitsgrad zu erwerben. Die Annahme nicht kostendeckender Mandate wird unter diesem Gesichtspunkt oft eine betriebswirtschaftlich rationale Strategie sein.

1055. Schließlich muss die Frage nach der „sozialen Treffsicherheit“⁶⁷ der angestrebten Quersubventionierung gestellt werden. Den Zusammenhang zwischen der Höhe des Gegenstandswertes eines Rechtsstreites und der wirtschaftlichen Lage der Parteien ist nur unvollständig. Insbesondere als Kläger in Schadensersatzfällen können auch wirtschaftlich schwache Personen mit relativ großen Streitwerten konfrontiert werden. Es ist schwer einzusehen, dass sie in dieser Situation auch noch andere Verfahren subventionieren sollen.

1056. Die Monopolkommission bezweifelt, dass Quersubventionierung ein überzeugendes Argument für anwaltliche Mindestgebühren ist. Der Zugang wirtschaftlich schwacher Personen zum Recht kann und wird heute auch besser durch Institute wie Prozesskostenhilfe und Beratungshilfe sichergestellt. Zudem ist darüber nachzudenken, durch die Zulassung von Erfolgshonoraren den Zugang zum Rechtssystem verstärkt abzusichern.⁶⁸

2.4.3.6 Stärkung des Rechtsschutzversicherungsmarktes

1057. Als weiterer Grund für eine Vergütungsregelung wird angeführt, dass dadurch ein starker Rechtsschutzversicherungsmarkt ermöglicht werde. Die pauschalierten Tarife der Gebührenordnung ermöglichten den Versicherungen eine bessere Kalkulation des Risikos. Außerdem werde dadurch die freie Anwaltswahl erleichtert, da sonst die Versicherungen nur die Kosten ihrer „Hausanwälte“ erstatten würde, die zu den von der Versicherung vorgegebenen Vergütungssätzen zu arbeiten bereit sind.

1058. Hieran ist richtig, dass das Risiko eines Rechtsschutzversicherungsvertrages nur kalkulierbar ist, wenn er eine Regelung über die Höhe der zu erstattenden Rechtsverfolgungskosten enthält. Denn grundsätzlich sind die Kosten eines Rechtsstreites nach oben offen, da man ihn beliebig aufwendig führen kann. Es besteht die Gefahr, dass der Versicherte nach Eintritt des Versicherungsfalles eine sehr aufwendige Führung des Rechtsstreites wählt (so genannter „moral hazard“). Deshalb muss im Versicherungsvertrag von Anfang an festgelegt werden, in welchem Umfang die Versicherung leistet. Gibt es eine Gebührenordnung, wird diese Festlegung

vereinfacht. Der Vertrag verweist dann einfach auf die Gebührenordnung. Auch in diesem Fall hilft die Gebührenordnung, Transaktionskosten einzusparen. Jedoch muss sie dazu nicht verbindlich sein; auch wenn die Gebührenordnung nur als Referenztarif gilt, kann im Rechtsschutzversicherungsvertrag auf sie verwiesen werden.

1059. Die Wahlfreiheit des Versicherten bezüglich seines Anwalts ist in § 158m VVG geregelt. Danach ist der Versicherte berechtigt, zu seiner Vertretung in Gerichts- und Verwaltungsverfahren seinen Anwalt aus dem Kreis der Rechtsanwälte, deren Vergütung der Versicherer nach dem Versicherungsvertrag trägt, frei zu wählen. Bereits jetzt – unter Geltung des Verbots der Gebührenunterschreitung – gibt es für diese Wahlfreiheit eine Einschränkung, nämlich dass der Versicherte keinen Anwalt wählen kann, der ein höheres Honorar verlangt, als in der Gebührenordnung vorgesehen, es sei denn, der Versicherte ist bereit, den Mehrbetrag selbst zu übernehmen.

1060. Sollte eine Unterschreitung der gesetzlichen Vergütung in gerichtlichen Verfahren erlaubt werden, könnten Versicherungsunternehmen anfangen, auch Verträge anzubieten, die nur eine Abdeckung bis zu einem bestimmten Bruchteil der gesetzlichen Gebühren vorsieht. Dadurch würde der Zugang zur Rechtsschutzversicherung möglicherweise noch erweitert.

Dagegen würde ein Modell, bei dem Rechtsschutzversicherer Verträge mit „Hausanwälten“ schließen, die Versicherten für die Vertretung vor Gericht und in Verwaltungsverfahren nur diese „Hausanwälte“ beauftragen können und die „Hausanwälte“ als Gegenleistung für diese Exklusivität eine geringere Vergütung akzeptieren, nach jetziger Rechtslage an §§ 158m, 158o VVG scheitern.⁶⁹

1061. Unbestritten von Vorteil ist die Existenz einer Gebührenordnung dagegen in Bezug auf die Transaktionskosten des Rechtsschutzversicherungsvertrages. Der Vertrag kann auf das RVG verweisen (§ 5 Abs. 1 lit. a ARB 94) und muss nicht für einzelne Tätigkeiten bestimmte Höchstarife vorsehen. Dieser Vorteil bliebe aber auch bei der Gebührenordnung als Referenztarif erhalten.

2.4.3.7 Ermöglichung von Prozesskostenhilfe und Beratungshilfe

1062. Schließlich wird zugunsten des Gebührenunterschreitungsverbotes auch noch das System der Beratungs- und Prozesskostenhilfe angeführt. Die Regelung sei notwendig, um Klarheit über die zu erstattenden Gebühren bei Kontrahierungszwang zu schaffen und Streit zwischen Staatskasse und Anwalt über die Höhe der Gebühren zu vermeiden.

Zutreffend daran ist, dass der Rechtsanwalt in bestimmten Situationen nicht frei entscheiden kann, ob er ein

⁶⁷ Vergleiche Wein, T., Recht durch Rechtsanwälte, Berlin 1995, S. 284.

⁶⁸ Zur Frage der Zulassung von Erfolgshonoraren vgl. Tz. 1066 ff.

⁶⁹ Diese Regelungen beruhen auf der EWG-Rechtsschutzversicherungsrichtlinie; Richtlinie 87/344/EWG des Rates vom 22. Juni 1987 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Rechtsschutzversicherung, ABl. EG Nr. L 185 vom 4. Juli 1987, S. 77.

Mandat übernimmt. In bestimmten Fällen kann er vielmehr durch gerichtliche Anordnung zur Übernahme des Mandats verpflichtet werden, insbesondere in Fällen der Prozesskostenhilfe (§§ 48 f. BRAO); auch ist er verpflichtet, eine außergerichtliche Beratung nach dem Beratungshilfegesetz vorzunehmen. Da der Rechtsanwalt in solchen Fällen nicht mit dem Mandanten über seine Vergütung verhandeln kann, ist hier eine gesetzliche Vergütungsregelung notwendig. Nach der jetzigen Rechtslage gelten in einem solchen Fall grundsätzlich die gesetzlichen Gebühren, wobei für Fälle der Prozesskosten- oder Beratungshilfe teilweise noch eine Absenkung davon vorgesehen ist. Diese Regelungsfunktion könnte die Gebührenordnung auch dann beibehalten, wenn das Gebührenunterschreitungsverbot nicht mehr gelten würde. Durch die Anwendung der allgemeinen Gebührenordnung bzw. der besonderen Gebührenregelungen für Prozesskostenhilfe und Beratungshilfe wäre auch weiter Klarheit über die Gebührenhöhe geschaffen. Es bestünde nicht die Gefahr, dass zwischen Staatskasse und Rechtsanwalt Streit über die Höhe der Vergütung entsteht.

1063. Daneben wird noch vertreten, dass die Anwaltschaft durch die Erbringung von Leistungen im Bereich von Prozesskostenhilfe und Beratungshilfe ein Sonderopfer erbringe, da die dafür gezahlten Gebühren nicht kostendeckend seien. Dieses Sonderopfer müsse durch höhere Gebühren für andere Verfahren ausgeglichen werden.

Für diese These gilt Ähnliches wie für das Argument der Quersubventionierung. Bereits die Konzeption, die „Anwaltschaft“ erbringe ein Sonderopfer, ist problematisch, da sie alle Anwälte zu einer wirtschaftlichen Einheit zusammenfasst, was nicht der wirtschaftlichen Realität entspricht. Dies wird dadurch problematisch, dass das Aufkommen an Prozesskosten- und Beratungshilfefällen nicht gleichmäßig auf die Anwaltschaft verteilt ist. Anwälte mit bestimmten Themenschwerpunkten, z. B. im Ausländer- oder Sozialrecht, werden überproportional Prozesskosten- und Beratungshilfemandate übernehmen. Dasselbe gilt für junge Anwälte, die sich ebenfalls mangels eigenen Mandantenstammes um die Akquirierung von Prozesskosten- und Beratungshilfefällen bemühen werden.

1064. Wenn diese Anwälte für ihre Tätigkeit nur eine geringe Vergütung erhalten, dann kann das kein Grund sein, der Rechtsanwaltschaft insgesamt höhere Gebühren zuzuweisen, wobei die attraktivsten Mandate möglicherweise bei ganz anderen Anwälten landen. Sollten die Vergütung für Prozesskosten- und Beratungshilfemandate tatsächlich zu niedrig sein, wäre es Sache des Gesetzgebers, diese Gebühren entsprechend anzupassen. Dies hätte den Vorteil, dass möglicherweise ein größerer Teil der Anwälte sich für diese Gruppe von Aufträgen interessiert.

2.4.3.8 Qualitätssicherung

1065. Im Gegensatz zu anderen Freien Berufen wird das Argument der Qualitätssicherung bei der Rechtfertigung der anwaltlichen Gebührenordnung nur selten ange-

führt. Bezüglich dieses Arguments wird auf die Ausführungen im allgemeinen Teil dieses Kapitels verwiesen, die zu einem ablehnenden Ergebnis kommen, da für Anwälte keine Besonderheiten erkennbar sind.

2.4.4 Erfolgshonorare und quota litis

1066. Zwar kann der Anwalt mit dem Mandanten eine Honorarvereinbarung treffen, gemäß § 49 b Abs. 2 BRAO ist es ihm jedoch untersagt zu vereinbaren, dass seine Vergütung vom Ausgang der Sache oder vom Erfolg der anwaltlichen Tätigkeit abhängig gemacht wird (Erfolgshonorar) oder dass er einen Teil des erstrittenen Betrages als Honorar erhält (quota litis).

1067. Vom Verbot des Erfolgshonorars wird ein weiterer Bereich von Gestaltungsmöglichkeiten erfasst. Es greift nicht nur bei Absprachen, bei denen ein Anwaltshonorar nur im Falle eines Erfolges zu zahlen ist (spekulatives Honorar), sondern verbietet auch Vereinbarungen, die neben einem Festhonorar noch ein Zusatzhonorar vorsehen, das nur im Falle des erfolgreichen Ausgangs zu zahlen ist (Festhonorar mit Erfolgszuschlag).

1068. Ebenfalls verboten ist die quota litis, bei der das anwaltliche Honorar aus einem bestimmten Bruchteil des erstrittenen Betrages besteht. Die quota litis wird oft als besonders problematisch angesehen, jedoch ist sie letztlich nur eine Sonderform des Erfolgshonorars. Dies wird deutlich, wenn man sich bewusst macht, dass in vielen Fällen die Frage nach dem Erfolg eines Rechtsstreits nicht ohne weiteres mit Ja oder Nein beantwortet werden kann.

1069. Als Beispiel sei der Fall unterstellt, dass ein Unfallgeschädigter einen Betrag von 20 000 Euro geltend macht. Wird die Klage vollumfänglich abgewiesen, dann liegt ein eindeutiger Misserfolg vor, wird der Gegner im Umfang von 20 000 Euro verurteilt, dann liegt ein eindeutiger Erfolg vor. Oft ist es aber der Fall, dass das Gericht zwar einen Anspruch des Klägers dem Grunde nach bejaht, aber in der zugesprochenen Höhe hinter der Vorstellung des Klägers zurückbleibt. Das Gericht könnte z. B. den Gegner zur Zahlung von 12 000 Euro verurteilen, aber die Klage bezüglich der übrigen 8 000 Euro abweisen. In diesem Fall kann nicht mehr eindeutig gesagt werden, dass die Sache erfolgreich ausgegangen ist. Neben dieser Möglichkeit der teilweisen Klageabweisung, ist auch noch an die Möglichkeit zu denken, dass ein bestimmter Betrag zwar vom Gericht zugesprochen wird, aber dieser Anspruch wegen Vermögenslosigkeit oder Insolvenz des Beklagten nicht oder nur im begrenzten Umfang verwirklicht werden kann.

1070. Soll ein Erfolgshonorar vereinbart werden, dann muss genau definiert werden, wann ein Erfolg vorliegt, d. h. ab welchem zugesprochenen oder eingetriebenen Betrag der Anwalt überhaupt ein Honorar bzw. den Erfolgszuschlag erhalten soll. Allerdings kann die Vereinbarung einer einzelnen Erfolgsschwelle zu problematischen Ergebnissen führen, insbesondere wenn der erstrittene Betrag nur wenig unterhalb oder wenig oberhalb dieser Schwelle liegt. Im Beispielfall könnte ein Erfolg bei

einem erstrittenen Betrag von mindesten 10 000 Euro definiert sein. Bei einem Ergebnis von 9 900 Euro wäre kein Erfolg eingetreten, und der Anwalt erhielte kein Erfolgshonorar.

Insofern bietet es sich an, mehrere Schwellen mit daran gekoppelten Erfolgshonoraren zu vereinbaren, z. B. ein Drittel des Erfolgshonorars bei einem erstrittenem Betrag von mindestens 5 000 Euro, ein zusätzliches Drittel bei mindestens 10 000 Euro und das letzte Drittel bei mindestens 15 000 Euro. Die *quota litis* ist letztlich nichts anderes als eine Folge von derartigen Erfolgsschwellen, welche den erstrittenen Betrag in eine Menge kleiner Teilerfolge aufteilen. Jeder zusätzlich erstrittene Euro ist insofern ein Teilerfolg.

1071. Üblicherweise wird unter der *quota litis* eine feste Quote verstanden, die auf den gesamten erstrittenen Betrag anzuwenden ist, z. B. 25 Prozent vom erstrittenen Betrag. Es ist jedoch auch denkbar, gestaffelte Quoten anzuwenden, z. B. 20 Prozent von den ersten 10 000 Euro und 30 Prozent von dem darüber hinausgehenden Betrag.

1072. Da wie dargelegt die *quota litis* nur eine Sonderform des Erfolgshonorars ist für Angelegenheiten, bei denen es um die Zahlung eines Geldbetrages geht, wird im Folgenden einheitlich von Erfolgshonoraren geredet und dabei die *quota litis* regelmäßig mit eingeschlossen. Die *quota litis* wird nur dann extra erwähnt, wenn für sie Besonderheiten gelten.

2.4.4.1 Gründe für die Zulassung von Erfolgshonoraren

1073. Für die Zulassung des Erfolgshonorars sprechen zwei Gesichtspunkte. Zum einen kann das Erfolgshonorar für den Rechtsanwalt Ansporn zu besonderer Anstrengung sein, die über das hinausgeht, was nach Berufs- und Haftungsrecht als Mindestmaß gefordert wird. Das gilt besonders, wenn die Prozessführung für den Mandanten ein einmaliger Vorgang ist, wie das bei Privatpersonen regelmäßig der Fall ist, da dann ein Interesse des Anwalts an Anschlussaufträgen nicht gegeben ist. Zum anderen bewirkt das Erfolgshonorar eine Risikoverlagerung zwischen Mandant und Rechtsanwalt. Die gerichtliche Geltendmachung eines hohen Betrages bedeutet für den Kläger ein relativ riskantes Geschäft, da er im Fall des Unterliegens die Gerichtskosten sowie die Kosten des eigenen und des gegnerischen Anwalts tragen muss. Beim Erfolgshonorar wird ein Teil dieses Risikos auf den Anwalt übertragen, der möglicherweise dieses Risiko vermögensmäßig besser tragen kann bzw. zur Diversifikation in der Lage ist.

1074. Zwar kann das Prozesskostenrisiko oft durch den (rechtzeitigen) Abschluss einer Rechtsschutzversicherung abgewendet werden. Jedoch sind nicht alle Rechtsgebiete gut versicherbar – so schließen die üblichen Rechtsschutzversicherungsverträge z. B. den Bereich des Baurechts grundsätzlich vom Versicherungsschutz aus. Zum anderen ist es unter dem Ziel der Sicherung des Zugangs zum Rechtssystem äußerst problematisch, diesen Zugang praktisch vom vorherigen Abschluss eines Versi-

cherungsvertrages abhängig zu machen und Vertragsformen mit ähnlicher wirtschaftlicher Wirkung – wie z. B. das Erfolgshonorar – auszuschließen.

1075. Auch das Institut der Prozesskostenhilfe ist kein vollständiger Ersatz für das Erfolgshonorar. Denn an Parteien, die zwar über hinreichend Einkommen oder Vermögen verfügen, um die Prozesskosten zu zahlen, d. h. die – vereinfacht – durch die Zahlung der Prozesskosten nicht unter Sozialhilfeniveau gedrückt werden, wird Prozesskostenhilfe nicht oder nur als Darlehen gewährt. Diese Parteien sind durch einen größeren Prozess mit der Gefahr einer deutlichen Absenkung ihres Lebensstandards konfrontiert. Obwohl es verständlich ist, dass dieser Personenkreis keine Prozesskostenhilfe in Form eines Zuschusses erhält, ist es unter dem Gesichtspunkt des Zugangs zum Rechtssystem trotzdem problematisch, hier eine nachträgliche Risikoabsenkung durch Vereinbarung eines Erfolgshonorars zu verbieten.

1076. Durch die Vereinbarung eines Erfolgshonorars wird allerdings nur ein Teil des Kostenrisikos eines Prozesses verlagert, da der Kläger bei einer Niederlage immer noch die Gerichtskosten sowie die Kosten des gegnerischen Anwalts zu tragen hätte. Zu einer vollständigen Verlagerung käme es nur bei einer Prozessfinanzierung, bei der dem Kläger das Kostenrisiko gegen eine Erfolgsbeteiligung vollständig abgenommen würde. Diese Prozessfinanzierung könnte grundsätzlich ebenfalls durch den Rechtsanwalt erfolgen – wie z. B. in den USA – oder aber durch Dritte. So gibt es in Deutschland inzwischen Prozessfinanzierer, also Unternehmen, die Zivilprozesse gegen eine Beteiligung am erstrittenen Betrag finanzieren. Jedoch findet bei diesem Vorgehen eine Trennung zwischen Prozessfinanzierung und Prozessführung statt. Das Beispiel der USA zeigt, dass bei einer Zulässigkeit der *quota litis* die Prozessfinanzierung durch Rechtsanwälte zu dominieren scheint. Das könnte damit zusammenhängen, dass es effektiver ist, die Erfolgsaussichten des Anspruchs nur durch eine Person – den Rechtsanwalt – prüfen zu lassen, statt diese Aufgabe auf zwei Personen – Rechtsanwalt und Prozessfinanzierer – zu verteilen.

2.4.4.2 Gesetzliche Begründung des Verbotes

1077. Das Verbot des Erfolgshonorars wurde – wie auch das Gebührenunterschreitungsverbot – erst 1994 gesetzlich geregelt. Im Regierungsentwurf findet sich folgende Begründung:

„Bei dem Verbot, ein Erfolgshonorar oder eine quota litis zu vereinbaren, steht die Frage der Unabhängigkeit des Anwalts im Vordergrund. Sie ist gefährdet, wenn bei der Führung der Sache wirtschaftliche Erwägungen den Ausschlag geben könnten.“⁷⁰

Damit greift die Gesetzesbegründung ein Argument auf, das zuvor bereits von der Rechtsprechung verwendet wurde. Denn bereits vor 1994 gingen die Gerichte davon aus, dass Erfolgshonorare sittenwidrig und damit verbo-

⁷⁰ Bundestagsdrucksache 12/4993, S. 31.

ten sind (§ 138 BGB), weil sie die Unabhängigkeit des Rechtsanwalts gegenüber seinem Mandanten gefährden könnten.

„Der Rechtsanwalt hat eine gesetzlich garantierte Stellung als unabhängiges Organ der Rechtspflege (§ 1 BRAO). Er ist der berufene unabhängige Berater und Vertreter in allen Rechtsangelegenheiten (§ 3 I BRAO). Ihm sind damit Aufgaben übertragen, die ihn aus der Ebene allgemeiner wirtschaftlicher Betätigung herausheben. Seine Stellung wird noch dadurch verstärkt, daß ihm insbesondere vor Kollegialgerichten die ausschließliche Vertretungsbefugnis zukommt (§ 78 ZPO). Dieser herausgehobenen Stellung entsprechen besondere Pflichten. Dazu gehört, dass der Rechtsanwalt sich die erforderliche Freiheit gegenüber seinem Auftraggeber und dessen Belangen bewahrt. Er darf sich in seiner beruflichen Tätigkeit nur von Rücksichten auf die von ihm betriebene Sache leiten lassen. Diese Unabhängigkeit gefährdet er, wenn er sein Interesse an einer angemessenen Entlohnung seiner Dienste mit dem Interesse der Partei an einem ihr günstigen Ausgang der Sache dadurch verquickt, daß er seine Vergütung ganz oder teilweise von der erfolgreichen Durchführung des Auftrags abhängig macht. Denn dann sind seine wirtschaftlichen Interessen so mit denen des Mandanten verknüpft, daß zumindest die Gefahr nicht auszuschließen ist, daß der Rechtsanwalt den Erfolg ohne Rücksicht auf die wirkliche Sach- und Rechtslage auch mit nicht zu billigen Mitteln anstrebt. Kaufmännische Erwägungen können dann bei ihm so sehr in den Vordergrund treten, wie dies mit seiner gesetzlichen Stellung nicht zu vereinbaren ist ...“⁷¹

1078. Nach Ansicht der Monopolkommission kann das Verbot von Erfolgshonoraren nicht auf diese Argumentation gestützt werden. Zum einen gibt es im geltenden Recht eine Reihe von Konstellationen, in denen der Anwalt ein wirtschaftliches Interesse am Ausgang der Sache haben kann bzw. ein Erfolgshonorar sogar gesetzlich vorgesehen ist, ohne dass der Gesetzgeber dadurch die anwaltliche Unabhängigkeit als gefährdet angesehen hätte. Zum anderen liegt dieser Argumentation nicht nur ein problematisches Anwaltsbild zugrunde, sondern es wird auch das stets bestehende, zumindest indirekte wirtschaftliche Interesse des Anwalts am Erfolg seiner Mandanten übersehen.

1079. Bereits jetzt gibt es eine Reihe von Konstellationen, in denen der Anwalt ein wirtschaftliches Interesse am Ausgang der von ihm vertretenen Angelegenheit haben kann. Teilweise ist sogar explizit im Gesetz vorgesehen, dass die Höhe der Vergütung vom Erfolg der anwaltlichen Tätigkeit abhängt.

1080. Für Rechtsanwälte ist es zulässig, sich vor Gericht in eigenen Angelegenheiten selbst zu vertreten. Bemerkenswert ist dabei, dass dies nicht nur für Fälle gilt, in denen sich jedermann selbst vertreten kann, sondern z. B. auch für Zivilverfahren vor dem Landgericht, bei denen Anwaltszwang besteht (§ 78 Abs. 6 ZPO). Wird der

Rechtsanwalt in einer eigenen Angelegenheit tätig, dann hat er ein klar definiertes wirtschaftliches Interesse am Ausgang der Sache. Bei der Geltendmachung einer eigenen Forderung liegt praktisch eine quota litis von 100 Prozent vor. Ist der sich selbst vertretende Anwalt im Zivilverfahren erfolgreich, dann kann er zudem von der Gegenseite als Kostenerstattung die gesetzliche Vergütung eines bevollmächtigten Anwalts verlangen. Hier liegt ein gesetzlich vorgesehener Fall eines Erfolgshonorars vor: Ist die Klage erfolgreich, dann erhält der Anwalt eine Vergütung für seine Tätigkeit, bleibt sie erfolglos, dann nicht.

