

# Enzyklopädie Europarecht

Herausgegeben von Armin Hatje und Peter-Christian Müller-Graff

**Matthias Ruffert** [Hrsg.]

## Europäisches Sektorales Wirtschaftsrecht

2. Auflage



Nomos

DIKE 

facultas 

**Dieser Band ist Bestandteil der 2. Edition der Enzyklopädie Europarecht.**

**Diese beinhaltet folgende Bände:**

- Band 1: Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht, 2. Auflage
- Band 2: Europäischer Grundrechtsschutz, 2. Auflage
- Band 3: Europäisches Rechtsschutz- und Verfahrensrecht, 2. Auflage
- Band 4: Europäisches Binnenmarkt- und Wirtschaftsordnungsrecht, 2. Auflage
- Band 5: Europäisches Sektorales Wirtschaftsrecht, 2. Auflage
- Band 6: Europäisches Privat- und Unternehmensrecht, 2. Auflage
- Band 7: Europäisches Arbeits- und Sozialrecht, 2. Auflage
- Band 8: Europäische Querschnittpolitiken, 2. Auflage
- Band 9: Europäische Wirtschafts- und Währungsunion, 1. Auflage
- Band 10: Europäischer Freizügigkeitsraum –  
Unionsbürgerschaft und Migrationsrecht, 1. Auflage
- Band 11: Europäisches Strafrecht, 2. Auflage
- Band 12: Europäische Außenbeziehungen, 2. Auflage

## Enzyklopädie des Europarechts [EnzEuR]

Band 5:

Europäisches Sektorales Wirtschaftsrecht

Gesamtherausgeber der Enzyklopädie:

Prof. Dr. Armin Hatje

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter-Christian Müller-Graff

Gesamtschriftleitung:

Prof. Dr. Jörg Philipp Terhechte

# Enzyklopädie Europarecht [EnzEuR]

Prof. Dr. Matthias Ruffert [Hrsg.]

## Europäisches Sektorales Wirtschaftsrecht

2. Auflage

Prof. Dr. Matthias Ruffert, Berlin | Prof. Dr. Jörg Gundel, Bayreuth | Prof. Dr. Constanze Janda, Speyer | Prof. Dr. Ines Härtel, Frankfurt (Oder) | Prof. Dr. Markus Ludwigs, Würzburg | Prof. Dr. Stefan Storr, Wien | Prof. Dr. Josef Ruthig, Mainz | Prof. Dr. Matthias Knauff, Jena | Prof. Dr. Jürgen Kühling, Regensburg | Prof. Dr. Dirk Looschelders, Düsseldorf | Prof. Dr. Lothar Michael, Düsseldorf | Prof. Dr. Christoph Ohler, LL.M. (Brügge), Jena



Nomos

DIKE

facultas

**Zitiervorschlag:**

*Autor* in Ruffert (Hrsg.), Europäisches Sektorales Wirtschaftsrecht (EnzEuR Bd. 5), § ..., Rn ...

**Die Deutsche Nationalbibliothek** verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-5893-7 (Print – Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden)

ISBN 978-3-8452-9945-7 (ePDF – Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden)

ISBN 978-3-03891-205-7 (Dike Verlag, Zürich/St. Gallen)

ISBN 978-3-7089-1966-9 (facultas Verlag, Wien)

2. Auflage 2020

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020. Gedruckt in der EU. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.

## Vorwort der Gesamtherausgeber zur 2. Edition

Die positive Aufnahme der 1. Ausgabe der Enzyklopädie Europarecht und die fortlaufenden Änderungen des maßgeblichen Rechts haben uns veranlasst, diese neue Ausgabe in Angriff zu nehmen. Sie entwirft, wie schon ihre Vorgängerin, ein systemgeleitetes Panorama des Europarechts in seiner ganzen Breite und Vielgestaltigkeit auf dem neuesten Stand. Zugleich liefern die Teilbände verlässliche Informationen über die jeweils behandelten Organisationen und Rechtsgebiete. Die fortlaufenden Entwicklungen in zwei der vertragspositiv der Europäischen Union aufgegebenen operativen Hauptziele haben uns veranlasst, das Werk um zwei Bände zu ergänzen. Zum einen wird das Recht der Europäischen Wirtschafts- und Währungsunion nunmehr vertieft und zusammenhängend in einem eigenen Band behandelt (Band 9). Zum anderen ist dem Europäischen Freizügigkeitsraum, mithin dem Freizügigkeits- und Migrationsrecht, als Teil des unionsvertraglich sogenannten Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts gleichermaßen ein gesamter Einzelband gewidmet (Band 10). Die Bände 9 (Europäisches Strafrecht) und 10 (Europäische Außenbeziehungen) der 1. Ausgabe erhalten neu die Bandzählung 11 und 12. Da die Ausgabe mithin zwei erstaufgelegte und zehn zweitaufgelegte Bände umfasst, handelt es sich werktechnisch um eine zweite Edition. Mit dieser hoffen wir, unserem Anliegen gerecht zu werden, mit der Enzyklopädie ein ebenso systemfundiertes wie umfassendes Orientierungs- und Referenzwerk vorzulegen.

*Armin Hatje*

*Peter-Christian Müller-Graff*

## Vorwort der Gesamtherausgeber zur 1. Edition

Die Enzyklopädie – EnzEuR – versteht sich als grundlegender Beitrag zur Einheitsbildung im Europarecht. Das Europarecht hat seit mehr als einem halben Jahrhundert einen epochalen Aufstieg genommen. Heute zählt es im Verbund mit den es tragenden nationalen Rechtsordnungen zu den großen Rechtssystemen der Welt. Es weist im globalen Vergleich ein historisch und rechtskatorial einzigartiges Profil mit zahlreichen Facetten auf. Die meisten europäischen Staaten haben in den letzten 60 Jahren ihre Kräfte in internationalen und supranationalen Organisationen gebündelt, um gemeinsam Aufgaben zu erfüllen, denen der Einzelstaat nicht mehr gewachsen ist. Zwar wird die Europäische Union als die zweifellos bedeutsamste Organisation weithin mit „Europa“ gleichgesetzt. Sie ist jedoch nur eine von vielen Organisationen, derer sich die Europäer bedienen, um ihre gemeinsamen Ziele zu verfolgen. Der organisatorischen Vielfalt korrespondiert, zumindest vordergründig betrachtet, eine Zersplitterung der Rechtsquellen des europäischen Rechts, welche dem Ziel der Einheitsbildung auf dem Kontinent zu widersprechen scheint. Umso bedauerlicher ist es, dass eine konzeptionsgeleitete und rechtspositiv verlässliche Gesamtdarstellung der vielgliedrigen Ausfaltungen des Europarechts auf dem gegenwärtigen Stand fehlt. Die „Enzyklopädie des Europarechts“ will diese Lücke schließen und ein ebenso fundiertes wie umfassendes Orientierungs- und Referenzwerk für das gesamte Europarecht bieten.

Ziel des auf zehn Bände angelegten Werkes ist eine aufeinander abgestimmte Durchdringung der einzelnen Bereiche des Gesamtsystems des Europarechts, die in der Behandlung ihrer Gegenstände systematisch von den positiven konzeptionellen Grundlagen über die daraus sich ableitenden allgemeinen Regeln zu den Einzelfragen fortschreitet. Die Enzyklopädie des Europarechts – EnzEuR – soll die Wirtschafts- und Rechtspraxis ebenso wie die Rechtspolitik und die Wissenschaft über die Gesamtheit des europäischen Rechts informieren und seiner Fortentwicklung solide systemrationale Wegweisungen bieten.

*Armin Hatje*

*Peter-Christian Müller-Graff*

## Vorwort des Herausgebers

Europäisches Wirtschaftsrecht verwirklicht sich nicht nur in großen Linien der Rechtsentwicklung, sondern vor allem auch in den praxiswirksamen, detailreichen Regeln und Prinzipien für einzelne Wirtschaftssektoren. Diese zu präsentieren und zu systematisieren ist eine Aufgabe der Europarechtswissenschaft, derer sich der vorliegende Band nun in zweiter Auflage anzunehmen versucht. Das ist nicht leicht: Gerade in den politisch sensiblen Feldern, beispielsweise im Telekommunikations-, Energie- oder Finanzmarktrecht, ist der europäische Gesetzgeber sehr aktiv – allerdings nicht kontinuierlich, sondern in „Schüben“ mitunter nach langen Wartezeiten.

In der ersten Auflage hat die sorgfältige Bearbeitung und vor allem pünktliche Lieferung dazu geführt, dass dieser Band als erster in der Enzyklopädie erscheinen konnte. Das bleibt unvergessen. Auch diesmal schulde ich als Bandherausgeber „meinen“ Autoren besonderen Dank dafür, die Manuskripte trotz der vielfältigen sonstigen Belastungen so zeitig eingereicht zu haben, dass der Band nun die erste Hälfte der zweiten Auflage (Bände 1–5) einläuten kann.

Meinen Berliner Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern danke ich für wertvolle Zusätze. Schließlich bin ich auch diesmal dem Nomos-Verlag zu großem Dank für die gute verlegerische Betreuung verpflichtet.

Berlin, im Juni 2019

*Matthias Ruffert*



## Inhaltsübersicht

Vorwort der Gesamtherausgeber zur 2. Edition .....	5
Vorwort der Gesamtherausgeber zur 1. Edition .....	6
Vorwort des Herausgebers .....	7
Bearbeiterverzeichnis .....	17
Abkürzungsverzeichnis .....	19

### A. Einleitung

§ 1 Sektorales Wirtschaftsrecht als Teil des europäischen Wirtschaftsrechts ( <i>Ruffert</i> ) .....	37
---	----

### B. Berufsrecht

§ 2 Recht der Freien Berufe ( <i>Storr</i> ) .....	59
§ 3 Recht des Handwerks ( <i>Ruthig</i> ) .....	105

### C. Infrastrukturrecht

§ 4 Telekommunikationsrecht ( <i>Kühling</i> ) .....	141
§ 5 Energierecht ( <i>Ludwigs</i> ) .....	219
§ 6 Transportrecht ( <i>Knauff</i> ) .....	363

### D. Recht der Gesundheits- und Ernährungswirtschaft

§ 7 Agrarrecht ( <i>Härtel</i> ) .....	463
§ 8 Lebensmittelrecht ( <i>Gundel</i> ) .....	557
§ 9 Arzneimittelrecht ( <i>Janda</i> ) .....	633

### E. Recht der Finanzwirtschaft

§ 10 Finanzmarktregulierung und -aufsicht ( <i>Ohler</i> ) .....	695
§ 11 Europäisches Versicherungsrecht ( <i>Looschelders/Michael</i> ) .....	763
Allgemeines Literaturverzeichnis .....	901
Stichwortverzeichnis .....	909



## Inhaltsverzeichnis

Vorwort der Gesamtherausgeber zur 2. Edition .....	5
Vorwort der Gesamtherausgeber zur 1. Edition .....	6
Vorwort des Herausgebers .....	7
Bearbeiterverzeichnis .....	17
Abkürzungsverzeichnis .....	19

### A.

#### Einleitung

§ 1 Sektorales Wirtschaftsrecht als Teil des europäischen Wirtschaftsrechts .....	37
A. Sektorales Wirtschaftsrecht: Ausgangspunkte und Entstehungsabläufe .....	38
I. Wirtschaft: Ökonomie als Kern des Integrationsprojekts .....	38
II. Recht: Wirtschaftsrecht als Rechtsgebiet .....	46
III. Sektorenbildung: Wirtschaftssektoren und sektoriales Wirtschaftsrecht .....	47
B. Primärrechtlicher Rahmen und sekundärrechtliche Strukturbildung .....	48
I. Typen der Herausbildung sektoralen Wirtschaftsrechts .....	48
II. Die wirtschaftsrechtliche Kompetenzordnung der EU .....	49
III. Sektorales Wirtschaftsrecht in der Rechtsordnung .....	49
C. Sektorales Wirtschaftsrecht als Wirtschaftsrecht .....	49
I. Rezeption wirtschaftswissenschaftlicher Erkenntnisse im Recht .....	49
II. Sachspezifische Eigenrationalitäten .....	50
III. Interessenspezifische Rationalitäten und Irrationalitäten .....	51
IV. Grenzen des Rechts und seiner Steuerungskraft .....	51
D. Sektorenübergreifende Systematisierungsansätze .....	52
I. Sektorenübergreifende Konzepte .....	52
II. Organisationsformen .....	53
III. Handlungsinstrumente .....	54
IV. Individualrechte und Rechtsschutz .....	55

### B.

#### Berufsrecht

§ 2 Recht der Freien Berufe .....	59
A. Einführung .....	61
I. Entwicklung und Typus der Freien Berufe .....	61
II. Die Binnenmarktstrategie für den Dienstleistungssektor .....	63
B. Gegenstandsbeschreibung .....	65
I. Überblick über die Verwendung des Begriffs der „Freien Berufe“ im primären und sekundären Unionsrecht .....	65

II. Interpretationshinweis des EuGH .....	66
III. Die Berufsanerkennungsrichtlinie .....	66
IV. Zu der Schwierigkeit und Bedeutung, Freie Berufe im unionsrechtlichen Kontext zu definieren .....	67
V. Einzelne Begriffsmerkmale der Freien Berufe .....	68
VI. Zusammenfassung .....	71
C. Der grundlegende Rechtsrahmen für die Freien Berufe .....	72
I. Grundfreiheiten .....	72
II. Grundrechte .....	73
III. Sonstiges primäres Wettbewerbsrecht .....	73
IV. Berufsanerkennungsrichtlinie und Dienstleistungsrichtlinie .....	74
D. Ausgewählte Freie Berufe .....	77
I. Rechtsanwälte .....	78
II. Notare .....	89
III. Heilberufe .....	92
IV. Architekten .....	97
E. Berufsständische Vereinigungen .....	99
<b>§ 3 Recht des Handwerks .....</b>	<b>105</b>
A. Einführung: Handwerk und Handwerksrecht in Deutschland und Europa .....	107
I. Die Historische Entwicklung .....	109
II. Liberalisierung durch Europarecht: Die Grundfreiheiten .....	112
III. Harmonisierung durch Richtlinien: Die Binnenmarktstrategie für den Dienstleistungssektor .....	114
IV. Handwerksaufsicht im Mehrebenenverbund .....	117
V. Ausblick .....	118
B. Handwerk als reglementierter Beruf .....	120
I. Handwerk und Berufsanerkennungsrichtlinie .....	120
II. Der persönliche Anwendungsbereich .....	124
C. Die grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung (Titel II) .....	125
I. Anwendbarkeit von Titel II .....	126
II. Rechtsfolgen: Keine Beschränkung der Aufnahme der Tätigkeit im Aufnahmestaat .....	128
III. Kontrolle der Berufsausübung durch den Aufnahmestaat .....	130
IV. Exkurs: Die Dienstleistungsfreiheit deutscher Handwerker im EU-Ausland .....	131
D. Die grenzüberschreitende Niederlassung (Titel III) .....	132
I. Die Anerkennung von Berufserfahrung .....	132
II. Die Anerkennung von Ausbildungs- und Befähigungsnachweisen .....	133

III. Das Anerkennungsverfahren .....	134
IV. Die Pflichtmitgliedschaft in der Handwerkskammer .....	135
<b>C.</b>	
<b>Infrastrukturrecht</b>	
<b>§ 4 Telekommunikationsrecht</b> .....	141
A. Einleitung .....	147
I. Telekommunikationsbegriff .....	147
II. Bedeutung und Besonderheiten der Telekommunikation .....	150
III. Entwicklung des europäischen Telekommunikationsrechts .....	152
IV. Quellen des europäischen Telekommunikationsrechts .....	153
B. Grundstrukturen des europäischen Telekommunikationsrechts .....	161
I. Grundmechanismen der Marktregulierung im EKEK und in der GEREK-VO .....	161
II. Zugangs- und Entgeltregulierung im EKEK .....	179
III. Knappe Ressourcen: Frequenzen, Nummern und Wegerechte .....	200
IV. Universaldienstregulierung in Teil III (Dienste) des EKEK .....	207
V. Rechte der Endnutzer/Teilnehmer (Teil III, Titel II EKEK) .....	210
C. Ausblick .....	213
<b>§ 5 Energierecht</b> .....	219
A. Einleitung .....	232
I. Entwicklungslinien der europäischen Energiepolitik .....	232
II. Die drei Säulen der EU-Energiepolitik .....	233
B. Gegenstandsbereich .....	251
I. Primärrechtliche Perspektive .....	252
II. Sekundärrechtliche Perspektive .....	287
C. Ausblick .....	358
<b>§ 6 Transportrecht</b> .....	363
A. Einführung .....	366
I. Mobilität als Voraussetzung des Vereinten Europas .....	367
II. Entwicklung des europäischen Transportrechts .....	370
III. Politische Einordnung .....	371
IV. Rechtliche Einordnung .....	373
B. Transport als Gegenstand des Europarechts .....	374
I. Transport im Primärrecht .....	374
II. Transportsekundärrecht .....	411
III. Sonstige Maßnahmen auf dem Gebiet des Transports .....	449

C. Ausblick .....	453
I. Grundentscheidungen .....	453
II. Defizite .....	454
III. Perspektive .....	455

### D.

#### Recht der Gesundheits- und Ernährungswirtschaft

§ 7 <b>Agrarrecht</b> .....	463
A. Einordnung in das Gesamtsystem .....	471
I. Der Agrarbereich als Kultursystem .....	471
II. Begriff des europäischen Agrarrechts .....	474
III. Historischer Kontext .....	485
IV. Kompetenzgrundlagen für die europäische Agrargesetzgebung .....	495
B. Fundamente, Ausprägungen und Spezifika des Agrarrechts .....	511
I. Komplexe Ausdifferenzierungen des Agrarrechts .....	511
II. Europäisches Agrarwettbewerbsrecht .....	512
III. Die Zwei-Säulen-Struktur der Gemeinsamen Agrarpolitik .....	524
IV. Die 1. Säule der GAP – gemeinsame Marktordnung und Direktzahlungen ...	526
V. Die 2. Säule der GAP – die Förderung des ländlichen Raums .....	534
VI. Verwaltungsvollzug des europäischen Agrarrechts .....	537
C. Aktuelle Entwicklung und Ausblick .....	542
I. Die Gemeinsame Agrarpolitik nach 2020 .....	542
II. Ausblick .....	552
§ 8 <b>Lebensmittelrecht</b> .....	557
A. Zielsetzung und Gegenstand des europäischen Lebensmittelrechts .....	560
I. Der Lebensmittelsektor im EU-Recht .....	560
II. Abgrenzungen zu verwandten Bereichen .....	561
B. Entwicklung und Stand des europäischen Lebensmittelrechts .....	562
I. Das Lebensmittelrecht als Gegenstand des Primärrechts .....	562
II. Rechtssetzung und Vollzug im europäischen Lebensmittelrecht .....	574
III. Die einzelnen Bereiche .....	594
IV. Der Lebensmittel-Außenhandel der EU und seine völkerrechtlichen Rahmenvorgaben .....	622
C. Ausblick .....	628
§ 9 <b>Arzneimittelrecht</b> .....	633
A. Einleitung .....	635
I. Allgemeine Einführung .....	635

II. Historischer Kontext .....	636
III. (Rechts-)Politische Einordnung .....	638
IV. Einordnung ins Gesamtsystem .....	639
B. Gegenstandsbeschreibung .....	640
I. Arzneimittelrechtliche Kompetenzen der EU .....	640
II. Begriff des Arzneimittels .....	642
III. Herstellung von Arzneimitteln .....	648
IV. Genehmigung des Inverkehrbringens .....	649
V. Abgabe von Arzneimitteln .....	666
VI. Sozialrechtliche Bezüge des Arzneimittelrechts .....	682
C. Ausblick .....	687

**E.**

**Recht der Finanzwirtschaft**

<b>§ 10 Finanzmarktregulierung und -aufsicht .....</b>	<b>695</b>
A. Finanzmarktregulierung im System des Europarechts .....	699
I. Die Europäisierung der Finanzmarktregulierung .....	699
II. Strukturelle Besonderheiten der Finanzmärkte .....	703
B. Der Binnenmarkt für Finanzdienstleistungen .....	713
I. Das Ziel der Marktintegration .....	713
II. Wirtschaftspolitische Konzeptionen des europäischen Gesetzgebers .....	714
III. Die Bedeutung internationaler Standards .....	717
IV. Mindestharmonisierung vs. Vollharmonisierung .....	719
V. Die Rolle der Grundfreiheiten .....	720
VI. Vertragliche Grundlagen europäischer Gesetzgebung .....	722
VII. Die Verwirklichung des Herkunftslandprinzips .....	726
VIII. Verwaltungskooperation im Binnenmarkt .....	738
C. Das Europäische System der Finanzaufsicht .....	740
I. Überblick .....	740
II. Grundsatz des institutionellen Gleichgewichts .....	741
III. Organisationsstruktur .....	742
IV. Unabhängigkeit .....	743
V. Regulatorische Befugnisse .....	746
VI. Aufsichtliche Befugnisse .....	748
VII. Der Europäische Ausschuss für Systemrisiken .....	752
D. Die Europäische Bankenunion .....	753
I. Überblick .....	753