1081. Im RVG sind spezielle Gebührentatbestände für das erfolgreiche Mitwirken des Anwalts bei der Streit-schlichtung vorgesehen. Die „Einigungsgebühr“ entsteht, wenn es unter Mitwirkung des Rechtsanwalts zum Abschluss eines Vertrags gekommen ist, durch den der Streit oder die Ungewissheit der Parteien über ein Rechtsverhältnis beseitigt wird. Die „Aussöhnungsgebühr“ entsteht für die Mitwirkung des Rechtsanwalts bei der Aussöhnung von Ehegatten, wenn ernstliche Scheidungsabsicht bestand. Es handelt sich dabei um erfolgsabhängige Honorare; denn es reicht nicht, dass der Anwalt umfangreiche, aber letztlich erfolglose Vergleichsverhandlungen bzw. Aussöhnungsgespräche führt. Durch Honorarvereinbarung können solche gesetzlichen, erfolgsabhängigen Gebühren sogar noch erhöht werden (§ 49 Abs. 2 Satz 2 BRAO). Gesetzgeberisches Ziel dieser Gebührentatbestände ist die Förderung der Vergleichsbereitschaft bzw. die Erhaltung von Ehen. Die Erfolgsabhängigkeit des anwaltlichen Honorars wird hier nicht nur hingenommen – vielmehr setzt der Gesetzgeber bewusst einen Erfolgsanreiz, um das Verhalten des Anwalts in der Sache zu beeinflussen.⁷²

1082. Auch wenn der Rechtsanwalt für eine Person tätig wird, die Anspruch auf staatliche Unterstützung bei der Rechtswahrnehmung hat, kann es zu einer erfolgsbezogenen Vergütung kommen. Nimmt die Partei z. B. Prozesskostenhilfe in Anspruch, so erhält der Rechtsanwalt aus der Staatskasse eine Vergütung, die regelmäßig niedriger ist als die gesetzlichen Gebühren (§ 49 RVG). Ist die bedürftige Person im Prozess erfolgreich und muss die Gegenseite deshalb die Kosten des Rechtsstreits tragen, so kann der Rechtsanwalt die vollen gesetzlichen Gebühren von der Gegenseite betreiben (§ 126 ZPO). Es liegt also ein Erfolgshonorar vor, weil der Anwalt beim erfolgreichen Ausgang des Prozesses ein höheres Honorar erhält. Ähnliche Regelungen gelten, wenn ein Rechtsanwalt außergerichtlich für einen Mandanten tätig wird, der Anspruch auf staatliche Unterstützung nach dem Beratungshilfegesetz hat, sowie für einen als Pflichtverteidiger bestellten Rechtsanwalt. Beim Pflichtverteidiger ist der „Erfolgsfall“ gegeben, wenn der Beschuldigte einen Anspruch auf Kostenerstattung gegenüber der Staatskasse hat, insbesondere wenn es zu einem vollständigen oder beschränkten Freispruch kommt.

⁷¹ BGH NJW 87, 3203, 3204.

⁷² Vergleiche Schepke, J., Das Erfolgshonorar des Rechtsanwalts, Tübingen 1998, S. 143.

1083. Das Institut der Streitwertspaltung ermöglicht in bestimmten Gerichtsverfahren, bei denen häufig ein wirtschaftliches Ungleichgewicht zwischen den Beteiligten besteht, z. B. bei Patentstreitigkeiten, der wirtschaftlich schwächeren Partei, ihr Prozesskostenrisiko zu senken. Sie muss dazu dem Gericht glaubhaft machen, dass die Belastung mit den vollen Prozesskosten ihre wirtschaftliche Lage erheblich gefährden würde. Das Gericht ordnet dann an, dass sich die Prozesskosten dieser Partei nach einem niedrigeren, der wirtschaftlichen Lage der Partei angepassten Teil des Streitwerts bemessen. Das heißt insbesondere, dass diese Partei ihrem Anwalt nur eine Vergütung schuldet, die sich nach dem niedrigeren Streitwert bemisst. Ist die wirtschaftlich schwächere Partei im Prozess zumindest teilweise erfolgreich und ergibt sich daraus eine Kostentragungspflicht der wirtschaftlich stärkeren Partei, dann kann der Rechtsanwalt der wirtschaftlich schwächeren Partei Gebühren von dem Gegner nach dem vollen Streitwert Beitreiben. Für den Rechtsanwalt der wirtschaftlich schwächeren Partei führt diese Regelung dazu, dass die Höhe seines Honorars vom Erfolg seines Mandanten im Verfahren abhängt. Unterliegt der Mandant und muss die Kosten seines Anwalts tragen, dann erhält dieser nur eine Vergütung nach dem niedrigeren Streitwert. Obsiegt der Mandant, dann trägt die Gegenseite die Kosten und die Vergütung des Anwalts berechnet sich nach dem vollen Streitwert. Derartige Regelungen existieren vor allem im Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes,⁷³ aber auch im Kartellrecht,⁷⁴ im Energiewirtschaftsrecht⁷⁵ sowie für die aktienrechtliche Anfechtungsklage.⁷⁶ Während diese Regelungen im Kartell- und Energiewirtschaftsrecht neu sind, bestehen sie im gewerblichen Rechtsschutz schon lange.

1084. Es ist widersprüchlich, einerseits die Vereinbarung von Erfolgshonoraren kategorisch zu verbieten, weil es kein wirtschaftliches Interesse des Anwalts am Ausgang der Sache geben dürfe, aber andererseits in bestimmten Konstellationen ein eigenes wirtschaftliches Interesse des Anwalts bzw. ein Erfolgshonorar gesetzlich vorzusehen,⁷⁷ obwohl die Begründung für das Verbot einer Vereinbarung von Erfolgshonoraren auch hier anwendbar ist.

1085. Nicht zuletzt angesichts dieses widersprüchlichen Verhaltens des Gesetzgebers erscheint es sinnvoll, grundsätzlich zu untersuchen, ob das Postulat einer vollkommenen wirtschaftlichen Unabhängigkeit des Anwalts vom Mandanten rechtspolitisch zu rechtfertigen ist. Zwar betont die Bundesrechtsanwaltsordnung die Unabhängigkeit des Rechtsanwalts. Laut § 1 BRAO hat der Rechtsanwalt die Stellung eines unabhängigen Organs der Rechts-

pflage; gemäß § 3 Abs. 1 BRAO ist der Rechtsanwalt der berufene unabhängige Berater und Vertreter in allen Rechtsangelegenheiten. Jedoch geht es beim Grundsatz anwaltlicher Unabhängigkeit vor allem um die Unabhängigkeit gegenüber dem Staat. Im Sinne des Postulats der „freien Advokatur“ (Rudolf von Gneist) sollen die Anwälte nicht Teil des öffentlichen Dienstes sein, sondern einen vom Staat unabhängigen freien Beruf ausüben. Das Bundesverfassungsgericht hat die rechtsstaatliche Bedeutung der anwaltlichen Unabhängigkeit vom Staat so umschrieben:

„Es entspricht dem Rechtsstaatsgedanken und dient der Rechtspflege, daß dem Bürger schon aus Gründen der Chancen- und Waffengleichheit Rechtskundige zur Verfügung stehen, zu denen er Vertrauen hat und die seine Interessen möglichst frei und unabhängig von staatlicher Einflussnahme wahrnehmen können.“⁷⁸

Bei der Begründung für das Verbot des Erfolgshonorars geht es aber um eine andere Form von Unabhängigkeit, nämlich um die Unabhängigkeit des Anwalts gegenüber seinem Mandanten. Der Anwalt soll sich nur „von Rücksichten auf die von ihm betriebene Sache leiten lassen“. Diese Distanz gegenüber dem eigenen Mandanten erscheint fragwürdig, wenn der Rechtsanwalt – wie vom Bundesverfassungsgericht betont – gerade ein Interessenvertreter des Mandanten sein soll. Um Interessenvertreter zu sein, kann der Rechtsanwalt aber nicht – wie der Richter – über den Parteien stehen. Vielmehr muss er die Interessen des Mandanten vertreten und auch dessen Weisungen befolgen. Andere Vorschriften setzen diese parteiische Rolle des Rechtsanwalts voraus. So ist es dem Rechtsanwalt gemäß § 43 Abs. 4 BRAO verboten, widerstreitende Interessen zu vertreten. In bestimmten Fällen kann dies sogar als Parteiverrat strafbar sein (§ 356 StGB).

1086. Akzeptiert man die nötige Parteilichkeit des Anwalts, kann es beim Schutz der Unabhängigkeit des Anwalts also nur darum gehen zu verhindern, dass das Interesse des Anwalts am Ausgang der Sache ihn dazu bewegen wird, den Erfolg der Sache mit unzulässigen Mitteln anzustreben, möglicherweise unter Ausnutzung der ihm zustehenden besonderen verfahrensrechtlichen Befugnisse (z. B. Postulationsfähigkeit, Akteneinsichtsrecht, Zeugnisverweigerungsrecht).

1087. Jedoch ist der Anwalt auch ohne Erfolgshonorar wirtschaftlichen Anreizen bei der Mandatsbearbeitung ausgesetzt. So hat jeder Anwalt ein Interesse daran, dass seine Mandanten mit seiner Arbeit zufrieden sind. Dieses Ziel wird er vor allem dann erreichen, wenn er die Interessen seiner Mandanten erfolgreich durchsetzt. Ist der Mandant zufrieden, dann kann der Anwalt damit rechnen, weitere Aufträge zu erhalten und weiterempfohlen zu werden. Insbesondere wenn ein wesentlicher Teil der Aufträge des Mandanten von einem Auftraggeber (z. B. einem Unternehmen) kommt, kann daraus durchaus eine

⁷³ Neben § 144 Abs. 1 PatG auch § 142 Abs. 2 und 3 MarkenG, § 54 Abs. 1 und 2 GeschmG, § 26 Abs. 1 GebrMG.

⁷⁴ § 89a Abs. 1 GWB. Die Monopolkommission hat sich 2004 für die Einführung dieser Vorschrift ausgesprochen, vgl. Monopolkommission, Das allgemeine Wettbewerbsrecht in der Siebten GWB-Novelle, Sondergutachten 41, Baden-Baden 2004, Tz. 96 ff.

⁷⁵ § 105 Abs. 1 EnWG.

⁷⁶ § 247 Abs. 2 AktG.

⁷⁷ Neben den erwähnten Fällen gibt es noch die erfolgsbezogene Vergütungsabrede in Mahn- und Zwangsvollstreckungssachen (§ 4 Abs. 2 Satz 2 RVG).

⁷⁸ BVerfGE 63, 266, 284.

nicht unbedeutende wirtschaftliche Abhängigkeit werden.

1088. Weiterhin hat jede Honorarform Anreize auf die Art der Mandatsbearbeitung. Bei Zeithonoraren besteht ein Anreiz zu einer besonders zeitaufwendigen, übersorgfältigen Mandatsbearbeitung. Bei einem Pauschalhonorar hat der Anwalt zumindest „innerhalb des Vertrages“ keinen Anreiz, sich über das haftungsrechtliche Maß hinaus besonders anzustrengen. Bei einer Honorarregelung, die Gebühren an die Erfüllung besonderer Tatbestände knüpft, wie das RVG, besteht für den Anwalt der Anreiz, es zur Erfüllung dieser Tatbestände kommen zu lassen. In diesem Zusammenhang hat das Erfolgshonorar den Vorteil, dass – nach seiner Vereinbarung – ein relativer Gleichklang der Interessen von Mandant und Rechtsanwalt entsteht. Dies entspricht der Rolle des Rechtsanwalts als Interessenvertreter des Mandanten und kann helfen, das Problem der asymmetrischen Informationsverteilung zwischen Anwalt und Mandant – der Mandant kann den Arbeitseinsatz des Rechtsanwalts nur unzureichend kontrollieren – abzumildern. Insgesamt betrachtet kann das Gebot der Unabhängigkeit des Rechtsanwalts kein Argument dafür sein, eine Vereinbarung von Erfolgshonoraren grundsätzlich zu verbieten.

1089. Oft wird die Vereinbarung von Erfolgshonoraren auch deshalb abgelehnt, weil man dadurch die Entstehung „amerikanischer Verhältnisse“ im deutschen Schadensersatzrecht erwartet. Insbesondere wird eine starke Zunahme der Prozesse, insbesondere auch zur Durchsetzung fragwürdiger Ansprüche erwartet. Zwar ist zuzugeben, dass Erfolgshonorare eine Zunahme der Klagehäufigkeit bewirken könnten. Einerseits sind jedoch höhere Anreize zur Klageerhebung nur dann ein Problem, wenn man die jetzige Klagehäufigkeit als optimal oder bereits als zu hoch ansieht. Andererseits gibt es noch eine Reihe von anderen Besonderheiten des amerikanischen US-Rechtssystems, die für die „amerikanischen Verhältnisse“ verantwortlich sein dürften. Dazu zählen insbesondere:

- keine Erstattung der Anwaltskosten des Beklagten bei erfolgloser Klage,
- Möglichkeit von Sammelklagen (class actions),
- Strafschadensersatz (punitive damages),
- Entscheidung durch die Jury,
- Zulässigkeit des Ausforschungsbeweises (pretrial discovery),
- weniger enges soziales Netz,
- „lump sum payments“ statt Verrentung von Schadensersatz.

Die Anreize zur Klageerhebung in Deutschland dürften also auch weiterhin hinter denen in den USA zurückbleiben. Zudem kann die Vereinbarung eines Erfolgshonorars auch klagehemmende Wirkung haben. Denn der Anwalt wird in einem solchen Fall die Erfolgsaussichten einer Klage besonders sorgfältig prüfen, insbesondere wenn er im Fall der Niederlage kein oder nur ein geringes Honorar erhält. Zudem ist das Erfolgshonorar keine Besonderheit

des US-amerikanischen Rechtssystems, sondern existiert auch in einer Vielzahl anderer Länder.⁷⁹

1090. Schließlich ist auch darauf hinzuweisen, dass Erfolgshonorare im deutschen System nicht zu einer Kostenmehrbelastung der anderen Seite im Erfolgsfall führen werden. Denn das erhöhte Erfolgshonorar wird nicht von der Kostenerstattung erfasst.

1091. Es gibt jedoch zwei Fragen, die im Zusammenhang mit anwaltlichen Erfolgshonoraren geklärt werden müssten. Zum einen ergibt sich die Frage, ob der Anwalt das Maß seiner Anstrengungen zurücknehmen kann, wenn sich aus seiner Sicht die Chancen für einen erfolgreichen Ausgang des Rechtsstreits deutlich verschlechtert haben. Bei der bisherigen Regelung obliegt die Beurteilung, ob ein Rechtsstreit wert ist geführt zu werden, beim Mandanten, da dieser allein die finanziellen Konsequenzen einer Niederlage zu tragen hat. Dagegen erhält der Anwalt beim Erfolgshonorar ein eigenes finanzielles Interesse am Ausgang des Rechtsstreits. Zum anderen ist zu klären, wer über die Annahme eines Vergleiches entscheiden kann, also ob sich der Kläger mit der sicheren Zahlung eines Teilbetrages begnügen soll oder den Prozess weiterführt, um möglicherweise den vollen Betrag zu erhalten. Da der Anwalt bei Vereinbarung eines Erfolgshonorars am Prozessrisiko beteiligt ist, wird er regelmäßig ein Mitspracherecht bei dieser Frage verlangen.

1092. Ein Problem, das in der US-amerikanischen Diskussion über Erfolgshonorare eine große Rolle spielt, ist der Verbraucherschutz bei der Vereinbarung der Höhe des Erfolgshonorars. Konkret geht es dabei z. B. um die Frage, welcher Anteil des Erstrittenen als quota litis vereinbart werden soll. Bei funktionierendem Wettbewerb sollte ein Erfolgshonorar den zu erwartenden Aufwand des Anwalts bei der Bearbeitung der Sache widerspiegeln sowie sein Risiko, für diesen Aufwand aufgrund eines Misserfolgs keine oder nur eine unzureichende Vergütung zu erhalten. Bei einer Streitsache mit einer relativ geringen Erfolgswahrscheinlichkeit kann es deshalb durchaus angemessen sein, eine recht hohe Beteiligung am erstrittenen Betrag zu vereinbaren. Allerdings wird bei der Beurteilung von Aufwand und Erfolgsaussichten einer Sache regelmäßig eine asymmetrische Informationsverteilung zwischen Anwalt und Mandanten bestehen. Der Rechtsanwalt kann aufgrund seiner Rechtskenntnisse die Erfolgschancen einer Klage regelmäßig besser beurteilen. Deshalb besteht die Gefahr, dass der Anwalt gegenüber dem Mandanten den zu erwartenden Aufwand und das Risiko einer Klage übertreibt, um ihn zum Abschluss eines überhöhten Erfolgshonorars zu bewegen. Oder er kann ihn veranlassen, überhaupt ein Erfolgshonorar zu vereinbaren, obwohl der Mandant bei richtiger Kenntnis des Risikos lieber ein Festhonorar vereinbaren würde. Allerdings ist auch zu bedenken, dass der Rechtsanwalt auch noch einen besonderen Risikozuschlag berücksichtigen muss für die Situation, dass der Mandant ihm negative Informationen über die Sache verheimlicht.

⁷⁹ Vergleiche die ausführliche Übersicht bei Kilian, M., Der Erfolg und die Vergütung des Rechtsanwalts, Bonn 2003, S. 453–487.

1093. Es ist zu fragen, ob dieses Problem asymmetrischer Information nicht durch den Wettbewerb der Rechtsanwälte um Mandate gelöst werden kann. Der Mandant könnte seine Sache mehreren Rechtsanwälten vorlegen, um dann das für ihn beste Angebot eines Erfolgshonorars auszuwählen. Die Erfahrungen aus den USA sprechen aber dafür, dass solch ein Wettbewerb nur selten stattfindet.⁸⁰ Das könnte entweder daran liegen, dass die üblichen Erfolgshonorare durchaus angemessen sind, oder daran, dass die Mandanten bei Erteilung des Mandates der Höhe des Erfolgshonorars nur eine geringe Bedeutung beimessen.

1094. Der Schutz des Verbrauchers vor Übervorteilung könnte entweder durch eine gesetzliche Beschränkung der Höhe von Erfolgshonorar bzw. *quota litis* – beispielsweise auf maximal 25 Prozent des erstrittenen Betrages – oder durch die Möglichkeit einer nachträglichen gerichtlichen Kontrolle der Angemessenheit erfolgen. Das Problem mit der ersten Variante besteht darin, dass sie zu starr ist: Bei sehr riskanten Klagen kann auch eine relativ hohe *quota litis* angemessen sein. Die zweite Variante bringt die Gefahr mit sich, dass der Richter nach Abschluss des Verfahrens das *ex ante* vorhandene Risiko unterschätzen könnte, weil er dem Fehlschluss unterliegt, dass die Klage risikolos war, da sie erfolgreich war (so genanntes „*hindsight bias*“/„Rückschaufehler“).

1095. Trotz dieser Probleme spricht sich die Monopolkommission dafür aus, Erfolgshonorare auch im deutschen Recht zuzulassen. Jedoch sollte die nachträgliche gerichtliche Kontrolle eines Erfolgshonorars oder einer *quota litis* in Bezug auf eine angemessene Höhe möglich sein. Als Kriterien einer Angemessenheit sollte dabei unter anderem auf die Höhe des Streitwerts, die Erfolgchancen des Prozesses *ex ante* sowie die vom Anwalt übernommenen Aufwendungen wie Gutachterkosten abgestellt werden.⁸¹

2.5 Werbebeschränkungen

1096. Bis zur Standesrichtlinien-Entscheidung des BVerfG im Jahr 1987 galt für Rechtsanwälte ein grundsätzliches Werbeverbot.⁸² Inzwischen ist dem Anwalt Werbung zwar erlaubt; allerdings unterliegt anwaltliche Werbung den in der BRAO und der Berufsordnung (BORA) enthaltenen Beschränkungen. Gemäß § 43b BRAO ist dem Anwalt nur eine „sachliche“ Werbung erlaubt; außerdem untersagt diese Vorschrift, um die Ertei-

lung eines Auftrages im Einzelfall zu werben. In den §§ 6 bis 10 BORA finden sich weitere Regelungen, welche die Werbemöglichkeiten des Anwalts, insbesondere seine Außendarstellung, beschränken. Sie regeln z. B. die Gestaltung von Kanzleinamen und Briefbögen und verbieten ein Werben mit Erfolgs- oder Umsatzzahlen.⁸³

1097. In § 7 BORA wird die Möglichkeit des Anwalts geregelt, fachliche Schwerpunkte seiner Arbeit in Werbemitteln wie Briefbögen, Kanzleischilddern, Zeitungsanzeigen oder Branchenbucheinträgen zu benennen. Die bis vor kurzem geltende Fassung dieser Vorschrift sah ein System von „Interessen-“ und „Tätigkeitsschwerpunkten“ vor. Danach konnte der Anwalt höchstens fünf inhaltliche Schwerpunkte seiner Arbeit benennen, von denen höchstens drei Tätigkeitsschwerpunkte sein durften. Die Nennung eines Interessenschwerpunktes durfte nur erfolgen, wenn besondere Kenntnisse auf dem benannten Gebiet nachgewiesen werden konnten, die im Studium, durch vorherige Berufstätigkeit, durch Veröffentlichungen oder in sonstiger Weise erworben wurden. Die Nennung eines Tätigkeitsschwerpunktes setzte zusätzlich eine zweijährige erhebliche Tätigkeit als Rechtsanwalt in dem betroffenen Rechtsgebiet voraus. Es war jedoch kein besonderes Verfahren vorgesehen, um die Einhaltung dieser Voraussetzungen zu überprüfen. Die Möglichkeit, auf Briefbögen etc. mit durch Prüfungen erworbenen Qualifikationen – z. B. „Fachanwalt“ oder „Steuerberater“ – anzugeben, blieb unberührt.

Die praktische Bedeutung des Systems der Tätigkeits- und Interessenschwerpunkte war dadurch beschränkt, dass der Anwalt in ausführlicheren Werbemitteln – wie Praxisbroschüren, Web-Seiten oder Rundschreiben – auch detailliertere Angaben über die Schwerpunkte seiner Arbeit machen kann. Zudem hat das Bundesverfassungsgericht in einer Entscheidung aus dem Jahr 2004 die Angabe „Spezialist für Verkehrsrecht“ auf dem Briefbogen – bei unstreitiger Experteneigenschaft und tatsächlicher Tätigkeitsbeschränkung des Betroffenen – als zulässig angesehen, und damit die Beschränkung auf Tätigkeits- und Interessenschwerpunkte faktisch aufgehoben.⁸⁴

1098. Die Satzungsversammlung bei der Bundesrechtsanwaltskammer hat inzwischen eine Neufassung dieser Regelung beschlossen. Die neue Regelung gibt die bisher vorgeschriebene Terminologie von Tätigkeits- und Interessenschwerpunkten auf. Für die Benennung eines Fachgebietes auf Briefbogen, Kanzleischild oder in Anzeigen ist erforderlich, dass der Anwalt seinen Angaben entsprechende Kenntnisse nachweisen kann, die er in der Ausbildung, durch Berufstätigkeit, Veröffentlichungen oder in sonstiger Weise erworben hat. Für die Verwendung von qualifizierenden Zusätzen, wie z. B. Spezialist oder Experte, müssen zusätzlich entsprechende theoretische Kenntnisse und eine erhebliche Tätigkeit auf dem benannten Gebiet vorhanden sein. Auch hier ist jedoch kein

⁸⁰ Zu Rechtstatsachen über Erfolgshonorare in den USA vgl. Kritzer, H., *Risks, reputations, and rewards: contingency fee legal practice in the United States*, Stanford 2004.

⁸¹ In einem zur Zeit vor dem Bundesverfassungsgericht anhängigem Verfahren haben sowohl die Bundesrechtsanwaltskammer wie auch der Deutsche Anwaltverein Stellungnahmen abgegeben, die sich für eine Zulassung von Erfolgshonoraren aussprechen. Dagegen lehnen DIHK und BDI Erfolgshonorare ab.