II. SSM .....	754
III. SRM .....	758
<b>§ 11 Europäisches Versicherungsrecht .....</b>	<b>763</b>
A. Einleitung .....	774
I. Rechtsquellen und Entwicklung des Europäischen Versicherungsrechts .....	774
II. Themenstruktur .....	776
B. Versicherungsaufsichtsrecht .....	776
I. Institutionelle Seite .....	776
II. Solvency II .....	793
III. Grenzüberschreitende Versicherungsgeschäfte und ihre Beaufsichtigung .....	820
IV. Die grenzüberschreitende Bestandsübertragung .....	822
C. Versicherungsvertragsrecht .....	824
I. Grundfragen .....	824
II. Schutz von Verbrauchern und Versicherungsnehmern .....	826
III. Gleichbehandlungsgebote und Diskriminierungsverbote .....	850
IV. Unionsrechtliche Vorgaben für die Rechtsschutzversicherung .....	857
V. Harmonisierung des Rechts der Kfz-Haftpflichtversicherung .....	858
VI. Internationales Versicherungsvertragsrecht nach der Rom I-VO .....	867
VII. Internationale Zuständigkeit in Versicherungssachen nach der Brüssel Ia-VO .....	879
VIII. Einführung eines optionalen Instruments für Versicherungsverträge .....	884
D. Versicherungskartellrecht .....	886
I. Rechtliche Grundlagen und Entwicklung des Versicherungskartellrechts .....	886
II. Die horizontalen Leitlinien der Kommission .....	888
III. Die durch die VO (EU) Nr. 267/2010 freigestellten Bereiche .....	888
IV. Durch die früheren GVO zusätzlich freigestellte Bereiche .....	892
E. Gewerberechtliche Anforderungen an Versicherungsvermittler .....	892
I. Systematische Vorbemerkung .....	892
II. Anwendungsbereich .....	893
III. Zulassungsverfahren .....	894
IV. Niederlassung und Erbringung von Dienstleistungen in anderen Mitgliedstaaten .....	895
V. Berufliche Anforderungen .....	895
<b>Allgemeines Literaturverzeichnis .....</b>	<b>901</b>
<b>Stichwortverzeichnis .....</b>	<b>909</b>

## Bearbeiterverzeichnis

<i>Professor Dr. Jörg Gundel,</i> Universität Bayreuth	§ 8	Lebensmittelrecht
<i>Professor Dr. Ines Härtel,</i> Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder)	§ 7	Agrarrecht
<i>Professor Dr. Constanze Janda,</i> Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer	§ 9	Arzneimittelrecht
<i>Professor Dr. Matthias Knauff,</i> LL.M. Eur., Friedrich-Schiller-Universität Jena	§ 6	Transportrecht
<i>Professor Dr. Jürgen Kühling,</i> LL.M. (Brüssel), Universität Regensburg	§ 4	Telekommunikationsrecht
<i>Professor Dr. Dirk Looschelders,</i> Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf	§ 11	Europäisches Versicherungsrecht
<i>Professor Dr. Markus Ludwigs,</i> Julius-Maximilians-Universität Würzburg	§ 5	Energierecht
<i>Professor Dr. Lothar Michael,</i> Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf	§ 11	Europäisches Versicherungsrecht
<i>Professor Dr. Christoph Ohler,</i> LL.M. (Brügge), Friedrich-Schiller-Universität Jena	§ 10	Finanzmarktregulierung und -aufsicht
<i>Professor Dr. Matthias Ruffert,</i> Humboldt-Universität zu Berlin	§ 1	Sektorales Wirtschaftsrecht als Teil des europäischen Wirtschaftsrechts
<i>Professor Dr. Josef Ruthig,</i> Johannes-Gutenberg-Universität Mainz	§ 3	Recht des Handwerks
<i>Professor Dr. Stefan Storr,</i> Wirtschaftsuniversität Wien	§ 2	Recht der Freien Berufe



## Abkürzungsverzeichnis

aA	anderer Ansicht
aaO	am angegebenen Ort
AASM	Assoziierte Afrikanische Staaten und Madagaskar
Abg.	Abgeordneter
AbkGemOrg.	Abkommen über gemeinsame Organe für die Europäischen Gemeinschaften
abl	ablehnend
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
ABl. EGKS	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl
Abs.	Absatz
AbsFondsG	Absatzfondsgesetz
Abschn.	Abschnitt
Abt.	Abteilung
abw.	abweichend
adR	Ausschuss der Regionen
aE	am Ende
ÄndG	Gesetz zur Änderung
ÄndVO	Verordnung zur Änderung
AERP	Europäische Agentur für Forschung und Entwicklung
AETR	Europäisches Übereinkommen über die Arbeit der im internationalen Straßenverkehr beschäftigten Fahrzeugbesatzungen
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der EU
aF	alte Fassung
AFDI	Annuaire Français de Droit International
AFG	Arbeitsförderungsgesetz
AFIG	Agrar- und Fischereifonds-Informations-Gesetz
AfP	Archiv für Presserecht
AG	Die Aktiengesellschaft, Zeitschrift für das gesamte Aktienwesen
AG	Aktiengesellschaft
AgrarR	Agrarrecht (Zeitschrift)
AID	Auswertungs- und Informationsdienst für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten
AIF	Alternativer Investmentfonds
AIFK	Betreiber eines alternativen Investmentfonds
AJCL	American Journal of Comparative Law
AJDA	Actualités Juridiques de Droit Administratif
AJIL	American Journal of International Law
AKP-Staaten	Staaten Afrikas, der Karibik und des Pazifiks (Mitgliedstaaten der Lomé-Abkommen)
AktG	Aktiengesetz
allg.	allgemein
aM	anderer Meinung
AmstV	Amsterdamer Vertrag
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
Ann.eur.	Annuaire européen (= EuYB)
AO	Abgabenordnung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts

## Abkürzungsverzeichnis

---

ARB	Assoziationsratsbeschluss
ArbG	Arbeitsgesetz
ArbZG	Arbeitszeitgesetz
ArchVR	Archiv des Völkerrechts
Art.	Artikel
ASIL	American Society of International Law
AStV	Ausschuss der Ständigen Vertreter
ATV	Allgemeine Tarifierungsvorschrift
AUE	Acte Unique Européen
AufenthG/EWG	Aufenthaltsgesetz/EWG
Aufl.	Auflage
AuR	Arbeit und Recht (Zeitschrift)
AUR	Agrar- und Umweltrecht (Zeitschrift)
AuS	Arbeit und Sozialpolitik
AuslG	Ausländergesetz
AWD	Außenwirtschaftsdienst
AWG	Außenwirtschaftsgesetz
AW-Prax	Außenwirtschafts-Praxis
AWVO	Außenwirtschaftsverordnung
Az.	Aktenzeichen
AZO	Allgemeine Zollordnung
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BAnz.	Bundesanzeiger
BArbBl.	Bundesarbeitsblatt
BauGB	Baugesetzbuch
BayAgrarWiG	Bayerisches Agrarwirtschaftsgesetz
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BB	Der Betriebs-Berater
BbankG	Gesetz über die Deutsche Bundesbank
BBiG	Bundesbildungsgesetz
BBodenSchG	Bundesbodenschutzgesetz
Bd.	Band
BeaSt	Beamtenstatut
BeitrA	Beitrittsakte
Benelux-Staaten	Belgien, Niederlande, Luxemburg
Ber.	Berichte der Kommission über die Wettbewerbspolitik (jährlich seit 1972)
BErzGG	Bundeserziehungsgeldgesetz
Beschl.	Beschluss
BetrPrämDurchfG	Betriebsprämierendurchführungsgesetz
BetrPrämDurchfV	Betriebsprämierendurchführungsverordnung
BewG	Bewertungsgesetz
BfA	Bundesversicherungsanstalt für Angestellte
BFH	Bundesfinanzhof
BFHE	Entscheidungen des Bundesfinanzhofes
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBL.	Bundesgesetzblatt

BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BImSchG	Bundesimmissionsschutzgesetz
BIP	Bruttoinlandsprodukt
BIRD	Internationale Bank für Wiederaufbau und Entwicklung
BIZ	Bank für internationalen Zahlungsausgleich
BK	Berichtigungskoeffizient
BKartA	Bundeskartellamt
BLE	Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung
BLwG	Bundeslandwirtschaftsgesetz
BMELF	Bundesministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten
BMELV	Bundesministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz
BMF	Bundesministerium für Finanzen
BML	Bundesministerium für Landwirtschaft
BMU	Bundesministerium für Umwelt und Reaktorsicherheit
BMVEL	Bundesministerium für Verbraucherschutz, Ernährung und Landwirtschaft
BNetzA	Bundesnetzagentur
BR-Drs.	Drucksache des Deutschen Bundesrates
BReg.	Bundesregierung
BSB	Beschäftigungsbedingungen für die Sonstigen Bediensteten der Europäischen Gemeinschaften
BSC	Ausschuss für Bankenaufsicht
BSG	Bundessozialgericht
BSGE	Entscheidungen des Bundessozialgerichts
BSP	Bruttonettoprodukt
bspw.	beispielsweise
BStBl.	Bundessteuerblatt
BT-Drs.	Drucksache des Deutschen Bundestages
BüL	Berichte über Landwirtschaft (Zeitschrift)
BullEG	Bulletin der Europäischen Gemeinschaften
BulleU	Bulletin der Europäischen Union
BuW	Betrieb und Wirtschaft
BVA	Beratender Verbraucherausschuss
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
BYIL	British Yearbook of International Law
BZBl.	Bundeszollblatt
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
B-VG	österreichisches Bundes-Verfassungsgesetz
CCCE	Comité de Contact des Consommateurs des Communautés Européennes
CDE	Cahiers de droit européen
CE	Communauté(s) Européenne(s)

## Abkürzungsverzeichnis

---

CEE	Communauté Economique Européenne
CEEP	Centre Européen de l'Entreprise Publique
CEMT	Europäische Konferenz der Verkehrsminister
CEN	Comité Européen de Normalisation
CENELEC	Comité Européen de Normalisation Electronique
CEPT	Conférence Européenne des Administrations des Postes et des Télécommunications (Europäischen Konferenz der Verwaltungen für Post und Fernmeldewesen)
CERD	Comité de la Recherche et du Développement
CESAME	Sachverständigengruppe für Clearing und Abrechnung
CM	Common Market
CMA	Centrale Marketinggesellschaft der deutschen Agrarwirtschaft
CMLR	Common Market Law Review
COCOM	Communications Committee (Kommunikationsausschuss)
COREPER	Comité des Représentants Permanents des États Membres
COST	Coopération européenne dans la domaine de la Recherche Scientifique et Technique
CR	Computer und Recht
CREST	Comité de la Recherche Scientifique et Technique
DAC	Development Assistance Committee / Ausschuss für Entwicklungshilfe
DB	Der Betrieb
DCSI	Diritto comunitario e degli scambi internazionali
ders.	derselbe
dh	das heißt
DHA	Deutsches Handelsarchiv
dies.	dieselbe(n)
DienstanwK	Dienstanweisung für den Kanzler (des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften)
DIN	Deutsches Institut für Normung
Dir.int.	Diritto internazionale
DirektZahlVerpflG	Direktzahlungen-Verpflichtungengesetz
DirektZahlVerpflV	Direktzahlungen-Verpflichtungenverordnung
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
Dok.	Dokument
DOM	Departements d'outre mer (französische überseeische Departements)
Dr.	Droit
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
Drs.	Drucksache
DS	Droit Social
DStR	Deutsches Steuerrecht
DStZ	Deutsche Steuer-Zeitung
DVAuslG	Verordnung zur Durchführung des Ausländergesetzes
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
DVO	Durchführungsverordnung
DWA	Direktwahlakte
DZWir	Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

E.	Entwurf
EA	Europa-Archiv; Europaabkommen
EA/D	Europa-Archiv (Dokumente)
EAFE	Europäischer Ausschuss für Forschung und Entwicklung
EAG	Europäische Atomgemeinschaft
EAGFL	Europäischer Ausrichtungs- und Garantiefonds für die Landwirtschaft
EAGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft
EAS	Europäisches Arbeits- und Sozialrecht
EBA	European Banking Authority
ebd.	ebenda
EBWE	Europäische Bank für Wiederaufbau und Entwicklung
ECA	Wirtschaftskommission der Vereinten Nationen für Afrika
ECAC	Europäische Zivilluftfahrtkonferenz
ECAFE	Wirtschaftskommission der Vereinten Nationen für Asien und den Fernen Osten
ECC	Electronic Communications Committee (Ausschuss für elektronische Kommunikation)
ECE	Economic Commission for Europe
ECLR	European Competition Law Review
ECOSOC	Wirtschafts- und Sozialrat der Vereinten Nationen
ECRC	European Coalition for Responsible Credit
ECU	European Currency Unit
EEA	Einheitliche Europäische Akte
EEC	European Economic Community(ies)
EEF	Europäischer Entwicklungsfonds
EFRE	Europäischer Fonds für regionale Entwicklung
EFTA	Europäische Freihandelszone
EFWZ	Europäischer Fonds für währungspolitische Zusammenarbeit
EG	Europäische Gemeinschaften
EGB	Europäischer Gewerkschaftsbund
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EGFL	Europäischer Garantiefonds für die Landwirtschaft
EGKS	Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl
EGKSV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl
EGMO	Einheitliche Gemeinsame Marktorganisation
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGV	Vertrag über die Europäische Gemeinschaft
EGZ	Europäische Gesellschaft für Zusammenarbeit
EIB	Europäische Investitionsbank
EIF	Europäischer Investitionsfonds
EIOPA	European Insurance and Occupational Pensions Authority
EIPR	European Industrial Property Review
EJIL	European Journal of International Law
EKMR	Europäische Kommission für Menschenrechte
ELEC	Europäische Liga für wirtschaftliche Zusammenarbeit
ELER	Europäischer Landwirtschaftsfonds für die Entwicklung des ländlichen Raums
ELR	European Law Review

## Abkürzungsverzeichnis

---

EMRK	Europäische Menschenrechts-Konvention
endg.	endgültig
EnergieStG	Energiesteuergesetz
Entsch.	Entscheidung
entspr.	entsprechend
EÖD	Europäischer Öffentlicher Dienst
EP	Europäisches Parlament
EPC	European Payments Council
EPD oder EPPD	Einheitliches Programmplanungsdokument
EPL	European Public Law
EPZ	Europäische Politische Zusammenarbeit
ERE	Europäische Rechnungseinheit
ERG	European Regulators Group
Erl.	Erläuterungen
ESA	European Space Agency
ESF	Europäische Wissenschaftsstiftung
ESFS	Europäisches Finanzaufsichtssystem
ESMA	European Securities and Markets Authority
ESME	Expertengruppe Europäische Wertpapiermärkte
ESRB	European Systemic Risk Board
EStG	Einkommensteuergesetz
ESZB	Europäisches System der Zentralbanken
etc	et cetera
ETL	European Transport Law
ETS	European Treaty Series
ETSI	European Telecommunications Standards Institute
EU	Europäische Union
EU/EWR-HwV	Verordnung über die für Staatsangehörige eines Mitgliedstaates der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz geltenden Voraussetzungen für die Ausübung eines zulassungspflichtigen Handwerks
EuG oder EuGel	Europäisches Gericht 1. Instanz
EuGen	Europäische Genossenschaft
EuGGes	Europäische Gegenseitigkeitsgesellschaft
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EuGVÜ	Europäischer Gerichtsstand- und Vollstreckungsübereinkommen
EuR	Europarecht (Zeitschrift)
EUR	EURO
Euratom	Europäische Atomgemeinschaft
EurBSt.	Europäisches Beamtenstatut, Europäisches Statut der Beamten der Gemeinschaften
EuRH	Europäischer Rechnungshof
EURONET	Europäisches Informations- und Datenübertragungsnetz
EurWi.	Europäische Wirtschaft
EuV	Europäischer Verein
EUV aF	Vertrag über die Europäische Union
EUV nF	Vertrag über die Europäische Union (Lissabon)

EuYB	European Yearbook
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
evtl.	eventuell
EVV	Europäischer Verfassungsvertrag
EWA	Europäisches Währungsabkommen
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWGV	Vertrag über die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWI	Europäisches Währungsinstitut
EWIV	Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung
EWK	Europäischer Wirtschaftsraum
EWS	Europäisches Währungssystem; Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (Zeitschrift)
EZB	Europäische Zentralbank
EZU	Europäische Zahlungsunion
f.	folgende
FAO	Ernährungs- und Landwirtschaftsorganisation der Vereinten Nationen
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
ff.	fortfolgende
FG	Finanzgericht
FGO	Finanzgerichtsordnung
FKVO	Fusionskontrollverordnung
FIAF	Finanzinstrument für die Ausrichtung der Fischerei
FIDE	Fédération Internationale de Droit Européen
Fin.Arch.	Finanzarchiv
FMSBechlG	Gesetz zur Beschleunigung und Vereinfachung des Erwerbs von Anteilen an sowie Risikooptionen von Unternehmen des Finanzsektors durch den Fonds „Finanzmarktstabilisierungsfonds – FMS“ (Finanzmarktstabilisierungsbeschleunigungsgesetz)
FMStErgG	Gesetz zur weiteren Stabilisierung des Finanzmarktes (Finanzmarktstabilisierungsergänzungsgesetz)
FMStFG	Gesetz zur Errichtung eines Finanzmarktstabilisierungsfonds
FMStG	Gesetz zur Umsetzung eines Maßnahmenpakets zur Stabilisierung des Finanzmarktes (Finanzmarktstabilisierungsgesetz)
Fn.	Fußnote
FR	Finanz-Rundschau
FS	Festschrift
FSB	Financial Stability Board
FSC	Financial Services Committee
FSCG	Financial Services Consumer Group
FusV	Fusionsvertrag
G.	Gemeinschaft; Gesetz
GA	Generalanwalt
GA	Golddammers Archiv
GAK	Gemeinschaftsaufgabe Agrarstruktur und Küstenschutz
GAP	Gemeinsame Agrarpolitik
GASP	Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik

## Abkürzungsverzeichnis

---

GATS	Allgemeines Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen
GATT	Allgemeines Zoll- und Handelsabkommen
GB	Jährlicher Gesamtbericht der Kommission der EG
GD	Generaldirektion
gem.	gemäß
GenG	Genossenschaftsgesetz
GEREK	Gremiums Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation
GewO	Gewerbeordnung
GewStG	Gewerbesteuergesetz
GFK	Genfer Flüchtlingskonvention
GFS	Gemeinsame Forschungsstelle
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
ggf	gegebenenfalls
GHP	Gemeinsame Handelspolitik
GM	Gemeinsame Maßnahme
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau
GMBL	Gemeinsames Ministerialblatt
GMO	Gemeinsame Marktordnung
GO	Geschäftsordnung
GRC	Grundrechtecharta
grds.	Grundsätzlich
GrdStVG	Grundstücksverkehrsgesetz
grundl.	grundlegend
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Auslands- und internationaler Teil
GS	Gedächtnisschrift
GU	Gazetta Ufficiale
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
GVG	(deutsches) Gerichtsverfassungsgesetz
GVO	Gruppenfreistellungsverordnung
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
GZT	Gemeinsamer Zolltarif
GYIL	German Yearbook of International Law
hA	herrschende Auffassung
Hdb	Handbuch
HGB	Handelsgesetzbuch
HKG	Handelsklassengesetz
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
HO	Haushaltsordnung
HöfeO	Höfeordnung
HolzabsFondsG	Holzabsatzfondsgesetz
Hrsg., hrsg.	Herausgeber, herausgegeben
Hs.	Halbsatz
HwO	Handwerksordnung

HZA	Hauptzollamt
iA	im Auftrag
IAA	Internationales Arbeitsamt
IAEO	Internationale Atom-Energie-Organisation
IAO	Internationale Arbeitsorganisation
IATA	International Air Transport Association
ICAO	International Civil Aviation Organisation
ICJ	International Court of Justice
ICJ-Rep.	International Court of Justice; Reports of Judgements, Advisory Opinions and Orders
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
IDA	Internationale Entwicklungsorganisation
idF	in der Fassung
idR	in der Regel
idS	in diesem Sinne
ieS	im engeren/eigentlichen Sinn
IFC	Internationale Finanz-Corporation
IFG	Informations-Freiheitsgesetz
IGH	Internationaler Gerichtshof
IIC	International Review of Industrial Property and Copyright Law
ILA	International Law Association
ILC	International Law Commission
ILM	International Legal Materials
ILO	International Labour Organization
IMO (früher IMCO)	International Maritime Organization
InfAusR	Informationsbrief Ausländerrecht
insbes.	insbesondere
InVeKosDG	InVeKos-Datengesetz
InVeKosV	InVeKos-Verordnung
InVeKoS	Integriertes Verwaltungs- und Kontrollsystem
IPR	Internationales Privatrecht
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
iSd	im Sinne des/r
iSv	im Sinne von
iVm	in Verbindung mit
IWB	Internationale Wirtschaftsbriefe
IWF	Internationaler Währungsfonds
iwS	im weiteren Sinn
JA	Juristische Arbeitsblätter
JAR	Jahrbuch des Agrarrechts
JArbZeitG	Jugendarbeitszeitgesetz
JBl	Juristische Blätter
JBL	Journal of Business Law
JCMS	Journal of Common Market Studies
JCP	Jurisclasseur périodique – La semaine juridique
JdEI	Jahrbuch der Europäischen Integration
JDI	Journal du Droit international
JIR	Jahrbuch des Internationalen Rechts

## Abkürzungsverzeichnis

---

JO	Journal Officiel de la République Française
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts
JR	Juristische Rundschau
JurBüro	Juristisches Büro
JuS	Juristische Schulung
JT	Journal des Tribunaux
JWTL	Journal of World Trade Law
JZ	Juristenzeitung
KartR	Kartellrecht
Kfz	Kraftfahrzeug
KindArbSchG	Kindesarbeitsschutzgesetz
KMB	Klein- und Mittelbetriebe
KMU	Kleinere und mittlere Unternehmen
KN	Kombinierte Nomenklatur
KOM	Kommissionsdokument(e)
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
KrW-/AbfG	Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
KSE	Kölner Schriften zum Europarecht
KStG	Körperschaftsteuergesetz
KSZE	Konferenz über Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa
KWG	Kreditwesengesetz
LegRegG	Legehennenregistrierungsgesetz
Lfg.	Lieferung
LFGB	Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuch
LHO	Landeshaushaltsordnung
LIEI	Legal Issues of European Integration
lit.	litera
LMBG	Lebensmittel- und Bedarfsgegenständegesetz
LRE	Lebensmittelrechtliche Entscheidungen (Zeitschrift)
Ls.	Leitsatz
M.	Meinung
MA	Markenartikel
MarktStrG	Marktstrukturgesetz
MBL	Ministerialblatt
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MedR	Medizinrecht
MilchAbgV	Milchabgabenverordnung
MilchQuotV	Milchquotenverordnung
MinBlNW	Ministerialblatt Nordrhein-Westfalen
Mio.	Million(en)
MJ	Maastricht Journal of European and Comparative Law
MLR	The Modern Law Review
MMR	Multi Media und Recht
MOE	Mittel- und Osteuropa
MOEL	mittel- und osteuropäische Länder
MOG	Marktorganisationsgesetz