⁸² Vergleiche § 2 Abs. 1 Standesrichtlinien 1973: „Der Rechtsanwalt handelt standeswidrig, wenn er um Praxis wirbt.“ Zur Reichweite dieses Verbotes vgl. Zuck in: Lingenberg/Hummel/Zuck/Eich, Kommentar zu den Grundsätzen des anwaltlichen Standesrechts, Köln 1988, § 2, S. 88 ff.

⁸³ Nach Ansicht des OLG Nürnberg ist das Verbot der Werbung mit Umsatzzahlen verfassungswidrig, OLG Nürnberg, NJW 2004, 2167.

⁸⁴ BVerfG, NJW 2004, 2656.

besonderes Verfahren vorgesehen, um die Einhaltung dieser Voraussetzungen zu überprüfen.

1099. Für die Durchsetzung der anwaltlichen Werbe­regelungen gibt es zwei Wege. Zum einen kann die Staatsanwaltschaft – unter anderem auf Antrag einer Rechtsanwaltskammer – bei Verdacht einer Verletzung der anwaltlichen Berufspflichten ein anwaltsgerichtliches Verfahren einleiten, das vor speziellen Anwaltsgerichten stattfindet. Die Anwaltsgerichte sind unabhängige Gerichte bei den Rechtsanwaltskammern und sind mit Rechtsanwälten besetzt. Im anwaltsgerichtlichen Verfahren kann eine Geldbuße, aber auch ein Ausschluss aus der Anwaltschaft ausgesprochen werden, wobei letztere Sanktion bei Werbeverstößen wohl nicht in Frage kommt. Gegen die Entscheidung der Anwaltsgerichte ist Rechtsmittel zum Anwaltsgerichtshof und – teilweise – in letzter Instanz zum Senat für Anwaltssachen beim Bundesgerichtshof gegeben; beide Spruchkörper sind gemischt mit Anwälten und Berufsrichtern besetzt. Neben dem anwaltsgerichtlichen Verfahren besteht auch die Möglichkeit eines Verfahrens nach dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG). Ein solches Verfahren kann von einem konkurrierenden Rechtsanwalt, aber auch von der Rechtsanwaltskammer eingeleitet werden.⁸⁵ Dabei gilt der Grundsatz, dass ein Verstoß gegen die Werberegeln des anwaltlichen Berufsrechts unter dem Gesichtspunkt des „Wettbewerbsvorsprungs durch Rechtsbruch“ gleichzeitig als unlautere Wettbewerbshandlung im Sinne des § 3 UWG zu werten ist (§ 4 Nr. 11 UWG).

2.5.1 Wettbewerbliche Einschätzung

1100. Diese Regelungen des anwaltlichen Werberechts haben sich in der praktischen Rechtsanwendung als problematisch erwiesen. Die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe wie beispielsweise „sachliche Werbung“ oder „Werbung um Erteilung eines Auftrages im Einzelfall“ hat zu einer umfangreichen Rechtsprechung zu diesen Fragen geführt. Auch wenn die Gerichte in vielen Fällen schließlich zugunsten des Werbung treibenden Anwalts entschieden haben, kann die Aussicht auf ein langwieriges Verfahren über mehrere Instanzen mit ungewissem Ausgang eine abschreckende Wirkung auslösen – selbst bei Rechtsanwälten. Zudem führt die Verfolgung relativ trivialer Werbeverstöße zu unnötigem Aufwand bei Rechtsanwälten, Kammern und Gerichten.

1101. Außerdem erscheint der Monopolkommission das Sachlichkeitsgebot, so wie es in der Rechtsprechung teilweise ausgelegt wird, noch immer zu restriktiv. So werden z. B. Selbstanpreisungen wie „Spitzenleistungen“ oder „hervorragendes Renommé“ in der Rechtsprechung teilweise als unsachliche Werbung eingestuft,⁸⁶ obwohl sie vom Verbraucher leicht durchschaubar sind und deswegen kaum eine Irreführungsgefahr besteht. Nach An-

sicht der Monopolkommission ist Sachlichkeit letztlich der falsche Begriff; es sollte darauf ankommen, dass die Werbung nicht irreführend ist und keine Leistungen oder Erfolge verspricht, die rechtswidrig sind.

1102. Auch das Verbot der Einzelfallwerbung wird nach Ansicht der Monopolkommission zu weit ausgelegt. Es wird nicht nur auf das so genannte „ambulance chasing“, d. h. die direkte Ansprache von Unfall- und Katastrophenopfern bzw. ihrer Angehörigen, angewendet, sondern kann auch schon bei Rundschreiben an potentielle Mandanten, z. B. die geschädigten Anleger eines Notleidenden Investmentfonds, einschlägig sein.

1103. Die Monopolkommission hält es für wünschenswert, dass die bereits vollzogene Liberalisierung des anwaltlichen Werberechts weiter fortgesetzt wird. Gerade bei einem komplexen Gut wie der Rechtsberatung ist es wichtig, dass sich potentielle Verbraucher über die Qualifikation und möglicherweise auch den Preis der Leistung schon vor einer eventuellen Kontaktaufnahme informieren können. Zudem macht die Möglichkeit, Werbung zu treiben, es für den Anwalt attraktiv, in einen intensiven Wettbewerb um Mandate einzutreten, da er günstige Angebote einem weiteren Interessentenkreis bekannt machen kann. Werbung im anwaltlichen Bereich mag manchmal vulgär erscheinen; das Beispiel eines Rechtsanwalts, der mit Sonderangeboten für Ehescheidungen wirbt, wird in diesem Zusammenhang oft genannt. Solche Geschmacksverirrungen werden vom Publikum aber als solche erkannt und können keinen Schaden anrichten. Sie können daher keine wettbewerbspolitische Begründung dafür sein, die anwaltliche Werbung zu beschränken. Außerdem muss bedacht werden, dass der Wettbewerb zwischen den Anwälten den Anreiz zum marktschreierischen Verhalten in Grenzen halten wird; nicht nur Unternehmen, sondern auch die meisten Verbraucher wollen von einem Anwalt beraten werden, dessen Auftreten Seriosität verspricht. Schon allein dies wird den Rechtsanwalt zu einem zurückhaltenden und dem Berufsbild entsprechenden Auftreten anhalten. Es gibt keine Regel des anwaltlichen Berufsrechts, die den Anwalt zum Tragen von Jackett und Krawatte beim Mandantenkontakt verpflichtet; trotzdem tun dies sehr viele Anwälte. Auch die Erfahrungen in den USA zeigen, dass die Zulassung der Werbung für „professional services“ keineswegs zur Folge hat, dass Anwälte generell ihre Dienste anpreisen; Werbung in der allgemeinen Presse bleibt vielmehr die Ausnahme.

1104. Ein weiteres Regulierungsargument ist, dass bei Anwaltswerbung und besonders bei einer Werbung mit Werturteilen die Gefahr bestehe, dass durch nicht überprüfbare Werbeaussagen unrichtige Erwartungen entstünden, weil der Rechtsuchende die Leistungen eines Rechtsanwalts in der Regel nur schwer einschätzen könne.⁸⁷ Zwar ist es richtig, dass der typische Nachfrager die Qualität anwaltlicher Leistungen nur schwer beurteilen kann. Dies ist aber keine Besonderheit des Rechtsberatungsmarktes, sondern gilt beispielsweise auch für jede

⁸⁵ Die Rechtsanwaltskammer ist gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG zur Erhebung von Unterlassungsklagen befugt; vgl. BVerfG, NJW 2004, 3765.

⁸⁶ Nachweise bei Kleine-Cosack, M., Bundesrechtsanwaltsordnung, München 2003, § 43b, Rn. 47.

⁸⁷ BGHZ 147, 71, 78 m. w. N.

Kfz-Werkstatt. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass die Verbraucher heute ständig mit anpreisender Werbung konfrontiert sind und tendenziell eher dazu neigen, nicht überprüfbare Werturteile in Zweifel zu stellen. Dies ist im allgemeinen Lauterkeitsrecht (UWG) bereits anerkannt, wo – zumindest für nicht geringwertige Güter – das Leitbild des flüchtigen Verbrauchers durch das des aufmerksamen, verständigen und durchschnittlich informierten Verbrauchers ersetzt wurde.⁸⁸ Dieses Leitbild sollte auch für die Beurteilung anwaltlicher Werbung zugrunde gelegt werden. Denn Rechtsangelegenheiten sind nach Meinung der meisten Menschen ernste Sachen, so dass hier – ähnlich wie beim Kauf hochwertiger Konsumgüter – eine gewisse Erkundung erfolgen wird.

1105. Zudem ist zu bedenken, dass sich Anwaltswerbung oft an Unternehmen richtet, die weniger schutzbedürftig sind. Auch wird der Anwalt vom Wecken nicht erfüllbarer Erwartungen vor allem durch das anwaltliche Haftungsrecht abgeschreckt. Macht er dem Mandanten überzogene Hoffnungen bezüglich der Erfolgsaussichten einer Sache bzw. unterlässt er notwendige Warnungen, kann er bei Prozessverlust haftbar sein.

2.5.2 Herausnahme der Werbung aus dem anwaltlichen Berufsrecht

1106. Die Monopolkommission spricht sich deshalb dafür aus, die anwaltliche Werbung aus dem Berufsrecht herauszunehmen und nur noch den allgemeinen Regelungen des Rechts gegen den unlauteren Wettbewerb zu unterstellen. Das heißt, das Sachlichkeitsgebot des § 43b BRAO sowie die Satzungsermächtigung für Werberegungen in § 59b Nr. 3 BRAO sollten aufgehoben werden. Das Verbot der Werbung im Einzelfall in § 43b BRAO sollte beschränkt werden auf ein Verbot von aggressiven oder irreführenden Vorgehensweisen bei der Ansprache einzelner Personen (eindeutiges „ambulance chasing“). Dementsprechend würden anwaltliche Werbeverstöße regelmäßig nur noch in wettbewerbsrechtlichen Verfahren und nicht mehr in anwaltsgerichtlichen Verfahren verfolgt werden.

1107. Nach Ansicht der Monopolkommission eignet sich das Werberecht nicht zur Selbstregulierung durch die Anwaltschaft.⁸⁹ Es handelt sich dabei einerseits nicht um eine rein interne Angelegenheit der Anwälte, da ja die Kommunikation mit Dritten betroffen ist. Andererseits geht es auch nicht um eine bloße Qualitätsbeschreibung der anwaltlichen Leistung, bei der ein bestimmtes Qualitätsniveau aus Mandantensicht nie unterschritten werden sollte, und die bei einem vollständigen Vertrag immer vereinbart würde. Zudem werden gerade bei der Frage der Werberegung die Interessenkonflikte innerhalb der

Anwaltschaft sehr groß sein, insbesondere zwischen Berufseinsteigern und bereits etablierten Anwälten.

1108. Der notwendige Verbraucherschutz wäre durch das UWG weiterhin gegeben. Denn eine Werbung mit falschen Angaben über erworbene Qualifikationen (Fachanwalt, Dokortitel) oder die Ausnutzung einer emotionalen Ausnahmesituation (Überrumpelung von Unfallopfern) sind auch heute schon nach dem UWG verboten. Besonderheiten des Anwaltsberufes können auch im UWG-Verfahren berücksichtigt werden. Nach aller Erfahrung mit dem UWG in anderen Bereichen werden die zuständigen Gerichte das Gesetz nicht zu liberal auslegen. Zudem erfolgt heute schon ein wesentlicher Teil der Rechtsprechung zum anwaltlichen Werberecht durch die Wettbewerbsgerichte und nicht durch die Berufsgerichte.

1109. Die Monopolkommission sieht durchaus die Möglichkeit, dass diese weitere Liberalisierung des Werberechts zu einer Verlagerung vom bisherigen Qualitätswettbewerb und Reputationswettbewerb zu einem stärker am Preis orientierten Wettbewerb führt. Die Entstehung eines anwaltlichen Billigsegments wäre aber zu begrüßen, wenn dadurch ein breiterer Zugang zu anwaltlichen Dienstleistungen ermöglicht wird.

2.5.3 Angaben über fachliche Schwerpunkte

1110. Die Monopolkommission begrüßt die von der Satzungsversammlung beschlossene Abschaffung des Systems der Interessen- und Tätigkeitsschwerpunkte. Das System war verwirrend und trug nicht wirklich zur Aufklärung über die Qualifikation des Rechtsanwalts bei. Zudem hatte die Spezialisten-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts die Geltung dieses Systems in Frage gestellt.

1111. Nach Ansicht der Monopolkommission kann aber auch die von der Satzungsversammlung beschlossene Nachfolgeregelung nicht überzeugen. Zwar macht die vorgeschlagene Neuregelung die Benennung fachlicher Schwerpunkte von der Existenz einer entsprechenden persönlichen Qualifikation abhängig. Die dabei verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe sowie das Fehlen eines institutionellen Prüfungssystems führen aber dazu, dass weder der Verbraucher eine zuverlässige Information über die Qualifikation des Anwalts erhält, noch der Rechtsanwalt sicher feststellen kann, ob die von ihm gewählten Schwerpunktangaben zulässig sind. Eine Überprüfung fände nur im anwalts- oder wettbewerbsgerichtlichen Verfahren statt und wäre von der Strenge der zuständigen Rechtsanwaltskammer bzw. der zuständigen Gerichte abhängig.

1112. Außerdem ist zu bedenken, dass eine Spezialisierungsangabe des Anwalts nicht nur bestimmte Mandanten anziehen kann, die unbedingt von einem Spezialisten betreut werden wollen, sondern auch andere potentielle Mandanten abschrecken kann, die davon ausgehen, dass der Rechtsanwalt von Fragen außerhalb seiner angegebenen Spezialfelder nichts versteht. Die denkbare Reaktion des Anwalts, möglichst viele Spezialisierungsangaben zu

⁸⁸ EuGH, Urteil vom 16. Juli 1998, Rs. C-210/96, Slg. 1998, I-4657, Gut Springenheide, Rn. 37; BGH, GRUR 2000, 619 „Orient-Tepichmuster“; BGH, NJW 2001, 2193, 3193 (zum anwaltlichen Berufsrecht).

⁸⁹ Die Argumente für und gegen Selbstregulierung werden im allgemeinen Teil dieses Kapitels näher behandelt.

machen, wirkt wenig glaubhaft, denn sie untergräbt ja gerade die Aussage, Spezialist zu sein.

1113. Nach Ansicht der Monopolkommission sollte sich die Reglementierung der Angabe fachlicher Schwerpunkte auf den Schutz der Fachanwaltsbezeichnungen beschränken. Es soll auch weiterhin verboten sein, unberechtigt eine Fachanwaltsbezeichnung zu führen oder durch missverständliche Angaben den Anschein einer Fachanwaltsbezeichnung zu erwecken. Dieser Schutz wäre aber auch unter dem UWG weiter gewährt.

2.6 Gesellschaftsrechtlicher Rahmen für Rechtsberatung

1114. Neben der Tätigkeit als Einzelunternehmer kann der Rechtsanwalt seinen Beruf auch in Zusammenarbeit mit anderen Anwälten ausüben. Dies kann entweder in Form einer Bürogemeinschaft oder in Form einer Sozietät geschehen. Während sich die Zusammenarbeit in der Bürogemeinschaft darauf beschränkt, Betriebsmittel wie Kanzleiräume, Personal und Büromaterial gemeinsam zu nutzen, ist die Sozietät ein Zusammenschluss zur gemeinschaftlichen Berufsausübung mit gemeinsamer Entgegennahme von Aufträgen und Honoraren. Ein Mandant beauftragt regelmäßig alle Mitglieder einer Sozietät; regelmäßig haften auch alle Sozien für eventuelle Berufsfehler. Mögliche Rechtsformen für eine Sozietät sind die Gesellschaft bürgerlichen Rechts und seit Mitte der neunziger Jahre auch die neue Rechtsform der Partnerschaftsgesellschaft. Schließlich ist es auch noch möglich, dass ein Rechtsanwalt als Angestellter oder freier Mitarbeiter eines anderen Rechtsanwalts oder einer Sozietät tätig wird.

Darüber hinaus können Rechtsanwälte Sozietäten und Bürogemeinschaften auch mit den Angehörigen bestimmter anderer Freier Berufe bilden. Bei diesen so genannten sozietätsfähigen Berufen handelt es sich um Patentanwälte, Steuerberater, Steuerbevollmächtigte, Wirtschaftsprüfer, vereidigte Buchprüfer und Rechtsbeistände.⁹⁰ Insbesondere die Möglichkeit einer Zusammenarbeit von Rechtsanwälten und Wirtschaftsprüfern ist im internationalen Vergleich nicht selbstverständlich; hier ist das deutsche Recht vergleichsweise liberal.

Inzwischen ist die Tätigkeit von Rechtsanwälten auch in der Form einer GmbH oder einer AG möglich. Nachdem man derartige Kapitalgesellschaften lange als mit der Freiberuflichkeit für unvereinbar gehalten hatte, entschied das Bayerische Oberste Landesgericht (BayObLG) 1994, dass es keine rechtlichen Hindernisse für eine anwaltliche Tätigkeit in der Rechtsform einer GmbH gebe.⁹¹ Allerdings legt das Gericht eine Reihe von Anforderungen fest, die eine Anwalts-GmbH erfüllen müsse, um zulässigerweise ins Handelsregister eingetragen zu werden. Danach entschied sich der Gesetzgeber dafür, die Anwalts-GmbH gesetzlich auszugestalten, wobei an meh-

rerer Stellen des Gesetzes ein deutliches „Unwohlsein“⁹² des Gesetzgebers mit dieser Rechtsform zu spüren ist.

Nach den gesetzlichen Regelungen in den §§ 59c bis 59m BRAO muss eine GmbH, deren Unternehmensgegenstand die Beratung und Vertretung in Rechtsangelegenheiten ist, in einem gesonderten Verfahren als „Rechtsanwalts-gesellschaft“ zugelassen werden. Um zugelassen zu werden, muss eine GmbH eine Reihe von Anforderungen bezüglich Gesellschafterkreis und Geschäftsführer erfüllen. Die Mehrheit der Gesellschaftsanteile und der Stimmrechte muss von Rechtsanwälten gehalten werden. Die anderen Gesellschaftsanteile dürfen nur von Angehörigen sozietätsfähiger Berufe gehalten werden (also von Patentanwälten, Steuerberatern, Steuerbevollmächtigten, Wirtschaftsprüfern oder vereidigten Buchprüfern). Weiter müssen alle Gesellschafter der Rechtsanwalts-gesellschaft in der Gesellschaft beruflich tätig sein. Geschäftsführer dürfen nur Angehörige der erwähnten sozietätsfähigen Berufe sein; die Mehrheit der Geschäftsführer müssen Rechtsanwälte sein.

Bei der gesetzlichen Regelung der Anwalts-GmbH im Jahr 1998 wurde in der Entwurfsbegründung die Zulässigkeit einer Anwalts-AG ausdrücklich offen gelassen.⁹³ Inzwischen hat der BGH jedoch entschieden, dass es auch bei der Aktiengesellschaft nicht darauf ankommt, ob diese Gesellschaftsform für die Ausübung des Anwaltsberufes gesetzlich ausdrücklich erlaubt ist, sondern ob die aus Artikel 12 Abs. 1, Artikel 3 Abs. 1 GG resultierende Berufswahlfreiheit der Gesellschaft durch ein verfassungskonformes Gesetz eingeschränkt wurde.⁹⁴ Solange es jedoch an einer gesetzlichen Regelung der Anwalts-AG fehlt, sind laut BGH die für die Rechtsanwalts-gesellschaft geltenden Regelungen entsprechend anzuwenden. Damit die Einhaltung der entsprechend geltenden Regelungen über den Aktionärskreis sichergestellt ist, darf die Anwalts-AG nur vinkulierte Namensaktien ausgeben. Eine gesetzliche Regelung der Anwalts-AG ist bisher noch nicht erfolgt.

Ähnlich wie in der Bundesrechtsanwaltsordnung finden sich auch in den Berufsgesetzen der Steuerberater, Wirtschaftsprüfer und Patentanwälte Regelungen über die Ausübung dieser Berufe in Form einer Kapitalgesellschaft – als Steuerberatungs-, Wirtschaftsprüfungs- oder Patentanwalts-gesellschaft. Diese Regelungen sind teilweise etwas liberaler als bei den Rechtsanwälten.

2.6.1 Einheitliches Gesellschaftsrecht für die sozietätsfähigen Berufe

1115. Nach Ansicht der Monopolkommission befinden sich die berufsrechtlichen Regelungen für eine Zusammenarbeit der sozietätsfähigen Berufe in Form einer Kapitalgesellschaft im Moment in einem Zustand der Rechtszersplitterung.

⁹⁰ Rechtsanwälte, die zugleich Notar sind, dürfen eine Sozietät nur in Bezug auf ihre anwaltliche Berufstätigkeit eingehen.

⁹¹ BayObLG, NJW 1995, 199.

⁹² So Römermann, V., Hartung, W., Anwaltliches Berufsrecht, München 2002, S. 148.

⁹³ Bundestagsdrucksache 13/9820, S. 11.

⁹⁴ BGH, NJW 2005, 1571.

Je nachdem, welche Berufe beteiligt sind und in welcher Form der Kapitalgesellschaft sie zusammenarbeiten wollen, gelten unterschiedliche Regelungen, ohne dass dabei ein System erkennbar wäre. Zudem stammen die Regelungen aus verschiedenen Rechtsquellen: Die Regeln für die Anwalts-GmbH sind gesetzlich geregelt, während die Regeln für die Anwalts-AG auf Richterrecht beruhen.

Die Monopolkommission ist der Ansicht, dass die Regelung dieser Fragen einheitlich stattfinden sollte. Es sollte also keine gesonderten Vorschriften für Rechtsanwalts-, Steuerberatungs-, Wirtschaftsprüfungs- oder Patentanwalts-gesellschaften mehr geben, sondern nur noch besondere Vorschriften für die berufliche Zusammenarbeit der sozietätsfähigen Berufe in Form einer Kapitalgesellschaft. Falls dieser Vorschlag nicht realisierbar sein sollte, empfiehlt sich zumindest eine Harmonisierung der Regelungen in den einzelnen Berufsgesetzen.

2.6.2 Interprofessionelle Zusammenarbeit in Form von Kapitalgesellschaften

1116. Teilweise behindern die derzeitigen Regelungen auch eine interprofessionelle Zusammenarbeit in Form einer Kapitalgesellschaft, die als GbR oder Partnerschaftsgesellschaft unproblematisch möglich wäre. Gemäß § 59e Abs. 3 Satz 1 BRAO muss die Mehrheit der Geschäftsanteile und der Stimmrechte einer Rechtsanwalts-gesellschaft von Rechtsanwälten gehalten werden. Gemäß § 59f Abs. 1 Satz 2 BRAO müssen die Geschäftsführer mehrheitlich Rechtsanwälte sein. Dieses Mehrheitserfordernis, kombiniert mit den vergleichbaren Regelungen, die für Wirtschaftsprüfer und Patentanwälte gelten, erschweren eine interprofessionelle Zusammenarbeit in Form einer GmbH. Wollen beispielsweise Rechtsanwälte und Wirtschaftsprüfer in Form einer GmbH zusammenarbeiten, ergeben sich Schwierigkeiten. Für die Zulassung als Rechtsanwalts-gesellschaft muss eine Mehrheit der Geschäftsanteile und der Stimmrechte von Rechtsanwälten gehalten werden. Für eine Anerkennung als Wirtschaftsprüfungsgesellschaft ist erforderlich, dass eine Mehrheit der Geschäftsanteile und der Stimmrechte von Wirtschaftsprüfern oder anderen Wirtschaftsprüfungsgesellschaften gehalten wird. Beide Bedingungen zusammen können nicht erfüllt sein, es sei denn, mindestens einer der Beteiligten verfügt über eine Doppelqualifikation, d. h. ist sowohl als Rechtsanwalt als auch als Wirtschaftsprüfer qualifiziert. Dagegen ist eine Zusammenarbeit von Rechtsanwälten und Wirtschaftsprüfern in Form einer GbR oder einer Partnerschaftsgesellschaft in beliebiger Zusammensetzung möglich. Vergleichbare Probleme ergeben sich, wenn Rechtsanwälte und Patentanwälte in Form einer GmbH zusammenarbeiten wollen. Dagegen bestehen bei einer Steuerberatungsgesellschaft keine derartigen Mehrheitserfordernisse zugunsten einer Berufsgruppe; es reicht, dass die Mehrheit der Kapitalanteile von Berufsangehörigen gehalten wird, die zur Steuerberatung befugt sind. Da Rechtsanwälte und Wirtschaftsprüfer zur Steuerberatung befugt sind, können sie folglich auch die Mehrheit der Anteile an einer Steuerberatungsgesellschaft halten.

Die Monopolkommission ist der Ansicht, dass ein Mehrheitserfordernis bei einer Zusammenarbeit von Rechtsanwälten mit anderen sozietätsfähigen Berufen in Form einer GmbH nicht erforderlich ist. Es reicht aus, wenn Folgendes gilt: Bei einer Kapitalgesellschaft, zu deren Unternehmensgegenstand Rechtsberatung gehört, muss mindestens ein Gesellschafter und mindestens ein Geschäftsführer Rechtsanwalt sein; eine entsprechende Regelung sollte in Bezug auf den Unternehmensgegenstand Steuerberatung gelten; beim Unternehmensgegenstand Steuerberatung muss mindestens ein Gesellschafter und ein Geschäftsführer zur Hilfeleistung in Steuersachen befugt sein. Die übrigen Gesellschafter und Geschäftsführer können aus dem Kreis der sozietätsfähigen Berufe kommen.

2.6.3 Nichtrechtsanwälte als Geschäftsführer einer Rechtsanwalts-gesellschaft

1117. Die Monopolkommission spricht sich dafür aus, als Geschäftsführer einer Rechtsanwalts-GmbH auch Personen, die keinen sozietätsfähigen Beruf ausüben, zuzulassen. Jedoch sollte es weiterhin erforderlich sein, dass mindestens einer der Geschäftsführer der GmbH Rechtsanwalt ist.

1118. Große Rechtsanwaltskanzleien sind heute komplexe Unternehmen, deren Management auch betriebswirtschaftliche Kompetenz erfordert, insbesondere für die Bereiche Finanzmanagement, Personal, Marketing oder die Beschaffung von EDV, Büros und anderer Infrastruktur. Hierfür kann die Einbeziehung von Personen mit nichtjuristischem Hintergrund vorteilhaft sein. Denn die juristische Ausbildung vermittelt nach allgemeiner Ansicht nur sehr unzureichende betriebswirtschaftliche Kenntnisse. Die Zulassung von Nichtrechtsanwälten als Geschäftsführer würde es zudem ermöglichen, dass Managementenerfahrung aus anderen Branchen für Rechtsanwaltskanzleien genutzt werden könnte. Bisher kann Personen, die keinen sozietätsfähigen Beruf ausüben, nicht einmal Prokura oder Handlungsvollmacht zum gesamten Geschäftsbetrieb erteilt werden.

1119. Gegen diesen Vorschlag wird vermutlich eingewandt werden, dass bereits der Unternehmensgegenstand einer Rechtsanwalts-GmbH, die Rechtsberatung und Rechtsvertretung, es erforderlich mache, Personen, die nicht zur Rechtsberatung befugt sind, von der Geschäftsführung auszuschließen. Diese Ansicht übersieht, dass es trotz des Charakters der Rechtsanwalts-GmbH als juristische Person dabei bleibt, dass der Unternehmensgegenstand zulässigerweise nur die Rechtsberatung durch im Rahmen ihrer beruflichen Befugnisse handelnde Personen sein kann (so auch § 3 Nr. 2 Rechtsberatungsgesetz). Allein die Anstellung eines Nichtrechtsanwalts bei einer Rechtsanwalts-GmbH verleiht dieser Person nicht die Befugnis zur unbeschränkten Rechtsberatung. Das gilt auch für Steuerberater und Wirtschaftsprüfer, die nach dem Gesetz ja als Gesellschafter oder Geschäftsführer einer Rechtsanwalts-GmbH tätig sein können. Auch sie erfahren durch ihre Tätigkeit in der Rechtsanwalts-GmbH keine Erweiterung ihrer Befugnisse. Eine Zulassung von

Personen, die keinem sozietätsfähigen Beruf angehören, bedeutet dann insofern nichts Neues, als auch diese Personen ihre Geschäftsführertätigkeit nur im Rahmen ihrer Befugnisse ausüben können. Für Personen, die keinem sozietätsfähigen Beruf angehören, bedeutet dies, dass sie sich auf Tätigkeiten beschränken müssen, die das Management der Rechtsanwalts-GmbH bzw. die Herstellung der personellen, sachlichen und räumlichen Voraussetzungen für die Tätigkeit der Rechtsanwälte betreffen.

1120. Ein anderer Einwand wäre, dass ein Geschäftsführer, der keinem sozietätsfähigen Beruf angehört, nicht unter der Aufsicht einer Berufskammer stehe. Diesem Einwand könnte z. B. dadurch abgeholfen werden, dass man im Gesetz vorsieht, dass sich ein solcher Geschäftsführer durch Erklärung gegenüber der Rechtsanwaltskammer zur Einhaltung des anwaltlichen Berufsrechts verpflichtet und sich der anwaltlichen Berufsgerichtsbarkeit unterstellt. Eine andere Möglichkeit wäre, die als Geschäftsführer tätigen Rechtsanwälte auch für das Verhalten der nichtanwaltlichen Geschäftsführer verantwortlich zu machen. Weiter muss ein nichtanwaltlicher Geschäftsführer in Bezug auf bestimmte Angelegenheiten, insbesondere das anwaltliche Schweigerecht, den Rechtsanwälten gleichgestellt werden.

2.6.4 Kapitalbeteiligung Dritter an einer Rechtsanwalts-gesellschaft

1121. Sehr radikal erscheint schließlich die Idee, Personen, die nicht sozietätsfähig sind, als Kapitaleigner einer Rechtsanwalts-GmbH zuzulassen, also die Möglichkeit eines Fremdbesitzes an Rechtsanwaltskanzleien zu ermöglichen. Dies würde für den Anwaltsberuf eine weitere Trennung des Konzepts des Freien Berufes von der Ausübungsform der wirtschaftlichen Selbständigkeit bedeuten.

1122. Eine Fremdbeteiligung an Rechtsanwaltskanzleien ist auch im internationalen Vergleich sehr ungewöhnlich. Auch in den USA ist bisher ein Eigenbesitz der Rechtsanwaltskanzlei durch Rechtsanwälte vorgeschrieben. Jedoch ist das Konzept nicht ganz ohne Vorbild. Im australischen Bundesstaat New South Wales gibt es schon seit 2001 die Gesellschaftsform der „Incorporated Legal Practice“.⁹⁵ Dabei handelt es sich um eine Kapitalgesellschaft, die dazu befugt ist, Rechtsdienstleistungen anzubieten. Der Gesellschafterkreis ist nicht beschränkt. Jedoch muss mindestens einer der „Directors“ eine Zulassung zur Erbringung von Rechtsdienstleistungen haben („Legal Practice Director“). Die von der Gesellschaft angestellten Rechtsanwälte sind für ihr Verhalten berufsrechtlich verantwortlich; jeder Legal Practice Director ist für das Verhalten der angestellten Rechtsanwälte sowie der anderen Directors berufsrechtlich verantwortlich. Einem Nichtrechtsanwalt kann durch Gerichtsentscheidung untersagt werden, als Director einer Incorporated Legal Practice tätig zu werden. Die Incorporated Legal Practice

ist zum Abschluss einer Haftpflichtversicherung verpflichtet.

In Australien wurde die Incorporated Legal Practice inzwischen auch in ein Mustergesetz auf Bundesebene übernommen; es wird damit gerechnet, dass die anderen australischen Bundesstaaten diese Gesellschaftsform ebenfalls einführen werden. Auch in Großbritannien hat die Regierung einen Gesetzentwurf eingebracht, der unter anderem die Zulassung von Kapitalbeteiligungen Dritter vorsieht.⁹⁶

1123. Bisher konnten in Australien nur wenige Erfahrungen mit dieser Regelung gemacht werden, weil interessierte Anwaltskanzleien abgewartet hatten, bis diese Gesellschaftsform bundesweit anerkannt ist. Interessant ist jedoch auf jeden Fall das Konzept, die berufsrechtliche Verantwortlichkeit stark auf die Person des Rechtsanwalts zu konzentrieren (im Gegensatz zur deutschen Anwalts-GmbH). Eine derartige Ausrichtung der berufsrechtlichen Verantwortlichkeit auf den einzelnen Freiberufler entspricht z. B. der Regelung bei Ärzten in Deutschland. Deren Status als Freiberufler ist nach allgemeiner Ansicht auch nicht dadurch gefährdet, dass viele Ärzte als Angestellte in Krankenhaus-GmbHs oder -Aktiengesellschaften tätig sind.

1124. Der Vorteil einer Zulassung von Fremdge-sellschaftern ist, dass damit ein Hindernis für den Zugang von Kapital zum Rechtsberatungsmarkt beseitigt würde. Diese könnte den Wettbewerb auf diesem Markt intensivieren und neue starke Wettbewerber hervorbringen. Auch könnte durch eine attraktive Ausgestaltung der Kapitalgesellschaft für Rechtsanwälte der Standort Deutschland auf dem internationalen Rechtsberatungsmarkt attraktiver werden. Dem wird wahrscheinlich entgegengehalten werden, dass auf dem Rechtsberatungsmarkt kein großer Kapitalbedarf bestehe – der Rechtsanwalt könne seine Büroeinrichtung selber finanzieren. Dies übersieht aber, dass insbesondere die Expansion eines Unternehmens auf dem Rechtsberatungsmarkt nicht unbedeutliche Anlaufkosten verursachen kann, zu deren Abdeckung Kapital erforderlich sind. Die Beschränkung des Kapitalzugangs kann deshalb als Marktzutritts- bzw. Expansionshindernis betrachtet werden. Im Bereich der Wirtschaftsprüfung wird im Moment diskutiert, ob der hohe Kapitalbedarf ein Zugangshemmnis zum Markt für die Prüfung multinationaler Unternehmen darstellt, der im Moment von nur vier großen Wirtschaftsprüfungsgesellschaften dominiert wird.

1125. Gegen die Kapitalbeteiligung Dritter an Rechtsanwaltssozietäten wird häufig angeführt, dass sie dazu führen werde, dass die Profitmaximierung über die Interessen des Mandanten gestellt werde. Dieser Zielkonflikt

⁹⁵ Vergleiche Legal Profession Act 2004, Sec. 132 bis 164 bzw. die vorherige Regelung im Legal Profession Act 1987 (geändert durch den Legal Profession Amendment [Incorporated Legal Practices] Act 2000), Sec. 47B bis 48.

⁹⁶ Department for Constitutional Affairs, Draft Legal Services Bill, Explanatory Notes and Regulatory Impact Assessment, 2006, Cm 6839. Der Vorschlag geht zurück auf den so genannten Clementi-Report: David Clementi, Review of the Regulatory Framework for Legal Services in England and Wales, Final Report 2004. Vergleiche auch Department for Constitutional Affairs, The Future of Legal Services: Putting Consumers First, 2005, Cm 6679.

besteht jedoch bereits jetzt, da auch der als Selbständiger tätige Anwalt Gewinnmaximierungsinteressen haben kann. Das wesentliche Problem bei einer Fremdkapitalbeteiligung liegt eher im Bereich möglicher, nicht erkennbarer Interessenkonflikte bei verdeckten oder wechselnden Fremdkapitalgebern. Es besteht die Gefahr, dass der Anwalt die Interessen des Mandanten vernachlässigt, weil sie im Widerspruch zu anderen Interessen des Unternehmenseigentümers stehen, beispielsweise wenn ein Mandant einen Eigentümer der Anwaltskanzlei verklagen will.

Bei Anwaltskanzleien, deren Eigentümerkreis nicht auf die in der Kanzlei tätigen Rechtsanwälte beschränkt ist, besteht für den potentiellen Mandanten die Schwierigkeit, Auskunft über die Eigentümer zu erlangen und mögliche wirtschaftliche Interessenkonflikte aufzudecken. Dieses Problem kann jedoch durch eine Offenlegungspflicht bewältigt werden. Wenn ein Rechtsanwalt einen Mandanten gegen einen Gesellschafter seiner Sozietät vertritt, muss er dem Mandanten mitteilen, dass der Beklagte Gesellschafter der Anwaltssozietät ist. Es ist auch an die Möglichkeit eines Eigentümerverzeichnisses zu denken, das von der Sozietät zur öffentlichen Einsichtnahme zur Verfügung gestellt werden muss.

1126. Die Monopolkommission spricht sich deshalb für eine Zulassung des Fremdbesitzes an Rechtsanwaltssozietäten aus. Allerdings sollten Vorkehrungen getroffen werden, um eine Transparenz der Eigentümerstruktur gegenüber potentiellen Mandanten zu ermöglichen und Interessenkonflikte auszuschließen. Unter diesem Gesichtspunkt sollte eine Börsennotierung der Rechtsanwalts-AG ausgeschlossen sein. Denkbar sind auch weitere Vorkehrungen wie eine Zuverlässigkeitsprüfung von nichtanwaltschaftlichen Kapitalgebern.

1127. Falls dieser Vorschlag dem Gesetzgeber zu radikal erscheint, sollte er die Möglichkeit einer anteilsmäßig beschränkten Zulassung von Kapitalbeteiligungen Dritter erwägen. So wäre z. B. auch eine auf 25 Prozent der Anteile und Stimmrechte beschränkte Zulassung von Kapitalbeteiligungen Dritter denkbar.

3. Apotheker und der Einzelhandel mit Arzneimitteln

1128. Der folgende Abschnitt beschränkt sich auf die Tätigkeit von Apothekern in „öffentlichen Apotheken“, also Apotheken, die Arzneimittel an den Endverbraucher abgeben. Nicht behandelt werden die Krankenhausapotheken, die als wirtschaftlich unselbständiger Teil eines Krankenhauses geführt werden.⁹⁷

1129. Bei der Tätigkeit der öffentlichen Apotheken handelt es sich im Wesentlichen um Einzelhandel. Denn diese Apotheken erzielen ihre Umsätze ganz überwiegend mit dem Verkauf von fertig eingekauften Arzneimitteln und anderen apothekenüblichen Gütern; der Anteil der von der Apotheke selbst hergestellten Arzneimittel und eigenständig erbrachten Dienstleistungen ist anteilsmäßig

relativ gering.⁹⁸ Wie bei anderen Einzelhandelsbetrieben auch, hängt ihr wirtschaftlicher Erfolg nicht unwesentlich von einem günstigen Standort ab. Wichtig sind eine gute Erreichbarkeit sowie die Nähe zu Arztpraxen. Apotheken finden sich deshalb typischerweise in Innenstädten, Geschäftsstraßen oder Einkaufszentren, daneben spielen Standorte in Ärztehäusern eine wichtige Rolle. Ihre Kundschaft besteht vor allem aus Laufkundschaft in dem Sinne, dass anders als z. B. bei Ärzten und Rechtsanwälten eine Terminvereinbarung unüblich ist. Dies schließt natürlich nicht aus, dass zufriedene Kunden zur Stammkundschaft werden. Als Einzelhändler müssen die Apotheken ihre Erträge über die Preisspanne zwischen Großhandelspreis und Endverkaufspreis erzielen. Zwar erbringen die Apotheker beim Verkauf von Arzneimitteln auch Beratungsleistungen; diese stellen jedoch keine vertraglich eigenständige Tätigkeit dar und werden auch nicht eigenständig vergütet.

1130. Das seit 2005 zugelassene Modell der Hausapotheken schwächt diese Einzelhandelseigenschaft ab, hebt sie aber nicht auf. Im Hausarzt- und Hausapothekenmodell verpflichtet sich ein gesetzlich Versicherter, seine Arzneimittel grundsätzlich nur in einer Apotheke – seiner Hausapotheke – zu beziehen; die gewählte Apotheke kann ohne wichtigen Grund erst nach einem Jahr gewechselt werden. Diese Bindung ermöglicht dem Apotheker, eine Liste aller an den Versicherten abgegebenen Arzneimittel zu führen und auf mögliche negative Wechselwirkungen zwischen Arzneimitteln und auf Doppelverordnungen hinzuweisen. Gleichzeitig wählt der Patient einen Hausarzt, der als erster Ansprechpartner vor eventuellen Überweisungen an Fachärzte fungiert. Dem Versicherten wird als Anreiz zu dieser Verpflichtung ein Teil der Praxisgebühren erlassen. Der Hausapotheker erhält eine Vergütung für bestimmte Beratungsleistungen. Jedoch wird dieses Modell bisher nur von einzelnen Krankenkassen angeboten, und es ist noch nicht abzusehen, welcher Anteil der gesetzlich Versicherten sich schließlich für dieses Modell entscheiden wird.⁹⁹ Die relative Bedeutung der Vergütung für Beratungsleistungen für die Apotheker ist auch relativ gering. Zudem werden beim Wettbewerb der Apotheker darum, als Hausapotheke ausgewählt zu werden, weiter die oben angesprochenen Standortfaktoren eine Rolle spielen.

3.1 Überblick über die wettbewerbsbeschränkenden Regelungen

3.1.1 Produktsortiment

1131. Die auffallendste wettbewerbspolitische Besonderheit auf dem Gebiet des Einzelhandels mit Arzneimitteln ist, dass diese Tätigkeit für den wesentlichen Teil der

⁹⁷ Ebenfalls nicht behandelt werden die Regelungen über Bundeswehrapotheken.

⁹⁸ Den 25 Millionen in der Apotheke selbst hergestellten Rezepturen stehen 1 500 Millionen abgegebene Packungen apothekenpflichtiger Arzneimittel gegenüber.

⁹⁹ Bisher hat die die Barmer Ersatzkasse das einzige bundesweite Angebot eines Hausarzt-/Hausapothekenmodells. Daneben bieten einige Ortskrankenkassen dieses Modell regional an. Bei der Barmer Ersatzkasse sind nach einem Jahr etwa 1,5 Millionen von 7,1 Millionen Mitgliedern dem Hausarzt- und Hausapothekenmodell beigetreten, also ca. 20 Prozent.

Arzneimittel nur in besonderen Einzelhandelsgeschäften – eben den Apotheken – möglich ist. Hinzu kommt, dass Apotheken einer Reihe spezifischer Regelungen unterliegen, die ihre Wettbewerbsmöglichkeiten in Bezug auf die Parameter Preisgestaltung, Produktsortiment, Werbung, Personal, räumliche Integration, Unternehmensform und Eigentümerstruktur beschränken.

1132. Bezüglich des Produktsortiments gibt es einerseits bestimmte Produkte, die nur in Apotheken verkauft werden dürfen, andererseits dürfen die Apotheken ihr Sortiment nicht beliebig auf andere Bereiche ausdehnen.

Die gesetzliche Regelungen sehen drei Kategorien von Arzneimitteln vor, und zwar

- freiverkäufliche Arzneimittel,
- apothekenpflichtige, aber nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel,
- apothekenpflichtige, verschreibungspflichtige Arzneimittel.

1133. Apothekenpflichtige Arzneimittel dürfen nur durch Apotheken verkauft werden. Bei verschreibungspflichtigen Arzneimitteln tritt noch die Anforderung dazu, dass sie nur nach Vorlage einer ärztlichen Verschreibung an den Verbraucher abgegeben werden dürfen. Dagegen können freiverkäufliche Arzneimittel auch von anderen Geschäften verkauft werden, solange im Geschäft eine Person mit besonderer Sachkunde in Bezug auf Arzneimittel vorhanden ist.¹⁰⁰ Der Katalog der freiverkäuflichen Arzneimittel umfasst z. B. Heilwässer, Bademoore, pflanzliche Heilmittel, Pflaster und bestimmte Desinfektionsmittel.

1134. Apotheken müssen sich nicht auf den Handel mit Arzneimitteln beschränken, sondern können darüber hinaus ein bestimmtes Nebensortiment anbieten. Dieses ist jedoch der Art nach beschränkt. Außer Arzneimitteln dürfen in Apotheken nur apothekenübliche Waren verkauft werden. Dazu zählen nach der Apothekenbetriebsordnung insbesondere Produkte, die der Gesundheit von Menschen und Tieren mittelbar oder unmittelbar dienen oder diese fördern. Diese Regelung wird in der Praxis ziemlich weit ausgelegt und umfasst z. B. auch die dekorative Kosmetik.

Manche Hersteller von freiverkäuflichen Arzneimitteln und apothekenüblicher Ware beschränken den Vertrieb ihrer Produkte freiwillig auf die Apotheken. Man spricht dann von „apothekenexklusiver Ware“. Die Hersteller werden diese Beschränkung wahrscheinlich deshalb vornehmen, weil sie die betroffenen Produkte für besonders beratungsbedürftig halten oder weil sie davon ausgehen, dass der Hinweis „Nur in der Apotheke erhältlich“ eine besondere Wirksamkeit suggeriert.

¹⁰⁰ Der Nachweis dieser Sachkunde kann z. B. durch eine Prüfung vor der IHK erworben werden.

3.1.2 Zugang zum Beruf

1135. Zugangsvoraussetzung für den Beruf des Apothekers ist die Approbation, die ein Universitätsstudium der Pharmazie und eine einjährige praktische Ausbildung voraussetzt. Im Gegensatz zu vielen anderen europäischen Ländern sind die Regelungen über den Marktzugang von Apothekenbetrieben in Deutschland recht liberal. Für die Errichtung neuer Apotheken gibt es weder einen Numerus clausus noch eine Bedürfnisprüfung.¹⁰¹ Auch die Zulassung zur Versorgung von Kassenpatienten ist nicht beschränkt – die für die wirtschaftliche Vertretung der Apotheker zuständige Spitzenorganisation schließt einen Rahmenvertrag mit den Spitzenverbänden der Krankenkassen; Apotheker, die nicht Mitglieder der zuständigen Verbandsorganisationen sind, können diesem Rahmenvertrag beitreten.

3.1.3 Preisregelung

1136. Beim Verkauf von verschreibungspflichtigen Arzneimitteln unterliegt der Apotheker einer Preisbindung nach der Arzneimittelpreisverordnung, die ihn auf eine bestimmte Handelsspanne festlegt. Dagegen ist der Apotheker bei der Kalkulation der Verkaufspreise von nicht verschreibungspflichtigen Arzneimitteln und des Nebensortiments bis auf wenige Ausnahmen frei.¹⁰²

Ausgangspunkt für die Berechnung der gebundenen Apothekenverkaufspreise ist der Abgabepreis des Herstellers. Darauf wird ein Großhandelszuschlag erhoben, der durch die Verordnung nach oben beschränkt ist. Der Apotheker schlägt eine Pauschale von 8,10 Euro je Packung sowie 3 Prozent auf den Herstellerabgabepreis zuzüglich des höchstzulässigen Großhandelszuschlags zu. Daraus ergibt sich der Apothekenverkaufspreis:¹⁰³

$$\text{Apothekenverkaufspreis} = (\text{Herstellerabgabepreis} + \text{Großhandelshöchstzuschlag}) \cdot 1,03 + 8,10 \text{ Euro}$$

Werden die Arzneimittel direkt vom Hersteller an die Apotheke geliefert, entfällt bei der Berechnung des Apothekenpreises der Großhandelshöchstzuschlag. Eine gesonderte Regelung gilt beim Verkauf von Arzneimitteln, die in der Apotheke hergestellt werden.