Mrd.	Milliarde(n)
mwN	mit weiteren Nachweisen
MWSt.	Mehrwertsteuer
NATO	North Atlantic Treaty Organization
NDV	Nachrichtendienst des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge
nF	neue Folge; neue Fassung
NGA	Next Generation Access
NGI	Neues Instrument gemeinschaftlicher Anleihen und Darlehen
NGO	Non-governmental Organization(s)
NIMEXE	Warenverzeichnis für die Statistik des Außenhandels der Gemeinschaft und des Handels zwischen ihren Mitgliedstaaten
NJ	Neue Justiz
NJB	Nederlands Juristenblad
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NL-BzAR	Neue Landwirtschaft – Briefe zum Agrarrecht (Zeitschrift)
NRO	Nichtregierungsorganisation(en)
NRZZ	Nomenklatur des Rates über die Zusammenarbeit auf dem Gebiete des Zollwesens
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NuR	Natur und Recht
nv	noch nicht in der amtlichen Slg veröffentlicht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NWVBl.	Nordrheinwestfälisches Verwaltungsblatt
NZ	Österreichische Zeitschrift für Notariatsrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
OAS	Organisation Amerikanischer Staaten
ÖBA	Österreichisches Bank-Archiv
OECD	Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung
öDRdA	Das Recht der Arbeit
OEEC	Organisation für Europäische wirtschaftliche Zusammenarbeit
ÖJT	Verhandlungen des österreichischen Juristentages
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
ÖZÖffR	Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht
ÖZöRV	Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht
ÖZW	Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLAF	Office Européen de Lutte Antifraude
OVG	Oberverwaltungsgericht
PCIJ	Permanent Court of International Justice
PharmaR	Pharmarecht
PJZS	Polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen
PrivProt.	Protokoll über die Vorrechte und Befreiungen der Europäischen Gemeinschaften

## Abkürzungsverzeichnis

---

Prot.	Protokoll
PVS	Politische Vierteljahresschrift
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RAE	Revue des affaires européennes
Ratsbeschl.	Ratsbeschluss
RB	Rahmenbeschluss
RBDI	Revue belge de droit international
RdA	Recht der Arbeit
RdE	Recht der Energiewirtschaft
RdJB	Recht der Jugend und des Bildungswesens
RdL	Recht der Landwirtschaft (Zeitschrift)
RDUE	Revue du droit de l'Union Européenne
RE	Rechnungseinheit
REACH	Registration, Evaluation and Authorization of Chemicals
Rec.	Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye
RFDA	Revue Française de Droit administratif
RGAT	Revue Générale des Assurances Terrestres
RGBI.	Reichsgesetzblatt
RGW	Rat für gegenseitige Wirtschaftshilfe (COMECON)
RHDI	Revue Hellenique de Droit International
RIDC	Revue Internationale de Droit Comparé
RIPIA	Revue internationale de la propriété industrielle et artistique
Riv. dir. eur.	Rivista di diritto europeo
Riv. dir. int.	Rivista di diritto internazionale
RIW [AWD]	Recht der Internationalen Wirtschaft [-Außenwirtschaftsdienst]
RL	Richtlinie
RLT	Raccolta delle lezioni Trieste, hrsg. vom Istituto per lo studio dei Trasporti nell'integrazione economica europea
RMC	Revue de Marché commun
RMCUE	Revue du Marché commun et de l'Union européenne
RMT	Rechtsgeleerd Magazijn Themis
RMUE	Revue du Marché Unique Européen
Rn.	Randnummer
ROW	Recht in Ost und West
Rs.	Rechtssache
RSC	Radio Spectrum Committee (Frequenzausschuss)
RSPG	Radio Spectrum Policy Group (Gruppe für Frequenzpolitik)
Rspr	Rechtsprechung
RStV	Rundfunkstaatsvertrag
RTDE	Revue trimestrielle du droit européen
RVO	Reichsversicherungsordnung
RZZ	Rat über die Zusammenarbeit auf dem Gebiete des Zollwesens
s.	siehe
S.	Seite
s.o.	siehe oben
s.u.	siehe unten

SDÜ	Schengener Durchführungsübereinkommen
SE	Societas Europaea (Europäische Aktiengesellschaft)
SEK	Dokumente des Sekretariats der KOM
SEPA	Single European Payments Area
SEW	Sociaal Economische Wetgeving
SGb	Die Sozialgerichtsbarkeit
SGB	Sozialgesetzbuch
Slg	Sammlung (der Rspr. des EuGH)
Slg ÖD	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofs – Öffentlicher Dienst
sog.	sogenannte(n)(r)
SozR	Sozialrecht, Entscheidungssammlung BSG
Spiegelstr.	Spiegelstrich
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
STABEX	System zur Stabilisierung der Ausfuhrerlöse für die von den AKP-Staaten nach der Gemeinschaft ausgeführten Waren
StGB	Strafgesetzbuch
StGH	Staatsgerichtshof
StHG	Staatshaftungsgesetz
StIGH	Ständiger Internationaler Gerichtshof
StoffR	Zeitschrift für Stoffrecht
StPO	Strafprozessordnung
str.	streitig
StuW	Steuer und Wirtschaft
StVO	Straßenverkehrs-Ordnung
SVN	Satzung der Vereinten Nationen
SZR	Sondererziehungsrechte
TA	Technische Anleitung
TAC	Gesamtfangmenge (total allowable catch)
tir.	tiret (Spiegelstr.)
TKG	Telekommunikationsgesetz
tlw	teilweise
TMG	Telemediengesetz
Tr.	Traité
TR	Transportrecht
TranspR	Transportrecht
TRIPS	Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights
Tsd.	Tausend
ua	unter andere(m)(n); und andere
UCLAF	Unité de Coordination de la Lutte Antifraude
überw.	überwiegend
UEBL	Union Economique Belgo-Luxembourgoise
UEC	(Journal UEC) Zeitschrift der Union Européenne des Experts Comptables
UGB	Umweltgesetzbuch
UIG	Umweltinformationsgesetz
ÜLG	Überseeische Länder und Gebiete
umstr.	umstritten

## Abkürzungsverzeichnis

---

UN	Vereinte Nationen
UNCITRAL	Kommission der Vereinten Nationen für Internationales Handelsrecht
UNCTAD	Welthandelskonferenz
UNEP	Programm der Vereinten Nationen für den Umweltschutz
UNESCO	Organisation der Vereinten Nationen für Erziehung, Wissenschaft und Kultur
UNICE	Union der Industrien der Europäischen Gemeinschaft
UNIDO	UN-Organisation für industrielle Entwicklung
UNO	United Nations Organisation
UNRWA	Hilfswerk der Vereinten Nationen für Palästinaflüchtlinge
unstr.	unstreitig
UAbs.	Unterabsatz
UNTS	United Nations Treaty Series
UPR	Umwelt- und Planungsrecht
UR	Umsatzsteuer-Rundschau
Urt.	Urteil
UStG	Umsatzsteuergesetz
UStR	Umsatzsteuer-Richtlinie(n)
usw	und so weiter
UTR	Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts
uU	unter Umständen
UVR	Umsatz- und Verkehrssteuerrecht
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
Var.	Variante
VBIBW	Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg
VE	Verpflichtungsermächtigung
verb.	verbunden
VerfGH	Verfassungsgerichtshof
VerfO	Verfahrensordnung
VerwArch.	Verwaltungsarchiv
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl	vergleiche
VK	Vereinigtes Königreich
VN	Vereinte Nationen
VO	Verordnung
VÖB	Verband öffentlicher Banken
Vorbem.	Vorbemerkung
VR	Verwaltungs-rundschau
VRÜ	Verfassung und Recht in Übersee
VSSR	Vierteljahresschrift für Sozialrecht
VuR	Verbraucher und Recht
VV	Verwaltungsvorschrift
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer
VWD	Vereinigter Wirtschaftsdienst
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz

vZA	verstärkte Zusammenarbeit
WAB	Währungsausgleichsbetrag bzw. -beträge
WB	Wettbewerbsbericht
WBl	Wirtschaftsrechtliche Blätter, Beilage zu "Juristische Blätter"
WEU	Westeuropäische Union
WHG	Wasserhaushaltsgesetz
WHO	World Health Organisation
WiGBL.	Gesetzblatt der Verwaltung des Vereinigten Wirtschaftsgebietes
WiR	Wirtschaftsrecht
WissR	Wissenschaftsrecht
WiVerw	Wirtschaft und Verwaltung
W.L.R.	The Weekly Law Reports
WM	Wertpapiermitteilungen
WpDVerOV	Verordnung zur Konkretisierung der Verhaltensregeln und Organisationsanforderungen für Wertpapierdienstleistungsunternehmen
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WSA	Wirtschafts- und Sozialausschuss
WTA	Welttextilabkommen, Multifaserabkommen
WTO	Welthandelsorganisation
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
WVRK	Wiener Vertragsrechtskonvention
WWU	Wirtschafts- und Währungsunion
YEL	Yearbook of European Law
ZAR	Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZBJI	Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres
zB	zum Beispiel
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht
ZE	Zahlungsermächtigung
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZEuS	Zeitschrift für europarechtliche Studien
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZfS	Zentralblatt für Sozialversicherung, Sozialhilfe und Versorgung
ZfSH/SGB	Zeitschrift für Sozialhilfe und Sozialgesetzbuch
ZfZ	Zeitschrift für Zölle und Verbrauchsteuern
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZgS	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZIAs	Zeitschrift für internationales Arbeits- und Sozialrecht
ZID	Zentrale InVeKoS-Datenbank
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
zit.	zitiert
ZK	Zollkodex

## Abkürzungsverzeichnis

---

ZK-DVO	Durchführungsverordnung zum Zollkodex
ZKR	Zentralkommission für die Rheinschifffahrt
ZKreditw.	Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen
ZLR	Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht
ZLW	Zeitschrift für Luft- und Weltraumrecht
ZÖR	Zeitschrift für öffentliches Recht
ZögU	Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen
ZP	Zusatzprotokoll
ZParl.	Zeitschrift für Parlamentsfragen
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZSR	Zeitschrift für Sozialreform
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
zT	zum Teil
ZTR	Zeitschrift für Tarifrecht
ZUR	Zeitschrift für Umweltrecht
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht
ZUM-RD	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht - Rechtsprechungsdienst
ZusVerfO	Zusätzliche Verfahrensordnung (des EuGH)
ZVerglRW	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft
ZVerkehrsw.	Zeitschrift für Verkehrswissenschaft
ZVP	Zeitschrift für Verbraucherpolitik
zzgl.	zuzüglich
zzt.	zur Zeit
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