1137. Dieser Verkaufspreis gilt grundsätzlich für alle Verkäufe von verschreibungspflichtigen Medikamenten, also sowohl für Verkäufe an gesetzlich versicherte Patienten als auch an privat Versicherte oder Selbstzahler. Jedoch müssen die Apotheken bei Verkäufen auf Kosten der gesetzlichen Krankenversicherung einen gesetzlich festgelegten Rabatt in Höhe von momentan 2 Euro je Packung gewähren.

¹⁰¹ Die früher bestehenden Bedürfnisprüfungen wurden durch das so genannte Apothekenurteil des Bundesverfassungsgerichts für verfassungswidrig erklärt, vgl. BVerfGE 7, 377 ff.

¹⁰² Nur in Fällen, in denen nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel noch von der Krankenkasse erstattet werden, gelten weiter feste Zuschlagssätze, und zwar in Höhe der bis 2003 wirksamen allgemeinen Regelung.

¹⁰³ Zuzüglich Umsatzsteuer; der Zuschlag von 3 Prozent wird ohne Einrechnung der Umsatzsteuer berechnet.

3.1.4 Mehr- und Fremdbesitzverbot

1138. Traditionell gilt im deutschen Apothekenrecht das Leitbild des „Apothekers in seiner Apotheke“. Gemäß dem so genannten Fremdbesitzverbot darf ein Apothekenbetrieb nur durch einen Apotheker als Einzelunternehmer oder durch eine von Apothekern gebildeten offenen Handelsgesellschaft betrieben werden. Der Betrieb einer Apotheke in der Rechtsform einer GmbH oder einer Aktiengesellschaft ist nicht möglich.

Dagegen ist das bis vor kurzem geltende strikte Mehrbesitzverbot inzwischen gelockert worden. Während sich vor 2004 ein Apotheker auf den Betrieb einer Apotheke beschränken musste, kann er jetzt bis zu vier Apotheken betreiben. Er muss dabei eine der Apotheken als Hauptapotheke selber leiten und für jede der Filialapotheken einen angestellten Apotheker als verantwortlichen Leiter benennen. Die Hauptapotheke und die Filialapotheken müssen innerhalb desselben Kreises oder derselben kreisfreien Stadt oder in einander benachbarten Kreisen oder kreisfreien Städten liegen.

3.1.5 Räumliche Abschottung der Apotheke

1139. Die Apothekenbetriebsordnung schreibt vor, dass der Verkaufsraum einer Apotheke (Offizin) von anderweitig gewerblich genutzten Räumen durch Wände und Türen abgetrennt sein muss. Eine räumliche Integration einer Apotheke beispielsweise in ein Kaufhaus oder eine Drogerie ist damit nicht möglich.

3.1.6 Werbung

1140. Der Apotheker unterliegt in seiner Werbetätigkeit einerseits dem UWG und dem Heilmittelwerbegesetz, das mit Geltung für jedermann (d. h. insbesondere für Hersteller) die Werbemöglichkeiten für Arzneimittel beschränkt, und andererseits den Werberegeln, die in der Berufsordnung seiner Landesapothekerkammer als Satzungsrecht niedergelegt sind.

1141. Da die Berufsordnungen von Land zu Land verschieden sind, lassen sich allgemeine Aussagen nur eingeschränkt machen. Jedoch enthalten die meisten Berufsordnungen die folgenden oder ähnliche Bestimmungen:

- Verweis auf das Verbot der unlauteren Wettbewerbs,
- Verbot einer Werbung, die irreführend oder übertrieben ist oder Arzneimittelfehlbrauch und Arzneimittel-mehrverbrauch begünstigt,
- kostenlose Abgabe von Arzneimitteln oder kostenlose Durchführung von Untersuchungen,
- Abgehen von gesetzlich vorgeschriebenen Preisen,
- Verzicht auf Zuzahlungen,
- Vortäuschen einer besonderen Stellung der eigenen Apotheke,
- Duldung von werbender Berichterstattung,
- Überlassen von Ausstellungsflächen in der Apotheke gegen Entgelt,

- Werbung für apothekenpflichtige Arzneimittel außerhalb der Apotheke.

Auch im Bereich der Apotheken gilt, dass die Werbebeschränkungen in den letzten Jahren insbesondere unter dem Einfluss der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung stark abgebaut wurden.

3.2 Zur Apothekendichte

1142. Bei der Analyse der Apothekenzahlen muss man zwischen den alten und den neuen Bundesländern unterscheiden. In den alten Bundesländern nahm die Zahl der Apotheken nach der Freigabe Ende der fünfziger Jahre stark zu. Die Zahl von 8 173 öffentlichen Apotheken, die im Jahr 1958 die Bevölkerung versorgten, verdoppelte sich bis 1982 auf 16 438. Ihren Höhepunkt erreichte diese Entwicklung im Jahr 1998 mit 18 329 öffentlichen Apotheken. Seitdem ist die Zahl der Apotheken in den alten Bundesländern leicht zurückgegangen und betrug 2002 noch 18 184. Damit korrespondiert eine starke Zunahme der Apothekendichte. Kamen im Jahr 1958 durchschnittlich ca. 6 700 Einwohner auf eine Apotheke waren es 2002 noch ca. 3 700.¹⁰⁴

1143. In der ehemaligen DDR war die Apothekendichte deutlich geringer als im Westen; nach der Wiedervereinigung nahm die Zahl der Apotheken in den neuen Bundesländern jedoch deutlich zu, und zwar von 2 187 Apotheken im Jahr 1992 auf 3 281 Apotheken im Jahr 2002, also um ca. 50 Prozent in zehn Jahren.

1144. Betrachtet man die Zahl der Einwohner pro Apotheke nach Bundesländern aufgeschlüsselt (Stand 2004), fällt auf, dass in den alten Bundesländern fast überall Werte zwischen 3 500 und 3 900 erreicht werden. Dabei bestehen keine erkennbaren Unterschiede zwischen Stadtstaaten und Flächenländern, nur das Saarland stellt mit einem Wert unter 3 000 eine Ausnahme dar. Dagegen liegen die Werte in den neuen Bundesländern noch deutlich über 4 000.

1145. Betrachtet man die Regelung des Apothekenwesens im internationalen Vergleich, dann fällt auf, dass ein breites Spektrum an Regelungsmöglichkeiten besteht. So werden in Schweden alle Apotheken von einem staatlichem Monopolunternehmen betrieben. Dagegen sind in Ländern wie Großbritannien und den USA auch Apothekenketten möglich, und Apotheken können räumlich integriert in anderen Geschäften als „drug counter“ betrieben werden. Auch ist in anderen Ländern der Bereich der freiverkäuflichen Arzneimittel weiter und enthält z. B. Medikamente wie Aspirin oder Paracetamol. Restriktiver ist in vielen europäischen Ländern die Frage der Zulassung neuer Apotheken. So bestehen in den meisten EU-Mitgliedstaaten Regelungen, die den Marktzugang neuer Apotheken quantitativ beschränken. Trotzdem ist die Apothekendichte in einigen dieser Länder noch wesentlich höher als in Deutschland. Während in den Niederlan-

¹⁰⁴ Vergleiche Bundesvereinigung Deutscher Apothekerverbände, <http://www.abda.de>, sowie Schöffski, O., Die Regulierung des deutschen Apothekenwesens, Baden-Baden 1995, S. 177.

Tabelle VI.1

Apothekendichte in den Bundesländern 2004

Land	Einwohner pro Apotheke	Land	Einwohner pro Apotheke
Baden-Württemberg	3.869,1	Niedersachsen	3.820,9
Bayern	3.654,6	Nordrhein-Westfalen	3.807,7
Berlin	3.898,5	Rheinland-Pfalz	3.571,8
Brandenburg	4.790,5	Saarland	2.992,7
Bremen	3.747,0	Sachsen	4.517,7
Hamburg	3.738,9	Sachsen-Anhalt	4.150,5
Hessen	3.745,6	Schleswig-Holstein	3.928,8
Mecklenburg-Vorpommern	4.409,4	Thüringen	4.282,3

Quelle: Pharmaceutical Group of the European Union, <http://www.pgeu.org>, und eigene Berechnungen

den knapp 10 000 Einwohner auf eine Apotheke kommen und in Schweden und Großbritannien knapp unter 5 000, sind es beispielsweise in Belgien nur knapp 2 000 und in Griechenland etwa 1 300 Einwohner pro Apotheke.¹⁰⁵ Beim Vergleich dieser Zahlen ist allerdings zu beachten, dass in einigen Ländern der Kreis der apothekenpflichtigen Waren größer ist als in Deutschland und z. B. auch Babynahrung umfasst.

1146. Auch die Umsatzmargen der Apotheken beim Verkauf von Arzneimitteln differieren in Europa deutlich. Der Anteil der Apotheke am Endverkaufspreis (einschließlich Mehrwertsteuer) reichte 1999 von maximal 33 Prozent in Irland und 30,9 Prozent in Luxemburg bis zu 19 Prozent in Portugal und 17,3 Prozent im Vereinigten Königreich. Deutschland lag mit 27,3 Prozent an vierter Stelle.¹⁰⁶

3.3 Wettbewerbspolitische Probleme der Apothekenregulierung

1147. Im Bereich des Einzelhandels mit Arzneimitteln herrschen gewisse Besonderheiten, die eine Regulierung in diesem Bereich rechtfertigen könnten. Abgehoben wird vor allem darauf, dass Arzneimittel beratungsbedürftige Produkte sind. Der Endverbraucher könne nicht ohne weiteres beurteilen, ob der Einsatz eines bestimmten Arzneimittels für ihn nützlich, nutzlos oder sogar schädlich ist. Diese Problematik spricht in erster Linie dafür, dass der Gesetzgeber für bestimmte Arzneimittel eine Verschreibungspflicht einführt, also ihre Abgabe an Endverbraucher von einer ärztlichen Verordnung abhängig macht. Dadurch wird sichergestellt, dass ein Patient ein Arzneimittel nur dann legal erwerben kann, wenn der Einsatz dieses Arzneimittels nach Ansicht einer fachkundigen Person bei ihm geboten ist. Der Apotheker dient in

dieser Konstellation in erster Linie als „gatekeeper“, der für die Einhaltung der Verschreibungspflicht verantwortlich ist.

1148. Eine andere Besonderheit, die aber in ähnlicher Weise für viele Bereiche im Gesundheitssystem gilt, liegt darin, dass die Kosten für den wesentlichen Teil des Arzneimittelverbrauches nicht direkt vom Patienten, sondern von einer gesetzlichen oder privaten Krankenversicherung getragen werden. Beim Einkauf solcher Arzneimittel ist der einzelne Verbraucher also kaum preissensitiv.¹⁰⁷ Üblicherweise tritt deshalb an die Stelle eines individuell vereinbarten Preises entweder eine staatliche Preisregulierung oder eine Vereinbarung zwischen Krankenversicherung und Apotheker. In Deutschland gilt für die gesetzlichen Krankenkassen ein Kontrahierungszwang; sie können also nicht mit einer begrenzten Anzahl von Apotheken exklusive Verträge über die Versorgung ihrer Mitglieder als Gegenleistung für günstige Arzneimittelpreise schließen. Solange dieser Kontrahierungszwang gilt, ist es folgerichtig, dass es einheitliche, nicht ausgehandelte, sondern staatlich festgesetzte Apothekenaufschläge gibt.

1149. Diese Argumentation gilt jedoch nicht für Arzneimittel, die vom Patienten selbst bezahlt werden müssen. Hier ist der Patient, wie bei anderen Gütern auch, durchaus preissensitiv. Zwar wird diese Preissensitivität bei dringend benötigten Arzneimitteln für den akuten Bedarf nicht besonders groß sein. Eine längere Suche nach dem günstigsten Angebot wird hier nur selten stattfinden, insbesondere wenn ein Preisvergleich nur umständlich zu realisieren ist. Dagegen wird der Käufer beim Vorratskauf oder bei ständigem Bedarf stärker an günstigen Arzneimittelpreisen interessiert sein. Ein Preiswettbewerb ist

¹⁰⁵ Pharmaceutical Group of the European Union, <http://www.pgeu.org>.

¹⁰⁶ Bezogen auf die damals 15 EU-Mitgliedstaaten. Vergleiche Paterson, Iain, Fink, Marcel, Ogus, Anthony et. al., a. a. O., S. 349.

¹⁰⁷ Auch die aktuell in der gesetzlichen Krankenkasse geltenden Zuzahlungsregelungen ändern daran nur wenig, da sie nur in geringem Umfang preisabhängig sind. Bei der privaten Krankenversicherung gilt das aufgrund des Systems der Beitragsermäßigung bei Nichtanspruchnahme von Versicherungsleistungen nur eingeschränkt.

hier durchaus möglich; der Gesundheitsbezug von Arzneimitteln zumindest schließt ihn nicht aus.

1150. Seit Anfang 2004 müssen gesetzlich Versicherte die Kosten von nicht verschreibungspflichtigen Arzneimitteln mit wenigen Ausnahmen selbst übernehmen. Es ist deshalb folgerichtig, dass der Gesetzgeber für diese Arzneimittel die Preisbindung aufgehoben hat. Nach Einschätzung der Monopolkommission ist der Preiswettbewerb bei Arzneimitteln noch nicht wirklich im öffentlichen Bewusstsein verankert. Es ist noch nicht üblich, dass in Apotheken gut erkennbare Preisschilder für die nicht verschreibungspflichtigen Arzneimittel angebracht sind. Das Selbstbedienungsverbot in § 17 Abs. 3 Apothekenbetriebsordnung verhindert außerdem, dass Kunden direkt an Regale mit nicht verschreibungspflichtigen Arzneimitteln herantreten können, um sich einen Überblick über das Angebot und die Preise zu verschaffen. Bisher können Preise für apothekenpflichtige Arzneimittel, auch verschreibungspflichtige, oft nur im Gespräch mit dem Verkaufspersonal ermittelt werden.

1151. Dagegen sind die Preise für verschreibungspflichtige Medikamente weiterhin staatlich festgelegt. Auf Märkten mit offenem Marktzutritt, aber geregelten Preisen besteht das Problem, dass es zu einer Überbesetzung der Angebotsseite kommen kann. Die künstlich hoch gehaltenen Preise führen höchstens zeitweise zu Übergewinnen. Denn die Erwartung auf gute Erträge lockt weitere Markteintritte an. Diese Eintrittswelle kann so lange anhalten, bis Übergewinne abgebaut sind und nur noch Gewinne in Höhe eines Unternehmerlohns erzielt werden. Administrierte Erhöhungen des Preisniveaus führen dann zu einer erhöhten Anbieterdichte, Senkungen des Preisniveaus langfristig zu einer Abnahme.

1152. Dies hat zur Folge, dass im Gegensatz zum Zustand mit Wettbewerb die Arzneimitteldistribution zu höheren volkswirtschaftlichen Kosten erfolgt, weil die im Markt auftretenden Betriebe eine zu geringe, nicht optimale Größe haben. Ökonomisch eigentlich zu kleine Betriebe können überleben, weil sie durch die effizienteren Betriebe nicht unterboten werden können. Wann eine Apotheke volkswirtschaftlich zu klein ist, hängt natürlich von der Umgebung ab. Auf dem Land kann auch eine relativ kleine Apotheke volkswirtschaftlich gerechtfertigt sein, da hier höheren Betriebskosten in der Apotheke geringere Wegekosten der Patienten gegenüberstehen.

1153. Eine andere mögliche Konsequenz ist, dass der nicht erlaubte Preiswettbewerb durch Wettbewerb bei anderen Komponenten ersetzt wird. Apotheken versuchen möglichst gute Standorte zu beziehen, durch eine gehobene Ladeneinrichtung, durch freundlichen Service oder kostenlose Beigaben wie Apothekenzeitungen oder Hustenbonbons im Wettbewerb zu bestehen. Manche dieser Komponenten – wie Service, Qualität der Beratung, gute Erreichbarkeit – mögen gesundheitspolitisch positiv bewertet werden, andere sind teilweise gesundheitspolitisch unnötig (gehobene Ladeneinrichtung) oder unter Kosten-Nutzen-Gesichtspunkten fragwürdig (Apothekenzeitung). Die Monopolkommission spricht sich nicht dagegen aus, dass es Einzelhandelsgeschäfte mit gehobener Einrich-

tung gibt. Jedoch ist es fragwürdig, sie mit Beitragsgeldern der gesetzlichen Krankenkassen zu finanzieren.

1154. Schließlich ist es denkbar, dass die Gewinnmöglichkeiten, die mit besonders günstigen Apothekenstandorten (Ärztehaus, Alleinstellung in einem Einkaufszentrum) verbunden sind, nicht beim Apotheker, sondern beim Vermieter der Apothekenräume anfallen, denn diese Gewinnmöglichkeiten bestimmen seine Verhandlungsposition bei der Aushandlung der Miete.

1155. Die Lösung dieses Problems kann nicht darin bestehen – wie teilweise in anderen Ländern üblich –, den Marktzugang für Apotheken durch Numerus clausus oder Bedürfnisprüfungen zu beschränken. Es ist äußerst zweifelhaft, ob der zuständige Regulierer die volkswirtschaftlich richtigen Apothekenzahlen festsetzen würde. Denn er wäre starkem politischem Druck durch die etablierten Apotheker ausgesetzt, die daran interessiert sind, die Zahl der Apotheken klein zu halten, selbst wenn wegen Bevölkerungswachstums in einer Gemeinde oder der Erschließung neuer Wohngebiete mehr Apotheken nötig wären. Auch bestünde weniger wettbewerblicher Druck, eine effiziente Betriebsstruktur zu organisieren, und auch die positiven Elemente des Qualitätswettbewerbs würden wegfallen.

1156. Ein weiteres Problem von Festpreisen ist, dass sie keine hinreichenden Anreize bieten, sich in Gegenden mit vergleichsweise geringer Apothekendichte anzusiedeln. Bestünde Preiswettbewerb, wäre die Ansiedlung gerade in solchen Gegenden interessant, weil dort bessere Preise erzielt werden könnten.

3.4 Reformvorschläge der Monopolkommission

3.4.1 Apothekenpflichtige Arzneimittel

1157. Bei der Beurteilung der Apothekenpflicht muss man nach Arzneimittelgruppen unterscheiden. Bei der Gruppe der verschreibungspflichtigen Arzneimittel liegt die Rechtfertigung primär darin, dass der Apotheker als „gatekeeper“ fungiert, der einerseits die Einhaltung der Verschreibungspflicht sicherstellen soll, aber andererseits keinen Einfluss auf die Verschreibungsentscheidung hat. Wären Verschreibung und Verkauf in einer Hand, dann bestünde der Anreiz, besonders viel zu verschreiben. Hinzu kommt manchmal die Aufgabe, die Verschreibung des Arztes zu konkretisieren, falls nur ein bestimmter Wirkstoff und nicht ein bestimmtes Präparat verschrieben wurde, oder ein anderes Produkt zu substituieren, falls dies gesetzlich zugelassen ist.

1158. Bei den apothekenpflichtigen, aber nicht verschreibungspflichtigen Arzneimitteln, wird als Rechtfertigung der Beratungsbedarf der Käufer beim Erwerb dieser Produkte genannt. Diesem könne man nur durch einen Verkauf in der Apotheke gerecht werden. Eine weitere Rechtfertigung der Apothekenpflicht kann in beiden Kategorien darin liegen, dass bestimmte Arzneimittel besonderen Anforderungen bei der Lagerung oder Herstellung¹⁰⁸ unterliegen, deren Einhaltung nur durch besonders fachlich geschulte Personen sichergestellt werden kann.

1159. Es fällt auf, dass der Bereich der apothekenpflichtigen Arzneimittel in Deutschland im Vergleich z. B. zu Großbritannien und den USA besonders umfangreich ist. Zum Beispiel sind in Großbritannien leichte Schmerzmittel wie Aspirin, aber auch Mittel zur Raucherentwöhnung wie Nikotinpflaster im allgemeinen Einzelhandel erhältlich, in Deutschland dagegen apothekenpflichtig.

1160. Für die Monopolkommission ist nicht erkennbar, dass bei diesen Arzneimitteln ein so großer Beratungsbedarf besteht, dass ihr Verkauf nur in Apotheken erlaubt sein sollte. Der Verkauf dieser Arzneimittel erfolgt vielfach ohne Beratung. Auch kann die Monopolkommission keine besonders erhöhte Anforderung an die Lagerung dieser Arzneimittel erkennen, die über das hinausgeht, was z. B. für Lebensmittel oder Kosmetika notwendig ist. Sie empfiehlt der Bundesregierung deshalb, die Apothekenpflicht für diese – und vergleichbare – Arzneimittel unter Hinzuziehung der zuständigen Sachverständigenkommission für die Apothekenpflicht erneut zu überprüfen und dabei auch die Erfahrungen in anderen Ländern zu berücksichtigen.

1161. Dabei sollte sie insbesondere bedenken, dass in der Praxis beim Verkauf dieser Arzneimittel oft keine Beratung stattfindet und auch vom Käufer nicht gewünscht wird. Sie werden oft auf Vorrat oder aufgrund eines regelmäßigen Bedarfs gekauft. In Situationen, in denen die Einnahme dieser Arzneimittel schädlich sein kann, sei es wegen Nebenwirkungen oder wegen Wechselwirkungen

mit anderen Präparaten, wird es regelmäßig der Arzt sein, der warnen muss. Für den Apotheker wird regelmäßig nicht erkennbar sein, dass eine besondere Gefahrensituation vorliegt.

1162. Eine Apothekenpflicht bei diesen Arzneimitteln kann nicht dann gerechtfertigt sein, wenn sie nur geringe Vorteile bringt. Denn eine Apothekenpflicht von Arzneimitteln ist für die Allgemeinheit auch mit Lasten verbunden. Wäre ein Verkauf dieser Arzneimittel in Drogerien und Supermärkten möglich, dann wäre von einer größeren Wettbewerbsintensität und damit niedrigeren Preisen auszugehen. Insbesondere wäre es möglich, dass Einzelhandelsketten diese Arzneimittel auch als Handelsmarken anbieten. Ein weiterer Vorteil für die Verbraucher wäre, dass sie für den Erwerb dieser Arzneimittel kürzere Wege zurücklegen müssten und oft längere Öffnungszeiten nutzen könnten.

1163. Falls eine Aufhebung der Apothekenpflicht für diese Arzneimittel für zu weitgehend gehalten wird, könnte man auch daran denken, dass zumindest das Selbstbedienungsverbot für sie aufgehoben wird. Bereits durch diese Maßnahme könnte der Preiswettbewerb für diese Präparate intensiviert werden, und die Kosten der Apotheken beim Verkauf dieser Arzneimittel könnten gesenkt werden.

1164. Darüber hinaus ist die ganze Kategorie der nicht verschreibungspflichtigen, aber apothekenpflichtigen Arzneimittel in Frage zu stellen. Denn nach der bisherigen Regelung ist auch beim Verkauf in der Apotheke nicht sichergestellt, dass tatsächlich eine Beratung stattfindet, da es keine überprüfbare Beratungspflicht des

¹⁰⁸ Bestimmte Arzneimittel werden direkt in der Apotheke hergestellt.

Tabelle VI.2

Freiverkäufliche Arzneimittel in Großbritannien, die in Deutschland apothekenpflichtig sind

Wirkstoff/Handelsname (Darreichungsform)	Art des Arzneimittels	Beschränkungen
Acetylsalicylsäure/Aspirin (Tabletten)	Schmerzmittel u. a.	Maximale Stärke: 500 mg Packungsgröße maximal 20 Stück mit maximal 500 mg oder 30 Stück mit maximal 325 mg
Cetirizine Hydrochlorid/ Zyrtec (Tabletten)	Zur symptomatischen Behandlung von Allergien	Maximale Stärke: 10 mg Packungsgröße maximal 7 Stück
Ibuprofen (Tabletten)	Schmerzmittel	Maximale Stärke: 200 mg Packungsgröße maximal 16 Stück
Paracetamol (Tabletten)	Schmerzmittel	Maximale Stärke: 500 mg Erwachsene, 120 mg Kinder, Packungsgröße maximal 30 Stück
Nikotin (Pflaster)	Zur Raucherentwöhnung	Maximal abgegebene Wirkstoffmenge: 21 mg in 24 Stunden
Nikotin (Kaugummis)	Zur Raucherentwöhnung	Maximale Stärke: 4 mg

Quelle: Medicines and Healthcare products Regulatory Agency, www.mhra.gov.uk

Apothekers gibt. In anonymen Großstadtapotheken wird ein Missbrauch von nicht verschreibungspflichtigen Arzneimitteln auch nur schwer auffallen. Neben der oben angedeuteten Reduzierung dieser Kategorie von Arzneimitteln sollte auch darüber nachgedacht werden, bei bestimmten Arzneimitteln, deren Konsum eine Beratung vorangehen sollte, eine zu dokumentierende Beratungspflicht des Apothekers einzuführen. Der Apotheker müsste bei Abgabe dieser Arzneimittel eine kurze Niederschrift der vom Käufer berichteten Symptome fertigen.

3.4.2 Zugang zum Apothekerberuf

1165. Die Monopolkommission empfiehlt, den Beruf des Apothekers auch für Fachhochschulabsolventen zu öffnen. Zwar existieren bereits jetzt pharmazeutische Studiengänge an Fachhochschulen. Diese eröffnen jedoch nicht den Zugang zum Apothekerberuf, sondern sind vor allem auf die Anforderungen der Industrie ausgerichtet oder bieten als Master-Studiengänge Weiterbildungsmöglichkeiten für Apotheker. Ein allgemeines Ziel der Hochschulpolitik ist es, den Bereich der Fachhochschulen auszubauen. Dabei müssen gerade auch die traditionellen akademischen Berufe auf ihre Einbeziehung in den Bereich der Fachhochschulen geprüft werden. Der Beruf des Apothekers erscheint für das anwendungsbezogene wissenschaftliche Studium, das Aufgabe der Fachhochschulen ist, besonders geeignet. Die pharmazeutischen Fakultäten an den Universitäten hätten dann die Möglichkeit, sich stärker auf eine forschungsbezogene Ausbildung zu konzentrieren.

3.4.3 Preisbindung bei verschreibungspflichtigen Arzneimitteln

1166. Eine Freigabe der Preise für verschreibungspflichtige Arzneimittel wäre unter den momentan geltenden Regelungen in den gesetzlichen Krankenkassen nicht sinnvoll. Denn soweit die Krankenkasse die Kosten des Arzneimittels übernimmt, besteht für den Patienten, der die Apotheke auswählt, kaum ein Anreiz, eine besonders günstige Apotheke zu suchen. Zwar gilt in der gesetzlichen Krankenversicherung seit Anfang 2004 eine Regelung, welche die Zuzahlung für Arzneimittel vom Preis des Arzneimittels abhängig macht. Danach trägt der Versicherte – in der seit Anfang 2004 geltenden Fassung – grundsätzlich 10 Prozent des Arzneimittelpreises, jedoch mindestens 5 Euro und höchstens 10 Euro und nicht mehr als die Kosten des Präparats.

1167. Jedoch hat damit der Preis des Arzneimittels nur in den Intervallen zwischen 0 Euro und 5 Euro sowie zwischen 50 und 100 Euro Auswirkungen auf die Höhe der Zuzahlung. Und im Bereich zwischen 50 und 100 Euro kommen dem Patienten nur 10 Prozent einer Einsparung zugute. Bei einer Freigabe der Preise für verschreibungspflichtige Medikamente gäbe es also nur sehr geringe Anreize, nach preisgünstigen Apotheken zu suchen. Da es für die Krankenkassen nicht möglich ist, Apotheken von der Versorgung ihrer Versicherten auszuschließen, bestünde die Gefahr, dass eine Freigabe der Apothekenpreise nicht zu Preissenkungen, sondern sogar

zu Preiserhöhungen führen würde. Jedoch könnte durch eine Änderung der aktuellen Krankenkassenregelungen auch Preiswettbewerb der Apotheker bei verschreibungspflichtigen Medikamenten ermöglicht werden.

Tabelle VI.3

Zuzahlung in Abhängigkeit vom Arzneimittelpreis

Preis des Arzneimittels	Zuzahlung
0 € bis 5 €	0 € bis 5 €
5,01 € bis 50 €	5 €
50,01 € bis 100 €	5 € bis 10 €
über 100 €	10 €

Quelle: § 61 SGBV und eigene Berechnungen

1168. Eine Möglichkeit besteht darin, Wettbewerb der Apotheker um die Zulassung zur Versorgung von Patienten einer bestimmten Kasse zu ermöglichen. Die Versicherten einer bestimmten Krankenkasse könnten dann nur bei solchen Apotheken auf Kassenkosten Arzneimittel beziehen, mit denen ihre Kasse einen Vertrag abgeschlossen hat (Vertragsapotheken). Als Gegenleistung für die Berechtigung, an ihre Versicherten zu verkaufen, handelt die Krankenkasse Rabatte mit den Apotheken heraus, die sie durch Beitragssenkungen an die Versicherten weitergibt. Die Krankenkasse hätte dann die Möglichkeit, die Apotheken auszuwählen, die ihr besonders hohe Rabatte einräumen; die Arzneimittelpreisverordnung würde auf die Funktion einer Preisobergrenze beschränkt.¹⁰⁹ Im Gegensatz zum bereits praktizierten Modell der Hausapotheke ist hier die Zahl der von der Krankenkasse zugelassenen Apotheken beschränkt, unter denen der Patient jedoch frei wählen kann. Dagegen können beim Hausapothekenmodell grundsätzlich alle Apotheken mitmachen.

1169. Dieses Modell einer Vertragsapotheke wäre in Großstädten wohl gut durchführbar, da dort die räumliche Dichte der Apotheken relativ hoch ist. Dagegen bestünde in ländlichen Gegenden die Gefahr, dass entweder die durchschnittliche Entfernung zur nächsten Apotheke deutlich zunehmen würde oder die Krankenkassen dort fast alle Apotheken zur Versorgung zulassen müssten, was den Wettbewerbsdruck verringern würde. Dagegen würde in größeren Städten eine Einschränkung der Apothekenwahlfreiheit nur eine geringe Belastung der Versicherten mit sich bringen. Ein weiterer Nachteil dieser Lösung wäre, dass sie mit einem hohen Informationsaufwand für die Versicherten verbunden wäre, die erst he-

¹⁰⁹ Für die Diskussion eines solchen Modells vgl. Glaeske, G. u. a., Stärkung des Wettbewerbs in der Arzneimittelversorgung zur Steigerung von Konsumentennutzen, Effizienz und Qualität, Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums für Gesundheit und Soziale Sicherung (BMGS), Stand: 16. April 2003, S. 158–160.

rausfinden müssten, welche Apotheken von ihrer Kasse zugelassen sind, was letztlich dem Charakter der Apotheke als Einzelhandel widerspricht.

1170. Die Monopolkommission hält deshalb eine andere Lösung für vorzugswürdig, bei der wirksamer Preiswettbewerb zwischen den Apotheken durch eine Beteiligung der Patienten am Preis der Apothekenleistung stattfindet. Dies könnte in der gesetzlichen Krankenversicherung durch eine Umgestaltung der jetzigen Zuzahlungsregelung erreicht werden. Die momentane Regelung beteiligt den Patienten zwar an den Kosten des Arzneimittels. Jedoch ist die Höhe der Zuzahlung nur in geringem Maß von den Kosten des Arzneimittels abhängig. Hinzu kommt, dass die Beteiligung an den Gesamtkosten des Arzneimittels wenig Steuerungswirkung hat. Denn der Patient hat wenig Einfluss auf die Auswahl des verschriebenen Arzneimittels, die üblicherweise durch den Arzt erfolgt. Dagegen trifft der Patient die Entscheidung über die besuchte Apotheke eigenständig. Um einen Anreiz zum Besuch einer günstigen Apotheke zu gewähren, sollte der Patient deshalb nicht an den Gesamtkosten des Arzneimittels, sondern an den Kosten der Apothekenleistung beteiligt werden.

1171. Eine Beteiligung der Patienten an den Kosten der Apothekenleistung könnte so aussehen: Die bisherige Zuzahlung wird abgeschafft. Stattdessen erhebt der Apotheker vom Patienten eine eigenständige Pauschale für die Vertriebsleistung (des Apothekers und des Großhandels). Die Höhe dieses Zuschlages kann vom Apotheker variiert werden, wobei der Gesetzgeber Ober- und Untergrenzen festsetzen kann.¹¹⁰

1172. In diesem System trägt die Krankenkasse die Kosten für das Arzneimittel allein, während sich der Patient an den Kosten der Vertriebsleistung beteiligt. Damit wird der Patient gerade an dem Kostenfaktor beteiligt, für den er selber verantwortlich ist. Vom Gesetzgeber wären noch in einigen Parametern Ausgestaltungen zu treffen. So wäre über mögliche Ober- und Untergrenzen der Vertriebspauschale zu entscheiden. Eine Obergrenze könnte notwendig sein, um einen Missbrauch von lokalen oder zeitlichen Monopolstellungen (Nachtdienst) zu vermeiden. Ferner müsste festgelegt werden, inwieweit der Apotheker für verschiedene Arzneimittel unterschiedliche Vertriebspauschalen nehmen kann oder ob er sich auf einen Betrag festlegen muss. Um übermäßige Belastungen von Versicherten mit chronischen Krankheiten zu verhindern, könnte die Vertriebspauschale – wie bereits die Zuzahlungen – ab einer bestimmten Jahressumme von der Krankenkasse erstattet werden. Der Gesetzgeber müsste zudem entscheiden, ob die vom Versicherten gezahlte Vertriebspauschale die einzige Vergütung des Apothekers ist oder ob er darüber hinaus eine weitere Vergütung von der Krankenkasse erhält.

¹¹⁰ Vergleichbare wirtschaftliche Auswirkungen hat es, wenn der Apotheker dem Patienten einen Teil der Zuzahlung erlässt bzw. einen Teil der Zuzahlung selber übernimmt. Diese Praxis wird bereits jetzt von ausländischen Versandapotheken, die nach Deutschland liefern, geübt, ist für deutsche Apotheken aber noch nicht zulässig.

1173. Die Einführung einer vom Patienten zu erhebenden Vertriebspauschale hätte den Vorteil, dass sie einen wirksamen Preiswettbewerb der Apotheker auch bei den verschreibungspflichtigen Arzneimitteln ermöglichen würde. Der Patient trägt die Kosten für die Entscheidung, die er selber trifft; er hat nun einen Anreiz, nach preisgünstigen Apotheken zu suchen. Aber es bestünden auch weiterhin Anreize zum Qualitätswettbewerb; Apotheken mit gutem Beratungsangebot könnten höhere Vertriebspauschalen am Markt durchsetzen. Auch würde sie Anreize zur Apothekenansiedlung in bisher noch vergleichsweise schwach mit Apotheken besetzten Gegenden bieten. Denn in solchen Gebieten wäre der Preiswettbewerb noch nicht so stark, was eine Ansiedlung attraktiver machen würde.

3.4.4 Mehr- und Fremdbesitzverbot

1174. Die Monopolkommission spricht sich dafür aus, das Fremdbesitzverbot aufzuheben sowie einen Mehrbesitz von Apotheken auch oberhalb der aktuellen Grenze von vier Apotheken zuzulassen. Damit wäre eine Kapitalbeteiligung von Nichtapothekern an Apothekenbetrieben möglich, und es könnten Apothekenketten von grundsätzlich nicht beschränkter Größe gebildet werden. Weiterhin würde gelten, dass jede Apotheke durch einen – möglicherweise angestellten – Apotheker verantwortlich geführt werden muss.

Durch die Bildung von Apothekenketten könnten Effizienzvorteile in Bereichen wie Einkauf, Organisation und EDV erzielt werden. Außerdem ist zu erwarten, dass größere Einheiten für eine Belebung des Wettbewerbs auf dem Apothekensektor führen werden. Größere Einheiten werden eher mit wettbewerblichen Innovationen am Markt auftreten. Für den einzelnen Apotheker bestehen im Moment nur geringe Anreize zu wettbewerblichen Vorstößen, da seine Expansionsmöglichkeiten beschränkt sind. Durch die Zulassung von Fremdbesitz wird ermöglicht, dass Managementkompetenz von außerhalb des Apothekenbereiches in den Sektor eingebracht wird. Zwar steht offen, wie groß die durch eine solche Reform bewirkten Vorteile sind. Jedoch kann sich die Frage nach der optimalen Unternehmensorganisation erst im Wettbewerb beantworten.

Ein weiterer Vorzug einer Zulassung von Apothekenketten wäre, dass damit ein breiteres Betätigungsfeld für Apotheker, die nach ihrer Lebensplanung eher als Angestellte denn als Selbständige tätig sein wollen, geschaffen wird. Sie könnten damit auch die Tätigkeit der Leitung einer (Filial-)Apotheke als Angestellte wahrnehmen.

1175. Gegen eine Apothekenkette, die sich im Eigentum von Nichtapothekern befindet, könnte eingewandt werden, in einem solchem Unternehmen bestehe die Gefahr, dass die berufliche Sorgfalt des Apothekers hinter den Gewinnmaximierungsinteressen der Eigentümer zurückstehen wird. Jedoch wird auch der als Einzelunternehmer tätige Apotheker ein Interesse an Gewinnen haben. Im Gegenteil, bei einer Einzelunternehmensform des Apothekers könnte die Beeinflussung der Arbeitsweise der Apotheke durch Gewinnmaximierungsinteressen

noch viel stärker sein, da hier der wirtschaftlich Interessierte unmittelbar die Entscheidungen trifft. Außerdem ist davon auszugehen, dass die Aufsichtsbehörden größere Apothekenketten öfter kontrollieren werden als ein Einzelunternehmen.

1176. Gegen eine unbeschränkte Zulassung von Apothekenketten wird teilweise angeführt, dass sie zu wettbewerbspolitisch problematischen Oligopolen führen würden. Hierzu ist anzumerken, dass es keinen einseitigen Zusammenhang zwischen wettbewerbspolitisch positiven Marktergebnissen und der Konzentration auf einem Markt gibt. Mit anderen Worten, eine optimale Wettbewerbsintensität ist nicht unbedingt bei einer möglichst kleinteiligen Marktstruktur verwirklicht. Gerade in anderen Bereichen des Einzelhandels zeigt sich, dass auch bei nicht unbedeutender Unternehmenskonzentration starker Wettbewerb möglich ist. Allerdings muss verhindert werden, dass es – insbesondere in der Übergangszeit – durch Bildung von Apothekenketten zu lokalen oder regionalen Monopolen kommt. Dem könnte aber durch eine Regelung abgeholfen werden, nach der bei der Erteilung von weiteren Apothekenerlaubnissen eine fusionskontrollrechtliche Prüfung auf Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung erfolgt und Zusammenschlüsse von Apothekenketten auch unterhalb der üblichen Aufgreifschwelle der Fusionskontrolle unterliegen; wegen der nur lokalen Bedeutung solcher Zusammenschlüsse wären die Kontrollverfahren auf die Landeskartellbehörden zu verlagern. Diese Sonderregelungen könnten nach gewisser Zeit, wenn sich intensiver Wettbewerb zwischen Apothekenketten entwickelt hat, aufgehoben werden.

1177. Unabhängig von der Frage des Mehr- und Fremdbesitzverbotes spricht sich die Monopolkommission dafür aus, dass Apothekern eine selbständige Berufsausübung auch in Form einer GmbH ermöglicht wird. Im Rahmen dieser Forderung ginge es nur darum, den Apothekern das zu erlauben, was z. B. den Anwälten ohne weiteres möglich ist, nämlich zur Ausübung ihres Berufes eine GmbH zu bilden. Sollte sich der Gesetzgeber gegen eine Aufhebung des Fremdbesitzverbotes entscheiden, dann müsste festgelegt sein, dass sich nur in den betroffenen Apotheken tätige Apotheker an der GmbH beteiligen könnten.

Es sind keine Gründe ersichtlich, wieso Apothekenbetriebe nicht in der Form einer Apotheker-GmbH geführt werden sollten. Inwiefern diese Gesellschaftsform für Apotheken wirtschaftlich sinnvoll ist, muss sich im Wettbewerb zeigen. Zur Sicherung möglicher Schadensersatzansprüche von Patienten ist an eine Pflicht zum Abschluss einer Haftpflichtversicherung zu denken.

3.4.5 Räumliche Integration der Apotheke in andere Geschäfte

1178. Die Monopolkommission spricht sich dafür aus, eine räumliche Integration von Apotheken in andere Geschäfte zu ermöglichen. Apotheken könnten dann als räumlich unselbständiger Teil eines Drogeriemarktes oder Kaufhauses betrieben werden. Der Verkauf von verschreibungspflichtigen oder besonders beratungsbedürfti-

gen Arzneimitteln sollte aber weiterhin nicht in Selbstbedienung, sondern nur über den Apothekentisch erfolgen und der Zugang zu den eigentlichen Apothekenbetriebsräumen (Lager, Labor) nur berechtigten Personen gestattet sein. Zudem müsste auch bei diesen Apotheken ein Notdienst außerhalb der Ladenöffnungszeiten stattfinden.

1179. Als Argument für die bisherige räumliche Abschottung wird genannt, dass damit die besondere Funktion der Apotheke hervorgehoben werden soll. Eine räumliche Gestaltung der Apotheke, die zum „Arzneimittel-Shopping“ einlade, sei gefährlich.¹¹¹ Es ist unklar, was mit „Arzneimittel-Shopping“ gemeint ist. Schon heute versuchen Apotheken durchaus, durch eine vorteilhafte Gestaltung ihrer Einrichtung Kundschaft anzuziehen. Es gibt sogar Großapotheken, die auf dem überwiegenden Teil ihres Verkaufsraumes eher einem gehobenen Drogeriemarkt ähneln. Im Verkaufsraum der Apotheke direkt zugänglich sind ja auch nur Produkte, die auch außerhalb der Apotheke von anderen Geschäften verkauft werden dürfen. Einem falschen Gebrauch von Arzneimitteln wird weiterhin dadurch vorgebeugt, dass verschreibungspflichtige und besonders beratungsbedürftige Arzneimittel nur über den Apothekentisch verkauft werden können.

3.4.6 Werbebeschränkungen

1180. Die Monopolkommission empfiehlt, das Gebiet der Werbung vollständig aus der landesrechtlichen Ermächtigung der Apothekerkammern, Berufsregeln zu erlassen, herauszunehmen. Die Werbung der Apotheker würde sich dann nur noch nach der allgemeinen Rechtsordnung, also insbesondere nach dem UWG und dem Heilmittelwerbegesetz, richten. Sollten einzelne Regeln aus den Berufsordnungen weiterhin unabdingbar erscheinen, könnten sie gesetzlich verankert werden; jedoch besteht kein Bedarf nach regional unterschiedlichen Werbebestimmungen. Auch dürfte Werbung kein geeignetes Thema für eine Selbstregulierung durch die Berufskammern sein.

1181. Zwar gehen die meisten der heute noch in den Berufsordnungen enthaltenen Verbote nicht über das hinaus, was auch nach dem UWG verboten ist, oder verweisen nur auf gesetzliche Regelungen. Sie erscheinen deshalb als wettbewerbspolitisch wenig bedenklich. Jedoch sollte den Kammern die Möglichkeit versperrt werden, in Zukunft wettbewerbschädliche Werbebeschränkungen zu erlassen.

4. Regulierung des Marktes für freiberufliche Dienstleistungen im Baubereich

1182. Der folgende Abschnitt beschäftigt sich mit der Tätigkeit von freiberuflichen Architekten und Ingenieuren, beschränkt sich inhaltlich aber auf die Problematik der Mindestgebührenregelung durch die Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI). Der Anwendungsbereich der HOAI umfasst die Planungs- und Überwachungsaufgaben im Baubereich (einschließlich Städte-

¹¹¹ Vergleiche die Begründung in Bundesratsdrucksache 515/94, S. 20.

bau, Landschaftsplanung und Gebäudeausrüstung). Das heißt, das aus der Berufsgruppe der Ingenieure vor allem die selbständig tätigen Bauingenieure betroffen sind, daneben aber auch z. B. Elektroingenieure im Bereich der technischen Gebäudeausrüstung. Die vielfältigen Tätigkeiten von Ingenieuren in Bereichen außerhalb des Bauwesens werden hier dagegen nicht behandelt.

1183. Laut der Statistik der Bundesarchitektenkammer sind 107 751 eingetragene Architekten und Stadtplaner in Deutschland tätig (Stand Anfang 2006). Davon sind 57 868 selbständig tätig (freiberuflich oder gewerblich) und 49 883 als Beamte oder Angestellte.¹¹² Laut den Zahlen des Statistischen Bundesamtes sind etwa 13 000 Architekten und Raumplaner in der öffentlichen Verwaltung tätig.¹¹³ Die Bundesingenieurkammer vertritt 42.131 Ingenieure (Stand Ende 2005). Diese Zahl umfasst aber nicht alle Ingenieure, die Leistungen nach der HOAI erbringen. Das Statistische Bundesamt schätzt etwa 136 000 Bauingenieure, von denen 115 000 außerhalb der öffentlichen Verwaltung tätig sind.¹¹⁴

4.1 Geltender Regelungsrahmen

4.1.1 Zugang zum Beruf und zur Berufstätigkeit

1184. Es ist zu unterscheiden zwischen dem Zugang zum Beruf, bei dem es um das Tätigwerden unter der Bezeichnung Architekt oder Ingenieur geht, und Regelungen über bestimmte Tätigkeiten, die Architekten und Bauingenieuren vorbehalten sind.

1185. Um unter der Bezeichnung Architekt tätig zu werden, muss eine Eintragung in die Architektenliste des jeweiligen Bundeslandes erfolgen; dazu muss ein einschlägiger Hochschulabschluss sowie eine praktische Tätigkeit von zwei bis drei Jahren nachgewiesen werden. In einigen Bundesländern ist es auch möglich, ohne Hochschulabschluss nach einer zehnjährigen praktischen Tätigkeit in die Architektenliste eingetragen zu werden.

1186. Die Tätigkeit unter der Bezeichnung „Ingenieur“ ist gesetzlich an eine entsprechende Ausbildung geknüpft. Es gibt jedoch regelmäßig keine Pflicht zur Kammermitgliedschaft. Dagegen setzt die selbständige Tätigkeit unter der Bezeichnung „Beratender Ingenieur“ die Mitgliedschaft in der jeweiligen Bau- oder Ingenieurkammer voraus.

1187. Die Landesbauordnungen der Länder verlangen, dass die im Baugenehmigungsverfahren notwendigen Planvorlagen von bestimmten zugelassenen Entwurfsverfassern unterschrieben sind. Zu den zugelassenen Entwurfsverfassern gehören Architekten und Bauingenieure sowie – je nach Bundesland – Personen mit anderen Qualifikationen. Bei Bauingenieuren ist oft erforderlich, dass

der Ingenieur in eine Liste eingetragen ist, die von der Ingenieurkammer des betroffenen Landes geführt wird.

4.1.2 Preisregelung

1188. Im Baubereich gelten die Regeln der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI). In den von den Kammern erlassenen Berufsordnungen wird ausdrücklich auf die Geltung der HOAI verwiesen (§ 3 Abs. 4 Satz 1 der Berufsordnung der Baukammer Berlin: „Honorarwettbewerbe finden nicht statt.“)

1189. Die HOAI regelt die Honorare für die meisten Tätigkeiten der Architekten und Bauingenieure.¹¹⁵ Zwar richtet sich das Honorar für diese Leistungen grundsätzlich nach der schriftlichen Vereinbarung zwischen Bauherr und Auftragnehmer. Jedoch müssen sich die Vertragsparteien dabei an die in der HOAI festgelegten Höchst- und Mindestsätze halten; nur in Ausnahmefällen darf das vereinbarte Honorar diese Sätze über- bzw. unterschreiten (§ 4 Abs. 2 und 3 HOAI). Wird bei der Auftragserteilung keine Vereinbarung über die Höhe des Honorars getroffen, gelten die Mindestsätze als vereinbart.