A.  
Einleitung



# § 1 Sektorales Wirtschaftsrecht als Teil des europäischen Wirtschaftsrechts

Matthias Ruffert

<p><b>A. Sektorales Wirtschaftsrecht: Ausgangspunkte und Entstehungsabläufe</b> ..... 1</p> <p>    I. Wirtschaft: Ökonomie als Kern des Integrationsprojekts ..... 1</p> <p>        1. Ökonomische Integration als funktionalistische Konsequenz ..... 1</p> <p>        2. Ökonomische Integration und Ökonomische Theorie: Zur besonderen Rolle des Ordoliberalismus ..... 4</p> <p>        3. Ökonomische Integration, nationale Divergenzen und europäische Kompromisse ..... 9</p> <p>            a) Grundfreiheiten und Rechtsangleichung ..... 9</p> <p>            b) Wettbewerbsrecht ..... 14</p> <p>            c) Europäische Wirtschafts- und Währungsunion ..... 17</p> <p>            d) Marktfremde Einschnitte ..... 24</p> <p>        4. Öffnungen, Weiterentwicklungen und Kritik ..... 25</p> <p>            a) Wirtschaftsunion und politische Union ..... 25</p> <p>            b) Von der Philippika auf den Ordoliberalismus zur Kapitalismuskritik? ..... 27</p> <p>    II. Recht: Wirtschaftsrecht als Rechtsgebiet ..... 29</p> <p>        1. Idee und Wirklichkeit des Wirtschaftsrechts ..... 29</p> <p>        2. Grenzen rechtlicher Steuerung – Potenziale rechtswissenschaftlicher Überwindung ..... 33</p>	<p>    III. Sektorenbildung: Wirtschaftssektoren und sektoriales Wirtschaftsrecht ..... 38</p> <p><b>B. Primärrechtlicher Rahmen und sekundärrechtliche Strukturbildung</b> ..... 40</p> <p>    I. Typen der Herausbildung sektoralen Wirtschaftsrechts ..... 40</p> <p>        1. Sektorales Wirtschaftsrecht als Binnenmarktsekundärrecht ..... 40</p> <p>        2. Sektorales Wirtschaftsrecht als sekundäres Wettbewerbsrecht ..... 41</p> <p>        3. Sektorales Wirtschaftsrecht durch sektoriales Primärrecht ..... 42</p> <p>    II. Die wirtschaftsrechtliche Kompetenzordnung der EU ..... 43</p> <p>    III. Sektorales Wirtschaftsrecht in der Rechtsordnung ..... 44</p> <p><b>C. Sektorales Wirtschaftsrecht als Wirtschaftsrecht</b> ..... 46</p> <p>    I. Rezeption wirtschaftswissenschaftlicher Erkenntnisse im Recht ..... 46</p> <p>    II. Sachspezifische Eigenrationalitäten ..... 50</p> <p>    III. Interessenspezifische Rationalitäten und Irrationalitäten ..... 51</p> <p>    IV. Grenzen des Rechts und seiner Steuerungskraft ..... 53</p> <p><b>D. Sektorenübergreifende Systematisierungsansätze</b> ..... 56</p> <p>    I. Sektorenübergreifende Konzepte ..... 56</p> <p>    II. Organisationsformen ..... 61</p> <p>    III. Handlungsinstrumente ..... 67</p> <p>    IV. Individualrechte und Rechtsschutz ..... 72</p> <p><b>Verzeichnis wichtiger Entscheidungen</b> ..... 73</p>
---	--

**Literatur:** *Badura, Peter*, Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung, 4. Aufl., Tübingen, 2011; *Baquero Cruz, Julio*, Between Competition and Free Movement, Oxford, 2002; *Brunnermeier, Markus/James, Harold/Landau, Jean-Pierre*, The Euro and the Battle of Ideas, Princeton 2016; *Calliess, Christian*, Finanzkrisen als Herausforderung der internationale, europäischen und nationalen Rechtsetzung, VVDStRL 71 (2012), 113; *Enderlein, Henrik*, Die Krise im Euro-Raum: Auslöser, Antworten, Ausblick, APuZ 43/2010, 7; *Fehling, Michael/Ruffert, Matthias* (Hrsg.), Regulierungsrecht, Tübingen, 2010; *Huber, Ernst Rudolf*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Aufl., Tübingen, 1953; *Joerges, Christian*, Europa nach dem Ordoliberalismus: Eine Philippika, KJ 2010, 395; *ders.*, Macht Europa seiner Wirtschaftsverfassung den Prozeß? – Ein melancholischer Rückblick, in: Brügge, Gert (Hrsg.), Liber Amicorum Eike Schmidt, Heidelberg, 2005, S. 188; *Kingreen, Thorsten*, Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts, Berlin, 1999; *Krebber, Sebastian*, Soziale Rechte in der Gemeinschaftsrechtsordnung, RdA 2009, 224; *Majone, Giandomenico*, Europe as the Would-be World Power, Cambridge, 2009; *Müller-Graff, Peter-Christian*, Unternehmensinvestitionen und Investitionssteuerung im Marktrecht, Tübingen, 1984; *Mussler, Werner*, Die Wirtschaftsverfassung der Europäischen Gemeinschaft im Wandel, Baden-Baden, 1998; *Pfeil, Werner*, Historische Vorbilder und Entwicklung des Rechtsbegriffs der „Vier Grundfreiheiten“ im Europäischen Gemeinschaftsrecht, Frankfurt am Main, 1998; *Poiars Maduro, Antonio*, We the Court, Oxford, 1998; *Rittner, Fritz/Dreher, Meinrad*, Europäisches und deutsches Wirtschaftsrecht, 3. Aufl., Heidelberg, 2008; *Ruffert, Matthias*, Grundfragen der Wirtschaftsregulierung, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Heidelberg, 2012; *ders.*, The European Debt Crisis and European Union Law, CMLRev. 48 (2011), 1777; *ders.*, Zur Leis-

tungsfähigkeit der Wirtschaftsverfassung, AöR 134 (2009), 197; *Scharpf, Fritz*, The European Social Model: Coping with the Challenges of Diversity, JCMS 40 (2002), 645; *Schmidt-Aßmann, Eberhard*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., Berlin, 2004; *Schulz-Forberg, Hagen/Sträth, Bo*, The political history of European integration: the hypocrisy of democracy-through-market, London, 2010; *Steindorff, Ernst* Unvollkommener Binnenmarkt, ZHR 158 (1994), 149; *Wahl, Rainer*, Die Aufgabenabhängigkeit von Verwaltung und Verwaltungsrecht, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard (Hrsg.), Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts, Baden-Baden, 1993, S. 177; *Walter, Christian*, Geschichte und Entwicklung der Europäischen Grundrechte und Grundfreiheiten, in: Ehlers, Dirk (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 3. Aufl., Berlin, 2009; *Wegmann, Milène*, Früher Neoliberalismus und europäische Integration, Baden-Baden, 2002.

### A. Sektorales Wirtschaftsrecht: Ausgangspunkte und Entstehungsabläufe

#### I. Wirtschaft: Ökonomie als Kern des Integrationsprojekts

##### 1. Ökonomische Integration als funktionalistische Konsequenz

- 1 Europäische Integration ist vor allem ökonomische Integration. Dieser Befund gilt auch im frühen 21. Jahrhundert, über 60 Jahre nach den ersten politischen und rechtswirksamen Integrationsschritten. Ohne Grundfreiheiten (mit Rechtsangleichung) und Wettbewerbsrecht, ohne die (zunächst) überwiegend wirtschaftlich geprägten sog. „begleitenden“ Politiken wäre nicht ansatzweise der heute erreichte Integrationsstand erzielt worden. Auch die zentrale Krise der laufenden Dekade ist eine wirtschaftliche: Strukturschwächen und Überschuldung in fast allen Mitgliedstaaten reichen heute so weit, dass für viele das gesamte Integrationsprojekt in Frage zu stehen scheint.
- 2 Die Präponderanz des Ökonomischen ist bekanntermaßen **Konsequenz des funktionalistischen Integrationsansatzes** insbesondere in den 1950er Jahren, aber auch darüber hinaus.<sup>1</sup> In der Frühphase konnte der Schwung der politischen Integrationsutopien nicht in eine enge politische Integration umgesetzt werden: Der hierfür gegebene Anstoß durch *Churchills* Züricher Rede und die Haager Konferenz mündete zwar in die Gründung des Europarates, doch verhinderte das Scheitern der Europäischen Verteidigungsgemeinschaft (EVG) die weitergehende Gründung einer Europäischen Politischen Gemeinschaft (EPG) – der Bundesstaat musste unvollendet bleiben.<sup>2</sup> Allein die wirtschaftliche Verbindung Frankreichs und Deutschlands gemeinsam mit Italien und den Benelux-Staaten, zunächst bezogen auf die zentralen ökonomischen Güter der Zeit in der Montanunion und später in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG), gelang. Historisch betrachtet ist die Realisierung der Wirtschaftsgemeinschaft für die Wohlfahrt in Europa kaum zu unterschätzen, und die funktionalistische Verengung auf das Wirtschaftliche – in Erwartung politischer *spill-over*-Effekte – bringt auch den Zeitgeist zum Ausdruck, der Frieden und Wohlstand vor demokratische politische Gestaltung stellte. Auch später wird die wirtschaftliche Vereinigung der politischen Verbindung vorangestellt, namentlich bei der Begründung der Europäischen Währungsunion.
- 3 In dieser integrationshistorischen Ausgangslage ist für die rechtliche Betrachtung die Identifikation der wirtschaftsrechtlichen Grundkoordinaten zentral. **Materielles Europarecht ist im Wesentlichen Wirtschaftsrecht** – ist vor allem Marktrecht.<sup>3</sup> Erkenntnisse über das Wirtschaftsrecht einzelner Sektoren der europäischen Ökonomie haben daher Rückwirkungen auf die Struktur des europäischen Wirtschaftsrechts und das Europarecht insge-

1 Illustrativ *Majone*, S. 72 ff.

2 Ausf. *Schulz-Forberg/Sträth*, S. 21 ff.

3 Grundlegend *Müller-Graff*, S. 246 ff.

samt. Sie müssen sich umgekehrt in den (verfassungs-)theoretischen Rahmen des europäischen Wirtschaftsrechts einordnen lassen können.

## 2. Ökonomische Integration und Ökonomische Theorie: Zur besonderen Rolle des Ordoliberalismus

Keinesfalls unerforscht ist auch die Frage, ob es ein geschlossenes wirtschaftspolitisches Konzept der europäischen Integration gibt und welcher Denkschule, Denkrichtung oder gar Ideologie es sich zuordnen ließe. Besonders intensiv ist die Diskussion um die Bedeutung der deutschen ordo- oder neoliberalen (Freiburger) Schule. Die Analyse dieser Diskussion ergibt ein interessantes Bild:

Einerseits lässt sich der Einfluss der Schule auf die Vertragsinhalte in den jeweiligen Verhandlungsprozessen empirisch kaum belegen. Zu groß war die Ablehnung des Integrationsprojekts unter prominenten Neoliberalen,<sup>4</sup> zu schwach die Position Nachkriegswestdeutschlands in der Durchsetzung des eigenen wirtschaftspolitischen Konzepts (soziale Marktwirtschaft) gegenüber einer starken etatistischen Grundströmung in Europa.<sup>5</sup>

Andererseits ist das Verhandlungsergebnis (Römische Verträge) mit den Ideen der ordoliberalen Schule in hohem Maße kompatibel: Die Gewährleistung wirtschaftlicher Freiheit für den transnationalen Waren-, Personen-, Kapital- und Dienstleistungsverkehr (Grundfreiheiten) ebenso wie die Bekämpfung privater Machtansammlung und unternehmerischen Machtmissbrauchs (Wettbewerbsrecht) liest sich geradezu als Implementierung des deutschen Ordnungsrechtsgedankens.