1190. Die Ermittlung dieser Höchst- und Mindestsätze wird nachfolgend für den Bereich der Objektplanung bei Gebäuden dargestellt; die Honorarermittlung bei den anderen von der HOAI abgedeckten Leistungen verläuft ähnlich. Grundlagen für die Honorarermittlung sind die anrechenbaren Kosten und die Honorarzone des Gebäudes. Die anrechenbaren Kosten sind die (veranschlagten oder tatsächlichen¹¹⁶) Kosten für die Herstellung des Gebäudes; davon sind aber bestimmte Kosten ausgenommen, wie z. B. die Kosten für die Beschaffung des Grundstücks oder seine öffentliche Erschließung. Bei der Zuordnung eines Gebäudes zu einer Honorarzone kommt es auf die planerische Schwierigkeit des Gebäudes an. Die Einteilung reicht von Honorarzone I (geringe Planungsanforderungen, z. B. Unterkunftsbaracken, Feldscheunen oder Wetterschutzhäuser) bis zur Honorarzone V (sehr hohe Planungsanforderungen, z. B. Universitätskliniken, Fernsehstudios oder Konzertgebäude). Eine höhere Honorarzone bedeutet dabei, dass dem Architekten bei gleichen anrechenbaren Kosten höhere Honorarsätze zustehen. Nach der Feststellung der anrechenbaren Kosten und der Honorarzone lassen sich die Höchst- und Mindestsätze aufgrund einer Honorartafel ermitteln. So beträgt z. B. für ein Wohnhaus mit durchschnittlicher Ausstattung (Honorarzone III) und anrechenbaren Kosten von

¹¹² Vergleiche Bundesarchitektenkammer, <http://www.bakcms.de/bak/daten-fakten/bundeskammerstatistik/Bundeskammerstatistik.pdf>.

¹¹³ Ergebnisse des Mikrozensus; Statistisches Bundesamt, Fachserie 1, Reihe 4.1.2, 2004.

¹¹⁴ Statistisches Bundesamt, Fachserie 1, Reihe 4.1.2, 2004.

¹¹⁵ Im Einzelnen: Objektplanung bei Gebäuden, Planungsleistungen bei Ausbauten und Freianlagen, Gutachten und Wertermittlungen, städtebauliche und landschaftsplanerische Leistungen, Planungsleistungen bei Ingenieurbauwerken und Verkehrsanlagen, verkehrsplanerische Leistungen, Tragwerksplanung, Leistungen für bestimmte technische Gebäudeausrüstungen, Leistungen für thermische Bauphysik, Schallschutz und Raumakustik, für Bodenmechanik, Erd- und Grundbau sowie vermessungstechnische Leistungen.

¹¹⁶ Die Honorare für planerische und sonstige bauvorbereitende Maßnahmen werden aufgrund der veranschlagten Kosten, die Honorare für Bauüberwachung und Abschlussdokumentation aufgrund der tatsächlich verausgabten Kosten berechnet.

200 000 Euro der Mindestsatz 21 586 Euro und der Höchstsatz 26 792 Euro.

1191. Diese Sätze beziehen sich auf einen Auftrag, der alle Phasen der Objektplanung für Gebäude, von der Ermittlung der Planungsgrundlagen über die einzelnen Planungsphasen bis zur Bauüberwachung und Abschlussdokumentation, umfasst. Wird ein Architekt nur mit der Ausführung einer einzelnen Leistungsphase beauftragt, beispielsweise nur mit der Bauüberwachung, dann betragen die Honorarsätze nur einen in der HOAI festgelegten Bruchteil davon, für die Bauüberwachung z. B. 31 Prozent.

1192. Planungshonorare für kleine Vorhaben, deren anrechenbare Kosten unter 25 565 Euro liegen, können frei vereinbart werden; jedoch dürfen sie nicht den Höchstsatz für ein Vorhaben mit anrechenbaren Kosten von 25 565 Euro überschreiten. Liegen die anrechenbaren Kosten über 25 564 594 Euro, kann das Honorar frei vereinbart werden.¹¹⁷

1193. Daneben ist für bestimmte Leistungen die Vereinbarung eines Zeithonorars zulässig. Die HOAI legt für diese Fälle Höchst- und Mindestbeträge für die Stundensätze fest. Zudem sieht die HOAI auch die Möglichkeit von Erfolgshonoraren vor, die für besondere Leistungen, die zu Kosteneinsparungen führen, von den Parteien vereinbart werden können (§ 5 Abs. 4a HOAI und § 29 HOAI). Dieses Erfolgshonorar darf bis zu 20 Prozent der eingesparten Kosten betragen.

4.2 Geschichtliche Entwicklung der Honorarregelungen

1194. Im Folgenden wird die geschichtliche Entwicklung der Honorarregelung dargestellt. Hintergrund dieser Darstellung ist es zu zeigen, dass es auch Zeiten ohne verbindliche Honorarregelung gab und dass die Einführung der HOAI als verbindliche Preisregelung nicht erkennbar eine Reaktion auf tatsächliche Qualitätsprobleme im Baubereich war.

4.2.1 Honorarregelungen vor Inkrafttreten der HOAI

1195. Die HOAI ist seit dem 1. Januar 1977 in Kraft. Jedoch gab es auch in der Zeit davor Instrumente mit unterschiedlicher Rechtsnatur, welche die Honorare der Architekten und Ingenieure regeln sollten. Ursprünglich handelte es sich dabei um rein private Preisempfehlungen, die von den Berufsverbänden der Architekten und Ingenieure herausgegeben wurden. Die erste derartige Gebührenordnung für Architekten stammt aus dem Jahre 1871; die Ingenieure zogen bereits 1878 nach. Diese Gebührenordnungen wurden mehrfach überarbeitet, von 1888 bis 1920 gab es sogar eine gemeinsame Gebührenordnung der beiden Berufe, die danach wieder getrennte Wege gingen. Für die Architekten wurde die Gebühren-

ordnung ab 1935 von der Reichskammer der bildenden Künste herausgegeben, also von einer staatlichen Institution, während die Gebührenordnungen für Ingenieure weiterhin private Empfehlungen blieben.

1196. Ebenfalls nur für Architekten galt ab 1950 die Verordnung PR 66/50 über die Gebühren der Architekten, die vom Bundeswirtschaftsminister auf der Grundlage des Preisgesetzes erlassen wurde. Die dieser Verordnung beigefügte Gebührenordnung für Architekten (GOA) ähnelt in der Methodik der Honorarermittlung bereits der HOAI. Der wesentliche Unterschied war jedoch, dass die in der GOA festgelegten Honorare nur Höchstpreise waren, die durch Vereinbarung der Parteien unterschritten werden konnten. Allerdings wurden die Honorare nach der GOA als übliche bzw. taxmäßige Vergütung im Sinne des § 632 Abs. 2 BGB angesehen, die beim Fehlen einer ausdrücklichen Vereinbarung gelten sollte.

1197. Dagegen blieb es bei den Ingenieuren weiter bei einer Gebührenempfehlung der Verbände. Nach Inkrafttreten des GWB begann das Bundeskartellamt aber, gegen solche privaten Gebührenordnungen vorzugehen, da es sie als kartellrechtswidrige Empfehlungen einstuft. Nach der damaligen Praxis des Bundeskartellamts waren nur Preisverzeichnisse zulässig, die eine Übersicht über die in der Vergangenheit tatsächlich erzielten Honorare wiedergaben. Dabei durften nur „Von-bis-Werte“ angegeben werden, eine Durchschnittsbildung war bereits unzulässig. Auch musste in dem Gebührenverzeichnis auf die Unverbindlichkeit der Werte hingewiesen werden, und es durfte kein Druck auf Verbandsmitglieder ausgeübt werden, sich an dieses Gebührenverzeichnis zu halten.¹¹⁸ Die Ingenieurverbände überarbeiteten schließlich ihre Gebührenordnung unter Beachtung dieser Vorgaben.

1198. Auch im Bereich der Architekten kam es zu kartellrechtlichen Konflikten. So versuchte die niedersächsische Landesarchitektenkammer, aus den Höchstpreisen der GOA in der Praxis Festpreise zu machen. Bei einer Unterschreitung der Honorare der GOA drohte sie ihren Mitgliedern berufsgerichtliche Verfahren sowie den ausschreibenden Kommunen Schadensersatzforderungen an. Dieses Verhalten wurde ihr von der niedersächsischen Landeskartellbehörde untersagt;¹¹⁹ die Verfügung wurde vom Kammergericht und vom Bundesgerichtshof bestätigt.¹²⁰

4.2.2 Entstehungsgeschichte der HOAI

1199. Die HOAI ist in der Form einer Rechtsverordnung erlassen worden. Die dafür notwendige Ermächtigungsgrundlage findet sich in § 1 und § 2 des Gesetzes zur Regelung von Ingenieur- und Architektenleistungen. Im Folgenden wird kurz auf die Entstehungsgeschichte dieses Gesetzes eingegangen.

¹¹⁷ Die krummen Beträge resultieren aus der Umwandlung von DM-Werten in Euro.

¹¹⁸ Bericht des Bundeskartellamts über seine Tätigkeit im Jahre 1961 sowie über Lage und Entwicklung auf seinem Arbeitsgebiet, Bundestagsdrucksache IV/378, S. 49.

¹¹⁹ WuW/E LKartB 169.

¹²⁰ WuW/E OLG 1623; WuW/E BGH 1474.

1200. Ende des Jahres 1970 legte die damalige Bundesregierung den „Entwurf eines Gesetzes über Maßnahmen zur Verbesserung des Mietrechts und der Begrenzung des Mietanstiegs“ vor.¹²¹ Dieses Gesetzgebungsvorhaben beinhaltete unter anderem

- eine Verschärfung des Kündigungsschutzes bei Mietverträgen über Wohnraum,
- strengere Strafvorschriften für Mietwucher,
- strengere Regelungen für Wohnungsmakler,
- ein Koppelungsverbot zwischen Grundstückskauf- und Architektenverträgen und
- eine Ermächtigung zum Erlass einer Honorarordnung für Architekten und Ingenieure.

1201. Ziel der neuen Honorarordnung sollte es laut Entwurfsbegründung sein, den Architekten und Ingenieuren materielle Anreize zu rationalisierungswirksamen besonderen Leistungen zu geben, um damit die Bau- und Nutzungskosten neu erbauter Gebäude zu senken. Daneben legte die Begründung besonderen Wert auf die Möglichkeit, Höchstsätze für Honorare festzulegen, um damit zur Begrenzung des Mietanstiegs beizutragen. Die Möglichkeit, Mindestsätze festzulegen, sollte dagegen verhindern, dass aus Höchstsätzen Festsätze werden. Dementsprechend sah der Entwurf vor, dass diese Mindestsätze durch schriftliche Vereinbarung unterschritten werden konnten.

1202. Es ist bemerkenswert, dass der Regierungsentwurf nur eine Notwendigkeit sah, die Honorare der Architekten und Ingenieure nach oben zu beschränken, nicht jedoch nach unten. Der Entwurf wurde jedoch in diesem Punkt durch den federführenden Rechtsausschuss des Bundestages geändert; nach dem Beschlussvorschlag des Ausschusses sollte die zu erlassende Honorarordnung Mindestsätze enthalten, die nicht unterschritten werden dürfen. Dem lag nach dem Bericht des Ausschusses die Erwägung zugrunde, „dass Unterschreitungen der Mindestsätze zu einer Minderung des Umfangs oder der Qualität der Leistung führen könnten“, was aber nicht näher erläutert wurde.¹²² Der Berichterstatter im Ausschuss erklärte in der Bundestagsdebatte zu diesem Gesetz, dass mit den Änderungen „weitgehend den Wünschen der Berufsverbände entsprochen“ wurde.¹²³ Der Bundestag beschloss das Gesetz in der Fassung der Ausschussvorlage.

1203. Nach Intervention des Bundesrates kam das Gesetz in den Vermittlungsausschuss. Das Bundesland Baden-Württemberg hatte eingewandt, dass es zu einer Verteuerung von Umbau- und Reparaturarbeiten, vor allem für Kleinhauseigentümer, kommen könnte, wenn bei wenig aufwendigen Architektur- und Ingenieurleistungen keine Unterschreitung der Mindestsätze möglich sei. Im Bundesrat einigte man sich darauf, dass die Honorarordnung zwar Mindestsätze vorsehen sollte – der Regierungsentwurf hatte nur die Möglichkeit von Mindestsätzen ge-

nannt –, diese aber durch schriftliche Vereinbarungen unterschritten werden dürfen.

1204. Trotz des eindeutigen Gesetzeswortlautes wurde 1976 beim Erlass der Honorarordnung in § 4 Abs. 2 HOAI festgelegt, dass eine Unterschreitung der Mindestsätze „nur in Ausnahmefällen“ möglich sein solle. Das Bundesverfassungsgericht hob diese Vorschrift jedoch 1981 mit der Begründung auf, sie überschreite den Rahmen der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage. Daraufhin brachten die Fraktionen von CDU/CSU und FDP 1983 einen Gesetzentwurf ein, der die Folgen dieses Urteils korrigieren sollte. Nach Ansicht der Entwurfsbegründung bestand die Gefahr, „dass Leistungen des Architekten- und Ingenieurwesens nicht mehr nach qualitativen Gesichtspunkten vergeben werden, sondern einem Preiswettbewerb unterliegen.“¹²⁴ Die HOAI habe ihren Sinn als Honorarordnung verloren, wenn ein jederzeitiges Unterschreiten des Mindestsatzes möglich sei. Tatsächliche Anzeichen für einen Qualitätsverfall seit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes wurden nicht genannt. In dem schließlich verabschiedeten Gesetz, das auf diese Initiative zurückging, wurde nun auch auf gesetzlicher Ebene festgelegt, dass eine Unterschreitung nur in Ausnahmefällen möglich sein solle.

1205. Auch im Übrigen entsprach die 1976 nach längeren Vorarbeiten verabschiedete HOAI den Vorstellungen der Begründung des Gesetzentwurfes nur wenig. Der Gesichtspunkt, dem Planer materielle Anreize zu Kostensenkungen zu geben, spielt nur noch eine geringe Rolle – ein Erfolgshonorar war nur für die Erbringung von völlig neuen, erstmalig erbrachten Leistungen zulässig. Diese Möglichkeit zur Vereinbarung von Erfolgshonoraren wurde später in gewissem Maße erweitert.

1206. Die HOAI wurde später mehrmals geändert. Die wichtigste Änderung war dabei die Ausdehnung des Anwendungsbereiches bei den Ingenieurleistungen. Die ursprüngliche HOAI hatte bei den Ingenieurleistungen nur die Tragwerksplanung erfasst. Andere Ingenieurleistungen, wie zum Beispiel Planungsleistungen bei Ingenieurbauwerken und Verkehrsanlagen, verkehrsplanerische Leistungen, Planungsleistungen für technische Gebäudeausrüstungen oder auf dem Gebiet der thermischen Bauphysik, wurden erst später in den Anwendungsbereich der HOAI einbezogen.

1207. Der Bundesrat hatte 1995 bei der Verabschiedung der Fünften HOAI-Änderungsverordnung als Arbeitsaufträge für die nächste Novelle eine stärkere Verankerung von Anreizen zum kostensparenden Bauen, eine Vereinfachung der Honorarberechnung sowie eine Spreizung der Honorarsätze (Anhebung der Höchstsätze bei Beibehaltung der Mindestsätze) angemahnt. Ende 2001 vergab das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit einen Gutachtauftrag an eine Forschungsgruppe an der Technischen Universität Berlin, die Konzeptionen zu einer Fortentwicklung des beruflichen Rechtsrahmens der

¹²¹ Bundestagsdrucksache VI/1549, S. 14.

¹²² Bundestagsdrucksache VI/2421, S. 6.

¹²³ Rede des Abgeordneten Gnädiger, Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 6. Wahlperiode, Bd. 76, 1971, S. 7781.

¹²⁴ Bundestagsdrucksache 10/543, S. 4.

Architekten und Bauingenieure entwickeln sollte. Ein wesentlicher Punkt dabei war die Zukunft der HOAI.

1208. Das Gutachten, das Anfang 2003 unter dem Titel „Statusbericht Architekten/Ingenieure 2000 plus“ erschien, beschäftigte sich ausführlich mit einer möglichen Fortentwicklung der HOAI.¹²⁵ Es enthält aber auch ein Kapitel, das sich mit der volkswirtschaftlichen Rechtfertigung der HOAI auseinandersetzt, jedoch – anders als manchmal behauptet – kein abschließendes Urteil über diese Rechtfertigung abgibt.

4.3 Internationaler Vergleich

1209. Der Statusbericht 2000 plus enthält auch eine rechtsvergleichende Übersicht zu Honorarregelungen für Architekten und Ingenieure in anderen europäischen Ländern. Es fällt auf, dass neben Deutschland nur noch Italien und Griechenland verbindliche Preisregelungen in diesem Bereich haben (vgl. Tabelle VI.4). Außerdem ist zu erwarten, dass die in einigen Ländern geltenden Preisempfehlungen, soweit sie nicht von staatlicher Seite he-

rausgegeben wurden, gegen das europäische Kartellrecht verstoßen und deswegen nicht länger bestehen bleiben können. So hat die Europäische Kommission 2004 die empfohlenen Mindestpreise der belgischen Architektenkammer wegen Verstoßes gegen Artikel 81 Abs. 1 EGV mit einem Bußgeld geahndet. Interessant ist auch der Fall Großbritannien. Bis in die achtziger Jahre hinein galten dort verbindliche Mindesthonorare für Architekten. In einem Gutachten aus dem Jahr 1977 sprach sich die Monopolies and Merger Commission für eine Abschaffung dieser Regelung aus.¹²⁶ Diese Empfehlung wurde 1983 umgesetzt. In der Folgezeit gab die britische Architektenvereinigung unverbindliche Leitlinien zur Honorargestaltung heraus. Diese mussten 2003 nach Bemängelung durch das Office of Fair Trading so überarbeitet werden, dass sie sich rein auf die Wiedergabe in der Vergangenheit erzielter Honorare beschränken, ohne Projektionen in Gegenwart und Zukunft.¹²⁷

¹²⁵ Im Internet erhältlich unter: <http://www.a.tu-berlin.de/hoai2000plus/schlussbericht.html>.

¹²⁶ Monopolies and Mergers Commission, Architects' Services, A Report on the Supply of Architects' Services with Reference to Scale Fees, 1977.

¹²⁷ Office of Fair Trading, Competition Act 1998, Competition case closure summaries, 1-31 March 2003.

Tabelle VI.4

Rechtsrahmen für Honorare von Architekten und Ingenieuren in anderen europäischen Ländern

Land	Rechtsrahmen für Honorare
Belgien	bis vor kurzem: unverbindliche Empfehlung
Dänemark	unverbindliche Empfehlung
Finland	keine Regelung
Frankreich	unverbindliche Empfehlung für öffentliche Aufträge
Griechenland	gesetzliche Festhonorare (mit Anpassungsfaktoren für die Marktlage)
Großbritannien	bis vor kurzem: unverbindliche Empfehlung; inzwischen nur noch Preisübersicht, veröffentlicht von der Architektenvereinigung
Irland	unverbindliche Empfehlung
Italien	rechtsverbindliche Honorarregelung
Luxemburg	unverbindliche Empfehlung, ministerielle Richtlinien für den öffentlichen Bereich
Niederlande	unverbindliche Empfehlung
Österreich	unverbindliche Empfehlung
Portugal	unverbindliche Empfehlung
Schweden	keine Regelung
Schweiz	unverbindliche Empfehlung
Spanien	unverbindliche Empfehlung

Quelle: Statusbericht Architekten/Ingenieure 2000 plus und eigene Recherchen

4.4 Mögliche Rechtfertigungen für Regulierung

1210. Zur Rechtfertigung einer Geltung der HOAI als verbindliche Honorarordnung, d. h. als Preisregelung mit verbindlichen Mindestpreisen, wird eine Reihe von Argumenten angeführt. Das dabei am häufigsten genannte Argument ist die Qualitätssicherung. Danach würde eine Freigabe der Preise zu einem reinem Preiswettbewerb zu Lasten des Qualitätswettbewerbs führen. Zu niedrige, nicht mehr auskömmliche Honorare würden den Planer zwingen, qualitativ unzureichende Leistungen zu erbringen. Die Monopolkommission ist – wie oben ausgeführt – nicht davon überzeugt, dass verbindliche Mindestpreise unter dem Gesichtspunkt der Qualitätssicherung gerechtfertigt sind. Auch im Baubereich sind keine Besonderheiten erkennbar, die zu einer anderen Schlussfolgerung führen könnten.

1211. Der Statusbericht 2000 plus enthält ein Kapitel, das sich mit der volkswirtschaftlichen Rechtfertigung der HOAI beschäftigt.¹²⁸ Anders als manchmal behauptet, kommt dieses Kapitel nicht zu dem Ergebnis, dass die HOAI als verbindliche Mindestpreisregelung gerechtfertigt ist. Vielmehr stellt es die These auf, dass angesichts der asymmetrischen Verteilung von Informationen über die Qualität von Planungsleistungen eine verbindliche Preisregelung wie die HOAI zu einer Qualitätsverbesserung gegenüber einem Zustand mit unregulierten Preisen führen kann, wenn zwei Voraussetzungen erfüllt sind: (1) die Berufsangehörigen müssen intrinsisch motiviert sein, hohe Qualität zu liefern, wenn sie dafür ein „auskömmliches“ Honorar erhalten; (2) eine Erhöhung der durchschnittlich angebotenen Qualität muss zu einer ausreichend hohen Steigerung der Nachfrage führen. Das Kapitel nimmt aber nicht dazu Stellung, ob diese Bedingungen im Bereich der Architekten und Bauingenieure erfüllt sind. Abgesehen davon berücksichtigt das im Kapitel formulierte Modell nach Ansicht der Monopolkommission nur unzureichend den Gesichtspunkt, dass allzu „auskömmliche“ Honorare neue Marktzutritte und Gehaltssteigerungen bei den Mitarbeitern von Planungsbüros auslösen können, die diese Auskömmlichkeit wieder gefährden.

1212. Auch der historische und der internationale Vergleich sprechen nicht dafür, dass eine Mindestpreisregelung in diesem Bereich notwendig ist. Die HOAI ist erst seit 1977 in Kraft; davor gab es keine verbindlichen Mindestpreise. Viele Ingenieurleistungen sind sogar erst 1985 in die HOAI aufgenommen worden. Wegen der oben referierten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts hatte die HOAI außerdem von 1982 bis 1985 nicht den Charakter einer Mindestpreisregelung. Es wurde bisher nicht dargelegt, dass die Einführung der Mindestpreisregelung bzw. ihre temporäre Aussetzung zu einer Ver-

schlechterung der Planungs- oder Bauqualität geführt hätten. Zudem erscheint es wenig überzeugend, dass die Bauqualität in Deutschland, Italien und Griechenland besonders hoch sein soll, während sie in den anderen europäischen Ländern, die keine verbindlichen Mindestpreise kennen, besonders niedrig ist. Auch müssten für die tatsächlich beobachtbaren Unterschiede in der Bauqualität zwischen verschiedenen Ländern andere Erklärungsfaktoren mit berücksichtigt werden, wie z. B. wirtschaftlicher Wohlstand, technische Baunormen oder das Ausbildungsniveau in der Bauindustrie.

1213. Daneben wird noch angeführt, dass Planungsleistungen als geistig-schöpferische Leistungen einer Kostenkalkulation nicht zugänglich wären. Dem steht jedoch entgegen, dass in vielen anderen Bereichen geistige, kreative oder wissenschaftliche Leistungen erbracht werden – man denke z. B. an Werbeagenturen –, ohne dass eine verbindliche Honorarordnung gilt.

1214. Als weitere Rechtfertigung für die HOAI werden die besonderen Anforderungen öffentlicher Stellen, die Planungsleistungen in Auftrag geben, angeführt. Diese benötigten Rechtssicherheit bei der Vergabe von Aufträgen an Architekten und Ingenieuren. Werde die HOAI abgeschafft, müssten Städte und Gemeinden eigene Vergabeordnungen für diesen Bereich einführen.

1215. Hierzu ist anzumerken, dass die besonderen Anforderungen öffentlicher Auftraggeber keine Honorarordnung rechtfertigen können, die für alle Auftraggeber gilt. Darüber hinaus ist auch unklar, ob es bei diesem Argument um die Interessen der öffentlichen Stellen selber oder um die Interessen derer geht, die bei ihnen angestellt sind; für die Mitarbeiter, die für die Vergabe von Planungsleistungen zuständig sind, ist es natürlich einfacher, wenn sie bei der Vergabe von Planungsaufträgen einfach die Mindesthonorare der HOAI vereinbaren können; keine Rechnungsprüfungstelle kann ihnen dann vorhalten, dass sie ein zu hohes Honorar vereinbart hätten. Dagegen kann es durchaus im Interesse der auftragvergebenden öffentlichen Stellen sein, einen Preiswettbewerb bei der Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen zu nutzen, wenn sie als dessen Ergebnis ein besseres Preis/Leistungs-Verhältnis erhalten.

1216. Als weiteres Argument für die HOAI wird angeführt, dass sie dem Auftraggeber Informationen über angemessene Preise liefere. Dies gelte besonders für Aufträge von Privatpersonen, für die die Beauftragung eines Architekten eine im Leben einmalige Sache sei. Diese Funktion kann die HOAI aber auch erfüllen, wenn sie keine verbindlichen Höchst- und Mindestpreise enthält, sondern nur als Referenztarif gilt.

1217. Gegen eine verbindliche Geltung der HOAI spricht vor allem, dass sie zu nicht angemessenen Preisen für bestimmte Planungsleistungen führen kann. Eine Folge davon kann sein, dass bestimmte Planungsleistungen nicht in Auftrag gegeben werden. Zwar wird teilweise behauptet, dass die HOAI bei Leistungen für private Auftraggeber oft nicht befolgt werde. Dies kann jedoch kein Grund für ihre Beibehaltung als Mindest-

¹²⁸ Statusbericht Architekten/Ingenieure 2000 plus, Kapitel 4. In einem neueren Diskussionspapier äußern sich die Autoren dieses Kapitels wesentlich skeptischer über Mindestpreisregelungen, vgl. Meran, G., Schwarze, R., Can Minimum Prices Assure the Quality of Professional Services?, DIW Discussion Paper 531, Berlin 2005.

preisregelung sein, da ein offener Preiswettbewerb besser ist als ein verdeckter.

1218. Zudem ist denkbar, dass sich verbindliche Mindesthonorare negativ auf die Lage von jungen Architekten und Bauingenieuren auswirken. Ihnen wird ein Markteintritt als Selbständige erschwert, da ihnen die Möglichkeit des Preiswettbewerbs verschlossen ist. Außerdem gibt die Existenz einer verbindlichen Honorarordnung dem Schulabgänger den unzutreffenden Eindruck, dass in diesen Berufen ein auskömmliches Einkommen gesetzlich sichergestellt sei.

1219. Die Monopolkommission spricht sich deshalb dafür aus, die HOAI nur noch als nicht bindenden Referenztarif zu erhalten. Ist bei Vertragsschluss nichts anderes vereinbart, dann gelten die Mindestsätze der HOAI. Eine derartige Regelgebühr würde nicht gegen das europäische Kartellrecht verstoßen, solange sie als staatliche Rechtsnorm – und nicht etwa von einer Kammer oder einem Berufsverband – erlassen wird. Es erscheint auch wünschenswert, die Einteilung der Planungsarbeit in Leistungsphasen weiter normativ zu verankern. Durch die Bezugnahme im Vertrag lässt sich relativ gut abgrenzen, welche Tätigkeiten von einem Ingenieur oder Architekten im Rahmen dieses Vertrages ausgeführt werden sollen. Dadurch kann der vertraglich geschuldete Leistungsinhalt abgegrenzt werden, und verschiedene Preisangebote werden besser vergleichbar.

1220. Bei der Entwicklung neuer Vertrags- und Vergütungsformen sollte den Parteien jedoch relativ viel Freiheit gelassen werden. In den Jahren, als die HOAI keinen Mindestpreischarakter hatte, waren teilweise Pauschalhonorare recht populär, weil sie dem Auftraggeber Planungssicherheit gaben und dem Architekten die teilweise recht aufwendige Berechnung des Honorars nach HOAI ersparten. Die bisherigen Bemühungen, erfolgsbezogene Honorare in der HOAI zu verankern, waren wahrscheinlich auch deshalb wenig erfolgreich, weil sich „am grünen Tisch“ kein überzeugendes Vertragsmodell entwickeln ließ. Diese Frage sollte deshalb der vertragsgestaltenden Praxis überlassen werden.

5. Zusammenfassung der Empfehlungen

1221. Im Bereich der Rechtsanwälte empfiehlt die Monopolkommission

- bei der Reform des Rechtsberatungsgesetzes den Erlaubnisvorbehalt auf den Kernbereich von Rechtsberatung und Rechtsbesorgung zu beschränken; der Referentenentwurf für die Reform des Rechtsberatungsgesetzes ist ein begrüßenswerter Ansatz dazu; jedoch sollte bei einer Neuregelung eine ausdrückliche Gegenorm Tätigkeiten, bei denen der Schwerpunkt auf betriebswirtschaftlichen, technischen oder sonstigen nichtjuristischen Gebieten liegt, vom Begriff der Rechtsdienstleistung ausnehmen; auch sollte der Katalog der ausdrücklich freigestellten Tätigkeiten insbesondere um die betriebswirtschaftlich ausgerichtete Krisen- und Sanierungsberatung erweitert werden;
- Diplom-Wirtschaftsjuristen als außergerichtliche Berater auf dem Gebiet des Wirtschaftsrechts zuzulassen, möglicherweise beschränkt auf die Beratung von Unternehmen; die außergerichtliche Vertretung im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren sollte von dieser Befugnis ausgenommen sein;
- Juristen mit erster Prüfung (erstem Staatsexamen) zur außergerichtlichen Rechtsberatung zuzulassen; falls sich das Bachelor/Master-Modell auch bei den juristischen Studiengängen durchsetzt, sollte diese Erlaubnis bereits für Bachelor-Absolventen gelten;
- Diplom-Wirtschaftsjuristen und Juristen mit erster Prüfung (erstem Staatsexamen) in gerichtlichen Verfahren, bei denen die Parteien den Prozess auch selber führen können, zur geschäftsmäßigen Prozessvertretung zuzulassen; dagegen sollten sie nicht zur Vertretung in Verfahren zugelassen werden, in denen im Moment Anwaltszwang herrscht;
- das anwaltliche Gebührenunterschreitungsverbot auch für den gerichtlichen Bereich aufzuheben; gesetzliche Vergütungsregelungen sollten in Zukunft nur noch ein Referenztarif sein, der gilt, wenn nichts anderes vereinbart wird; zudem sollte die Vergütungsregelung eine Höchstgrenze für die Kostenerstattung im Prozess darstellen und eine Vergütung für Fallgruppen festlegen, in denen der Anwalt zur Annahme des Mandats verpflichtet ist;
- Erfolgshonorar und quota litis zuzulassen; jedoch sollte die nachträgliche gerichtliche Kontrolle dieser Honorare in Bezug auf eine angemessene Höhe möglich sein; Kriterien für eine Angemessenheit sollten unter anderem die Höhe des Streitwerts, die Erfolgchancen des Prozesses sowie die vom Anwalt zusätzlich übernommenen Aufwendungen sein;
- die anwaltliche Werbung aus dem Berufsrecht herauszunehmen und nur noch den allgemeinen Regelungen des Rechts gegen den unlauteren Wettbewerb zu unterstellen; das Berufsrecht sollte sich auf ein Verbot von aggressiven oder irreführenden Vorgehensweisen bei der Ansprache einzelner Personen (eindeutiges „ambulance chasing“) beschränken;
- die Zusammenarbeit der sozietätsfähigen Berufe in Form von Kapitalgesellschaften einheitlich zu regeln; dabei sind die bisher bestehenden Mehrheitserfordernisse für einzelne Berufsgruppen aufzuheben;
- als Geschäftsführer einer Rechtsanwalts-GmbH auch Personen, die keinen sozietätsfähigen Beruf ausüben, zuzulassen; jedoch sollte es weiterhin erforderlich sein, das mindestens einer der Geschäftsführer der GmbH Rechtsanwalt ist; die nichtanwaltlichen Geschäftsführer dürfen keine anwaltlichen Leistungen an Dritte erbringen, ihre Rechte und Pflichten sind jedoch teilweise, z. B. bei der Verschwiegenheit, denen der Anwälte anzugleichen;
- Personen, die keinen sozietätsfähigen Beruf ausüben, auch als Gesellschafter einer Rechtsanwalts-GmbH oder Rechtsanwalts-AG zuzulassen; es sollten jedoch

Vorkehrungen getroffen werden, um eine Transparenz der Eigentümerstruktur gegenüber potentiellen Mandanten herzustellen und Interessenkonflikte zu verhindern; eine Börsennotierung der Rechtsanwalts-AG sollte ausgeschlossen sein; daneben ist an eine Zuverlässigkeitsprüfung der nichtanwaltlichen Kapitalgeber zu denken; falls der Gesetzgeber dies für sinnvoll hält, wäre auch eine anteilmäßige Beschränkung der Kapitalbeteiligung von Nichtanwältinnen möglich.

1222. Für den Bereich der Apotheker empfiehlt die Monopolkommission

- die Apothekenpflicht für bestimmte Arzneimittel, wie z. B. Aspirin, unter Berücksichtigung der internationalen Erfahrungen kritisch zu überprüfen; falls eine Aufhebung der Apothekenpflicht nicht erfolgt, sollte für diese Arzneimittel zumindest das Selbstbedienungsverbot aufgehoben werden;
- darüber hinausgehend die ganze Kategorie der nicht verschreibungspflichtigen, aber apothekenpflichtigen Arzneimittel kritisch zu prüfen; es ist darüber nachzudenken, bei bestimmten Arzneimitteln, deren Konsum eine Beratung vorangehen sollte, eine zu dokumentierende Beratungspflicht des Apothekers einzuführen;
- den Zugang zum Apothekerberuf auch über ein Fachhochschulstudium zu eröffnen;
- die Einführung von Preiswettbewerb auch bei verschreibungspflichtigen Arzneimitteln zu prüfen; eine Möglichkeit dafür ist das Modell der Vertragsapothekette, bei der eine Krankenkasse nur eine begrenzte Zahl von Apotheken zur Versorgung ihrer Mitglieder zulässt; eine andere, nach Ansicht der Monopolkommission vorzugswürdige Variante würde darin bestehen, dass der Apotheker vom Patienten eine eigenständige Vertriebspauschale erhebt, die in der gesetzlichen Krankenkasse an die Stelle der Zuzahlung tritt; die Höhe dieser Pauschale kann vom Apotheker variiert werden, wobei der Gesetzgeber Ober- und Untergrenzen festsetzen kann;
- das Fremdbesitzverbot aufzuheben sowie einen Mehrbesitz von Apotheken auch oberhalb der aktuellen

Grenze von vier Apotheken zuzulassen; es wäre auch weiterhin erforderlich, dass jede Apotheke durch einen – möglicherweise angestellten – Apotheker verantwortlich geführt wird; für eine Übergangszeit sollten Zusammenschlüsse von Apothekenketten auch unterhalb der üblichen Aufgreifschwelle der Fusionskontrolle unterliegen – das Kontrollverfahren sollte dabei auf die Landeskartellbehörden übertragen werden;

- das Betreiben einer Apotheke in der Rechtsform einer GmbH zu ermöglichen; sollte sich der Gesetzgeber gegen eine Aufhebung des Fremdbesitzverbotes entscheiden, müsste die Beteiligung an dieser GmbH auf – in den betroffenen Apotheken tätige – Apotheker beschränkt werden;
- eine räumliche Integration von Apotheken in andere Geschäfte zu ermöglichen; der Verkauf von verschreibungspflichtigen oder besonders beratungsbedürftigen Arzneimitteln würde aber weiterhin nicht durch Selbstbedienung, sondern nur über den Apothekentisch erfolgen;
- das Gebiet der Werbung vollständig aus der landesrechtlichen Ermächtigung der Apothekerkammern, Berufsregeln zu erlassen, herauszunehmen; die Werbung der Apotheker würde sich dann nur noch nach der allgemeinen Rechtsordnung, also insbesondere nach dem UWG und dem Heilmittelwerbegesetz, richten.

1223. Die Monopolkommission empfiehlt auf dem Gebiet der Architekten und Ingenieure,

- die Honorarordnung für Architekten und Ingenieure noch als nicht bindenden Referenztarif beizubehalten; wird nichts anderes vereinbart, gelten die Mindestsätze der Honorarordnung.

Bonn, den 30. Juni 2006

J. Basedow

J. Aldag M. Hellwig P.-M. Preusker K. Trebitsch

Bisherige Gutachten der Monopolkommission

Alle Veröffentlichungen sind im Nomos-Verlag, Baden-Baden, erschienen.

Hauptgutachten

- | | | |
|-----------------------|--------------|--|
| Hauptgutachten I: | (1973/1975): | Mehr Wettbewerb ist möglich. 1976, 2. Aufl. 1977. |
| Hauptgutachten II: | (1976/1977): | Fortschreitende Konzentration bei Großunternehmen. 1978. |
| Hauptgutachten III: | (1978/1979): | Fusionskontrolle bleibt vorrangig. 1980. |
| Hauptgutachten IV: | (1980/1981): | Fortschritte bei der Konzentrationserfassung. 1982. |
| Hauptgutachten V: | (1982/1983): | Ökonomische Kriterien für die Rechtsanwendung. 1984. |
| Hauptgutachten VI: | (1984/1985): | Gesamtwirtschaftliche Chancen und Risiken wachsender Unternehmensgrößen. 1986. |
| Hauptgutachten VII: | (1986/1987): | Die Wettbewerbsordnung erweitern. 1988. |
| Hauptgutachten VIII: | (1988/1989): | Wettbewerbspolitik vor neuen Herausforderungen. 1990. |
| Hauptgutachten IX: | (1990/1991): | Wettbewerbspolitik oder Industriepolitik. 1992. |
| Hauptgutachten X: | (1992/1993): | Mehr Wettbewerb auf allen Märkten. 1994. |
| Hauptgutachten XI: | (1994/1995): | Wettbewerbspolitik in Zeiten des Umbruchs. 1996. |
| Hauptgutachten XII: | (1996/1997): | Marktöffnung umfassend verwirklichen. 1998. |
| Hauptgutachten XIII: | (1998/1999): | Wettbewerbspolitik in Netzstrukturen. 2000. |
| Hauptgutachten XIV: | (2000/2001): | Netzwettbewerb durch Regulierung. 2003. |
| Hauptgutachten XV: | (2002/2003): | Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“. 2005. |
| Hauptgutachten XVI: | (2004/2005): | Mehr Wettbewerb auch im Dienstleistungssektor! 2006. |
| Hauptgutachten XVII: | (2006/2007): | Weniger Staat, mehr Wettbewerb. 2008. |
| Hauptgutachten XVIII: | (2008/2009): | Mehr Wettbewerb, wenig Ausnahmen. 2010. |
| Hauptgutachten XIX: | (2010/2011): | Stärkung des Wettbewerbs bei Handel und Dienstleistungen. 2012. |

Sondergutachten

- Sondergutachten 1: Anwendung und Möglichkeiten der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen seit Inkrafttreten der Kartellgesetznovelle. 1975, 2. Aufl. 1977.
- Sondergutachten 2: Wettbewerbliche und strukturelle Aspekte einer Zusammenfassung von Unternehmen im Energiebereich (VEBA/Gelsenberg). 1975.
- Sondergutachten 3: Zusammenschlußvorhaben der Kaiser Aluminium & Chemical Corporation, der Preussag AG und der Vereinigte Industrie-Unternehmungen AG. 1975.
- Sondergutachten 4: Zusammenschluß der Deutsche Babcock AG mit der Artos-Gruppe. 1977.
- Sondergutachten 5: Zur Entwicklung der Fusionskontrolle. 1977.
- Sondergutachten 6: Zusammenschluß der Thyssen Industrie AG mit der Hüller Hille GmbH. 1977.
- Sondergutachten 7: Mißbräuche der Nachfragemacht und Möglichkeiten zu ihrer Kontrolle im Rahmen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. 1977.
- Sondergutachten 8: Zusammenschlußvorhaben der Deutschen BP AG und der VEBA AG. 1979.
- Sondergutachten 9: Die Rolle der Deutschen Bundespost im Fernmeldewesen. 1981.
- Sondergutachten 10: Zusammenschluß der IBH Holding AG mit der WIBAU AG. 1982.
- Sondergutachten 11: Wettbewerbsprobleme bei der Einführung von privatem Hörfunk und Fernsehen. 1981.
- Sondergutachten 12: Zusammenschluß der Burda Verwaltungs KG mit der Axel Springer GmbH/Axel Springer Gesellschaft für Publizistik GmbH & Co. 1982.
- Sondergutachten 13: Zur Neuordnung der Stahlindustrie. 1983.
- Sondergutachten 14: Die Konzentration im Lebensmittelhandel. 1985.
- Sondergutachten 15: Zusammenschluß der Klöckner-Werke AG mit der Seitz Enzinger Noll Maschinenbau AG. 1986.
- Sondergutachten 16: Zusammenschlußvorhaben der Vereinigte Elektrizitätswerke Westfalen AG mit der Société Sidéchar S.A. (Ruhrkohle AG). 1986.
- Sondergutachten 17: Konzeption einer europäischen Fusionskontrolle. 1989.
- Sondergutachten 18: Zusammenschlußvorhaben der Daimler-Benz AG mit der Messerschmitt-Bölkow-Blohm GmbH. 1989.
- Sondergutachten 19: Zusammenschlußvorhaben der MAN Aktiengesellschaft und der Gebrüder Sulzer Aktiengesellschaft. 1990.
- Sondergutachten 20: Zur Neuordnung der Telekommunikation. 1991.
- Sondergutachten 21: Die Mißbrauchsaufsicht über Gas- und Fernwärmeunternehmen. 1991.

- Sondergutachten 22: Zusammenschlußvorhaben der BayWa Aktiengesellschaft und der WLZ Raiffeisen Aktiengesellschaft. 1992.
- Sondergutachten 23: Marktstruktur und Wettbewerb im Handel. 1994.
- Sondergutachten 24: Die Telekommunikation im Wettbewerb. 1996.
- Sondergutachten 25: Zusammenschlußvorhaben der Potash Corporation of Saskatchewan Inc. und der Kali und Salz Beteiligungs Aktiengesellschaft. 1997.
- Sondergutachten 26: Ordnungspolitische Leitlinien für ein funktionsfähiges Finanzsystem. 1998.
- Sondergutachten 27: Systemwettbewerb. 1998.
- Sondergutachten 28: Kartellpolitische Wende in der Europäischen Union? 1999.
- Sondergutachten 29: Wettbewerb auf Telekommunikations- und Postmärkten? 2000.
- Sondergutachten 30: Wettbewerb als Leitbild für die Hochschulpolitik. 2000.
- Sondergutachten 31: Reform der Handwerksordnung. 2002.
- Sondergutachten 32: Folgeprobleme der europäischen Kartellverfahrensreform. 2002.
- Sondergutachten 33: Wettbewerbsentwicklung bei Telekommunikation und Post 2001: Unsicherheit und Stillstand. 2002
- Sondergutachten 34: Zusammenschlussvorhaben der E.ON AG mit der Gelsenberg AG und der E.ON AG mit der Bergemann GmbH. 2002.
- Sondergutachten 35: Zusammenschlussvorhaben der E.ON AG mit der Gelsenberg AG und der E.ON AG mit der Bergemann GmbH. Ergänzendes Sondergutachten. 2002.
- Sondergutachten 36: Zusammenschlussvorhaben der Georg von Holtzbrinck GmbH & Co. KG mit der Berliner Verlag GmbH & Co. KG. 2003.
- Sondergutachten 37: Wettbewerbsfragen der Kreislauf- und Abfallwirtschaft. 2003.
- Sondergutachten 38: Zusammenschlussvorhaben der Georg von Holtzbrinck GmbH & Co. KG mit der Berliner Verlag GmbH & Co. KG. Ergänzendes Sondergutachten. 2003.
- Sondergutachten 39: Telekommunikation und Post 2003: Wettbewerbsintensivierung in der Telekommunikation – Zementierung des Postmonopols. 2004.
- Sondergutachten 40: Zur Reform des Telekommunikationsgesetzes. 2004.
- Sondergutachten 41: Das allgemeine Wettbewerbsrecht in der Siebten GWB-Novelle. 2004.
- Sondergutachten 42: Die Pressefusionskontrolle in der Siebten GWB-Novelle. 2004.
- Sondergutachten 43: Wettbewerbsentwicklung bei der Telekommunikation 2005: Dynamik unter neuen Rahmenbedingungen. 2006.
- Sondergutachten 44: Wettbewerbsentwicklung bei der Post 2005: Beharren auf alten Privilegien. 2006.
- Sondergutachten 45: Zusammenschlussvorhaben der Rhön-Klinikum AG mit den Kreiskrankenhäusern des Landkreises Rhön-Grabfeld (Kreis Krankenhaus Bad Neustadt/Saale sowie Kreis Krankenhaus Mellrichstadt). 2006.

- Sondergutachten 46: Die Privatisierung der Deutschen Bahn AG. 2007.
- Sondergutachten 47: Preiskontrollen in Energiewirtschaft und Handel? Zur Novellierung des GWB. 2007.
- Sondergutachten 48: Wettbewerbs- und Regulierungsversuche im Eisenbahnverkehr. 2007.
- Sondergutachten 49: Strom und Gas 2007: Wettbewerbsdefizite und zögerliche Regulierung. 2008.
- Sondergutachten 50: Wettbewerbsentwicklung bei der Telekommunikation 2007: Wendepunkt der Regulierung. 2008.
- Sondergutachten 51: Wettbewerbsentwicklung bei der Post 2007: Monopolkampf mit allen Mitteln. 2008.
- Sondergutachten 52: Zusammenschlussvorhaben der Asklepios Kliniken Hamburg GmbH mit der Krankenhaus Mariahilf gGmbH. 2008.
- Sondergutachten 53: Zusammenschlussvorhaben des Universitätsklinikums Greifswald mit der Kreiskrankenhaus Wolgast gGmbH. 2008.
- Sondergutachten 54: Strom und Gas 2009: Energiemärkte im Spannungsfeld von Politik und Wettbewerb. 2009.
- Sondergutachten 55: Bahn 2009: Wettbewerb erfordert Weichenstellung. 2010.
- Sondergutachten 56: Telekommunikation 2009: Klaren Wettbewerbskurs halten. 2010.
- Sondergutachten 57: Post 2009: Auf Wettbewerbskurs gehen. 2010.
- Sondergutachten 58: Gestaltungsoptionen und Leistungsgrenzen einer kartellrechtlichen Unternehmensentflechtung. 2010.
- Sondergutachten 59: Energie 2011: Wettbewerbsentwicklung mit Licht und Schatten. 2012.
- Sondergutachten 60: Bahn 2011: Wettbewerbspolitik unter Zugzwang. 2011.
- Sondergutachten 61: Telekommunikation 2011: Investitionsanreize stärken, Wettbewerb sichern. 2012.
- Sondergutachten 62: Post 2011: Dem Wettbewerb Chancen eröffnen. 2012.
- Sondergutachten 63: Die 8. GWB-Novelle aus wettbewerbspolitischer Sicht. 2012.
- Sondergutachten 64: Bahn 2013: Reform zügig umsetzen. 2013.
- Sondergutachten 65: Energie 2013: Wettbewerb in Zeiten der Energiewende. 2014.
- Sondergutachten 66: Telekommunikation 2013: Vielfalt auf den Märkten erhalten. 2014.
- Sondergutachten 67: Post 2013: Wettbewerbsschutz effektivieren. 2014.