Ein ähnlicher Befund lässt sich für die europäische Währungsunion erkennen: Einerseits von vielen (wohl der Mehrzahl) ordnungspolitisch denkender Ökonomen zu Beginn abgelehnt (→ Rn. 18), setzt die Währungsunion ursprünglich auf die disziplinierenden Kräfte des Marktes, um die Defizitaufnahme der Mitgliedstaaten zu disziplinieren und realisiert damit letztlich im Kern *Friedrich von Hayeks* Modell des Vorrangs der Wissensgenerierung im Wettbewerb.

Man mag diese Befunde in kritischer Absicht erheben – ob aus der Sicht des Ordoliberalismus mit Bezug auf die Währungsunion oder aus der sozialpolitischen Perspektive hinsichtlich der sozialen Folgen der Wirtschaftsgemeinschaft: Sie geben jeweils in einer **nachvollziehbaren Nachrationalisierung** (*Christian Joerges*) wirtschafts- und rechtshistorischer Prozesse ein treffendes Bild.<sup>6</sup> Durch die Zuordnung zur ordoliberalen Theorie wird gleichzeitig dem europäischen Wirtschaftsrecht, ja dem Europarecht insgesamt, eine eindeutige Funktion zugewiesen. Klare (wirtschafts-)rechtliche Regeln steuern den ökonomischen Prozess in freien Märkten, wodurch es zu einer optimalen Ressourcenallokation und zu größtmöglicher Wohlfahrt kommen soll. Empirisch lässt sich diese Wohlfahrtssteigerung im internationalen Maßstab kaum bestreiten;<sup>7</sup> eine andere Frage ist die Kompatibilität mit bestimmten Vorstellungen von Demokratie und des Sozialen (dazu → Rn. 24 ff.). Sektorales Wirtschaftsrecht muss daher auch in der Zuordnung zur – mit Recht – dominierenden wirtschaftlichen Integrationstheorie gesehen werden.

4 Ausführlich zur Entstehung einer integrationskritischen Linie *Wegmann*, S. 297 ff.

5 *Majone*, S. 128 f.

6 *Joerges* KJ 2010, 395 (399). Grundlegend auch die vorangehenden Schriften *Joerges*, What is Left of the European Economic Constitution, EUJ Working Paper Law No. 2004/13, S. 9 ff.; *ders.* in LA Schmidt, S. 188, 192 ff.; *ders.* in *ders./Singh Galeigh* (Hrsg.), Darker Legacies of Law in Europe, 2003, S. 167, 187. S. auch die umfassende, differenzierte historische Bewertung bei *Abelsbauser*, Deutsche Wirtschaftsgeschichte, 2. Aufl., München 2011, S. 213 ff.

7 Kritisch allerdings *Majone*, S. 81 ff., wenngleich nicht auf umfassender empirischer Basis.

## 3. Ökonomische Integration, nationale Divergenzen und europäische Kompromisse

### a) Grundfreiheiten und Rechtsangleichung

- 9 Die wirtschaftsverfassungsrechtliche Bedeutung der Grundfreiheiten kann insoweit kaum überschätzt werden. In der Gründungsphase wurde ihr integrativer Effekt wahrscheinlich nur begrenzt erfasst, ihre wohlfahrtssteigernde Wirkung nicht einmal erahnt und ihr Potenzial zur Umgestaltung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen schlicht verkannt. Nicht anders ist es zu erklären, dass die Mitgliedstaaten die historisch in bi- und multilateralen Handelsabkommen (zuletzt zusammengeführt im GATT 1947) wurzelnden Normen zu ihren Gunsten nicht anders abschirmten als durch Vorbehaltsregelungen, die Art. XX GATT 1947 nachempfunden waren:<sup>8</sup> Die Effekte der Grundfreiheiten – Integration, Wohlfahrt, Rechtsumbildung – konnten sie auch nur infolge der Dynamisierung durch die Rechtsprechung des EuGH entfalten, der ihnen erstens individualrechtliche Wirkung zuerkannte und zweitens ihren über Diskriminierungsverbote hinausgehenden Gehalt als Beschränkungsverbote herausarbeitete<sup>9</sup> (s. *Wollenschläger* in Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), *Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht* (EnzEuR Bd. 1) → Bd. 1 § 13 Rn. 1).
- 10 Sektorales Wirtschaftsrecht erfasst und systematisiert zunächst diese grundfreiheitsrechtlichen Gehalte. Darüber hinaus enthält es das durch Rechtsangleichung im Wirkungsbereich der Grundfreiheiten entstehende Sekundärrecht. Weil den Mitgliedstaaten über die geschriebenen und ungeschriebenen Vorbehalte zu den Grundfreiheiten die Möglichkeit zu deren verhältnismäßiger Beschränkung belassen ist, kann der durch die Grundfreiheiten geschaffene Binnenmarkt nur unvollkommen sein.<sup>10</sup> Harmonisierung ist durch Rechtsangleichung auf der Grundlage der dafür vorhandenen Kompetenznormen im AEUV zu leisten. Auf dieser Basis bildet sich sektoriales Wirtschaftsrecht in den Sektoren Freie Berufe (s. *Storr* → § 2 Rn. 29 ff.), Recht des Handwerks (s. *Ruthig* → § 3 Rn. 14 ff.), Telekommunikationsrecht (s. *Kühling* → § 4 Rn. 16 f.), Lebensmittelrecht (s. *Gundel* → § 8 Rn. 1) sowie Finanzmarktrecht (s. *Ohler* → § 10 Rn. 47 ff., 61 ff.) heraus.
- 11 Wenngleich in neuerer Zeit etwas abgeschwächt, ist die vor allem zu Beginn des Jahrtausends geführte Debatte zur kompetenz-, demokratie- und politikbezogenen Wirkung der Grundfreiheiten noch präsent. Aus unterschiedlichen Richtungen ist Kritik daran formuliert worden, dass die Grundfreiheiten mitgliedstaatliche Regelungsspielräume verengten, den hierfür demokratisch legitimierten nationalen, parlamentarischen Gesetzgebern politische Gestaltungsfreiräume nähmen und wichtige Gemeinwohlbelange, vor allem solche sozialer Natur vernachlässigten. In der Methode hat sich diese Kritik sehr unterschiedlich positioniert, teils als offen rechtspolitische Kritik auf der vorgenannten Linie, teils als rechtsdogmatische Kritik an der Umdeutung der Grundfreiheiten von Diskriminierungsverböten für den transnationalen Güterausaustausch zu grundrechtsähnlichen Beschränkungsnormen mit unbegrenzten Liberalisierungseffekten.<sup>11</sup>
- 12 Die Rechtsprechung des EuGH hat auf die Kritik **kasuistisch**-tastend, teilweise konsequent, teilweise mit überraschender Anpassung an kritische Stimmen reagiert. Die Forderung nach Rücknahme der Beschränkungsverböte und Konzentration auf Diskriminierungsverböte wurde eine explizite Absage erteilt.<sup>12</sup> In der Gegenüberstellung von Grundfreiheiten und sozialen Rechten (konkret: Streikrecht) ist der Gerichtshof dem überkom-

8 S. allgemein zur Geschichte der Grundfreiheiten *Pfeil*.

9 *Walter* in Ehlers § 1 Rn. 43. Die in neuerer Zeit erfolgte weitere Dynamisierung durch die Unionsbürgerschaft sowie die Drittwirkung der Grundfreiheiten sind im vorliegenden Kontext zurückzustellen.

10 Klassisch: *Steindorff* ZHR 158 (1994), 149.

11 Rechtsdogmatische Kritik: *Poiarés Maduro*; *Kingreen*, S. 120 ff.; *Mühl*, Diskriminierung und Beschränkung, 2004, S. 62 ff. Überblick über die rechtspolitische Kritik bei *Ruffert* in Fehling/ders. § 3 Rn. 30 ff.

12 EuGH 14.9.2006 – verb. Rs. C-158 und 159/04, Slg 2006, I-8135 – Alfa Vita.

menen Muster der Abwägung nach Gesichtspunkten der Verhältnismäßigkeit gefolgt, was ihm vor allem rechtspolitische Kritik eingebracht hat, aber auch in rechtsdogmatischer Hinsicht nicht vollständig gelungen ist.<sup>13</sup> Punktuell ist der Gerichtshof geradezu „eingeknickt“ und hat völlig unerwartet mitgliedstaatliche Gestaltungsspielräume anerkannt.<sup>14</sup> Neuere Rechtsprechung, namentlich zur Preisbildung im Arzneimittelsektor, erreicht wieder die erwünschte liberalisierende Wirkung (s. dazu *Janda* → § 9 Rn. 137).

Die rechtsprechungsgestützte Integration auf der Basis der Grundfreiheiten erreicht in diesen rechtspolitischen Konfliktfeldern ihre Leistungsgrenzen. Man muss nicht der verdeckt polemischen Entgegensetzung von „negativer Integration“ durch Regelungsabbau und „positiver Integration“ durch sozialpolitische Gestaltung folgen,<sup>15</sup> wenn man die besondere Bedeutung supranational verantworteten, harmonisierten – sektoralen – Wirtschaftsrechts für die Konfliktlösung betont. Wo die Harmonisierung nicht erfolgt, bleibt der Rationalisierungsdruck der Grundfreiheiten auf die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen erhalten. Berechtigte Gemeinwohlbelange können in die Rechtsprechung durchaus integriert werden, wie dies im Umweltschutz seit Jahrzehnten praktiziert wird. Dass sozialpolitische Gestaltung hier keinen Raum finden könnte, ist mehr (teils an Einzelfällen exemplifizierte und illustrierte) Behauptung denn empirisch zu sichernde Erkenntnis.

#### b) Wettbewerbsrecht

Im Wettbewerbsrecht waren die Mitgliedstaaten von Beginn an aufmerksamer in der Wahrnehmung des Liberalisierungs- und Umgestaltungspotenzials. Art. 90 Abs. 1 EWGV (später Art. 86 Abs. 1 EGV, heute Art. 106 Abs. 1 AEUV), der auch die öffentlichen Unternehmen auf das Wettbewerbsrecht (und – ohne durchgreifende Bedeutung – das Verbot der Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit) verpflichtet, wurde von Anfang an durch Abs. 2 ergänzt, um die **französischen *service-public*-Vorstellungen** im gemeinschaftlichen Wettbewerbsrecht zur Geltung zu bringen.<sup>16</sup> Diese Vorstellungen haben mit dem Vertrag von Amsterdam durch Art. 7 d EGV (später Art. 16 EGV, jetzt Art. 14 AEUV) weiteren Schub erfahren. Art. 222 EWGV (später Art. 295 EGV, jetzt Art. 345 AEUV) ist insoweit bedeutungslos geblieben.<sup>17</sup>

Dem EuGH ist es bisher gelungen, die beiden Absätze in Art. 106 AEUV (und den Vorläufernormen) weitgehend auszutarieren, wenn auch von der ursprünglichen Stoßkraft des Abs. 1 nach der Corbeau-Rechtsprechung, der Umdeutung des Tatbestandsmerkmals „verhindert“ in „gefährdet“ (Abs. 2 S. 1 aE) und dem „Durcheinander“ infolge der Altmark-Trans-Rechtsprechung und dem Monti-Paket mit seinen Überarbeitungen wenig übriggeblieben ist (zu diesen Entwicklungen *Koenig/Hellstern* in Müller-Graff (Hrsg.), Europäisches Binnenmarkt- und Wirtschaftsordnungsrecht (EnzEuR Bd. 4) → Bd. 4 § 14) und weitere Erosionen dadurch drohen, dass – entgegen der Rechtsprechung des EuGH –

13 Ausführliche dogmatisch-kritische Analyse bei *Krebber* RdA 2009, 224. Rechtspolitisch statt vieler *Joerges/Rödl*, Von der Entformalisierung europäischer Politik und dem Formalismus europäischer Rechtsprechung im Umgang mit dem „sozialen Defizit“ des Integrationsprojekts, ZERP-Diskussionspapier 2/2008.

14 Paradigmatisch EuGH 19.5.2009 – verb. Rs. C-171/07 und C-172/07, Slg 2009, I-4171 – Doc Morris II; dazu die kritischen Anmerkungen von *Eichenhofer* MedR 2009, 597; *Fuchs*, Anmerkung, JZ 2009, 793; *Herrmann* EuZW 2009, 413; *Martini* NJW 2009, 2116, und *Streinz* JuS 2009, 1034.

15 Besonders prominent vertreten von *Scharpf* JCMS 40 (2002), 645. Die kritisierte suggestive Verwendung des Begriffspaares positive/negative Integration übersieht, dass es im Ursprung insoweit neutral ist, vgl. *Tinbergen*, Centralization and Decentralization in Economic Policy, 1954, S. 74 f. (noch unter dem Begriff der positive/negative centralization); *ders.*, Economic Policy: Principles and Design, 1956, S. 178; näher *Mussler*, S. 62 f. Hierzu bereits *Ruffert* AöR 134 (2009), 197 (215 f., Fn. 80 aE).

16 S. nur *Löwenberg*, Service Public und öffentliche Dienstleistungen in Europa, 2001, S. 127.

17 Zur Übersicht über die im Text skizzierten Entwicklungen *Ruffert* in Fehling/*ders.* § 3 Rn. 67 ff. mwN.

nicht nachgelassen wird, einen *more economic approach* zur Aufweichung der strikten Wettbewerbskontrolle in das Unionsrecht zu tragen.<sup>18</sup> Für das sektorale Wirtschaftsrecht ist vor allem bedeutsam, wie Art. 106 Abs. 3 AEUV in diesem Kontext als Kompetenznorm zum Tragen kommt, namentlich im Telekommunikationssektor (s. *Kühling* → § 4 Rn. 16).

- 16 Im wettbewerbsbezogenen sektoralen Wirtschaftsrecht ist schließlich die Vorbild- und Ausstrahlungswirkung des allgemeinen Wettbewerbsrechts bedeutsam. Etablierte methodische Figuren wie die Marktabgrenzung und Marktdefinition (für das Telekommunikationsrecht *Kühling* → § 4 Rn. 41 ff.) können ihm entlehnt werden, wobei gleichzeitig durch sektorspezifisches (Regulierungs-, → Rn. 58) Recht Insuffizienzen des allgemeinen Wettbewerbsrechts kompensiert werden können (s. *Kühling* → § 4 Rn. 52, 92). Teilweise sind sektorales Wirtschaftsrecht und allgemeines Wettbewerbsrecht miteinander verzahnt, so in Teilen des Energierechts (s. *Ludwigs* → § 5 Rn. 117 ff.), im Bereich des Transportrechts (s. *Knauff* → § 6 Rn. 107 ff.) sowie im Arzneimittelrecht (Zulässigkeitsfragen von Parallelimporten, s. *Janda* → § 9 Rn. 103 ff.); allein im Agrarrecht ist das Wettbewerbsrecht praktisch vollständig ausgeschaltet (s. *Härtel* → § 7 Rn. 91 ff.).

### c) Europäische Wirtschafts- und Währungsunion

- 17 Durch die Weltfinanzkrise und die sich daran anschließende, nur partiell kausal mit ihr verknüpfte europäische Schuldenkrise ist die Europäische Wirtschafts- und Währungsunion als dritter Bestandteil neben Binnenmarkt und Wettbewerbsrecht verstärkt in das (fach-)öffentliche Bewusstsein gerückt. Die Krisenerscheinungen bergen durchaus das Potenzial, Integrationserfolge nicht nur im europäischen Wirtschaftsrecht erheblich zu gefährden. Andererseits sind der EU in der Krisenreaktion bemerkenswerte Erfolge gelungen, namentlich die Errichtung eines Bankenaufsichts- und -abwicklungsregimes binnen kurzer Zeit (*Ohler* → § 10 Rn. 137 ff.).
- 18 Der EWWU mit der Euro-Einführung ist in den frühen 1990er-Jahren von einer Vielzahl von Ökonomen heftiger Widerstand entgegengesetzt worden. Gerade die ordoliberalen Strömung, deren Konzepte für die Frühphase der europäischen Integration so bedeutsam waren (→ Rn. 4 ff.), wandte sich dagegen, weil durch die gemeinsame Währung der Wettbewerb um die beste Wirtschaftspolitik ausgehebelt würde.<sup>19</sup> Verstärkt wurde die Kritik dadurch, dass nach der wirtschaftswissenschaftlichen Lehre von der „optimalen Währungsunion“ deren Bedingungen in der seinerzeitigen Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft als nicht erfüllt angesehen worden waren.<sup>20</sup> Das Auseinanderfallen von Währungsunion und wirtschaftspolitischer Gemeinschaft ist argumentativer Generalbass in der Diskussion zur Schuldenkrise.<sup>21</sup> – unabhängig von der Tragfähigkeit der Argumentation im Einzelnen.<sup>22</sup>
- 19 Dabei darf nicht übersehen werden, dass es zur Realisierung der Währungsunion handfeste ökonomische Argumente gab und gibt. Schon zu Beginn der wirtschaftlichen Integrationsbemühungen sind Überlegungen über die Vereinigung in Währungsfragen angestrengt worden. Im *Werner-Plan* und *Delors-Bericht*<sup>23</sup> wurden diese inhaltlich vertieft, im Europäischen Wechselkursverbund („Währungsschlange“) und Europäischen Währungssystem

18 Aus der weit überwiegend kritischen Literatur s. nur *Kersten* VVDStRL 69 (2010), 288 (297 ff. mwN).

19 Auf verfassungsjuristischer Seite steht *pars pro toto* das Verfahren, das zur Entscheidung BVerfGE 97, 350, geführt hat.

20 Referiert bei *Oppermann/Classen/Nettesheim* EuropaR § 19 Rn. 6.

21 Statt aller s. *Calliess* VVDStRL 71 (2012), 113 (167).

22 Grundlegend *Brunnermeier/James/Landau*, *The Euro and the Battle of Ideas*, 2016.

23 Zur Übersicht über die Entwicklungsschritte s. nur *Louis*, *Du système monétaire européen à l'union monétaire*, 2. Aufl., 1990.

(EWS) in praktische politische Schritte umgesetzt<sup>24</sup> (s. auch *Selmayr* in Müller-Graff (Hrsg.), Europäisches Binnenmarkt- und Wirtschaftsordnungsrecht (EnzEuR Bd. 4), 1. Aufl., § 23). Hinter diesen Plänen und Schritten steht die Erkenntnis um wirtschaftliche Vorteile einer gemeinsamen Währung im Binnenmarkt, namentlich die Reduzierung von Transaktionskosten, der Wegfall des Wechselkursrisikos im Binnenhandel sowie Effizienzsteigerung durch Preistransparenz. Der praktische Bedarf an einer Neuordnung des Währungswesens nach dem Ende des Systems von Bretton Woods sowie die handfesten Schwierigkeiten im europäischen Währungssystem in den frühen 1990er-Jahren unterstreichen diese Erkenntnisse.<sup>25</sup> Hinzu tritt der Gedanke der gefestigten Außenwahrnehmung der EU durch Aufbau des Euro zur zweiten Weltleitwährung. Natürlich sind alle diese ökonomischen Argumente nicht unumstritten – im Gegenteil. Insbesondere die Nachteile eines einheitlichen Leitzinses für ein uneinheitliches Gefüge von Volkswirtschaften lassen sich nur schwer bewältigen.<sup>26</sup> Aus der Sicht der Rechtswissenschaft, die den verfassungsrechtlich legitimierten politischen Akteuren stets Einschätzungs- und Entscheidungsspielräume zu gewähren bereit ist, sind die Argumente für die gemeinsame Währung jedoch nicht so fernliegend, dass man von einer Überschreitung jener Spielräume durch Fehleinschätzungen oder gar sachfremde Überlegungen sprechen müsste. Und in der Tat: Nach ungefähr zehn Jahren Staatsschuldenkrise ist die Forderung nach Abschaffung der gemeinsamen Währung weiter eine randständige Position.

Hinzu kommt, dass die im Vertrag von Maastricht verankerte Währungsunion als Stabilitätsunion ausgestaltet ist, die Stabilität durch Wettbewerbsdruck auslösen soll. Mehrere im Vertrag von Maastricht vereinbarte Vorschriften sollen dadurch Haushaltsdisziplin und in der Folge Preisstabilität herstellen, dass die Mitgliedstaaten verpflichtet werden, sich auf den Kapitalmärkten zu dortigen Marktkonditionen zu finanzieren – zu nennen sind vor allem das „Bail-out-Verbot“, aber auch weitere Verbote der bevorzugten Kreditgewährung an Mitgliedstaaten sowie das Verbot der monetären Staatsfinanzierung.<sup>27</sup> Der EuGH hat dieses Stabilitätskonzept in seinem grundlegenden Pringle-Urteil ausdrücklich als solches ausgewiesen.<sup>28</sup> Es ist durch das Defizitverfahren sowie dessen weitere Unterfütterung im Stabilitäts- und Wachstumspakt ausgebaut worden. Zumindest insoweit kann hinterfragt werden, ob der EU wirklich eine gemeinsame wirtschaftspolitische Ausrichtung fehlte, wie dies häufig behauptet wird.

Offensichtlich war das Modell der Stabilitätsunion aber nicht so stark politisch verankert, dass es sich in der Krise vollständig halten lassen. Die Aufweichung in den Defizitverfahren gegen Deutschland und Frankreich ist insoweit ein wirtschaftsverfassungsrechtliches Schlüsselereignis<sup>29</sup> (*Selmayr* in Müller-Graff (Hrsg.), Europäisches Binnenmarkt- und Wirtschaftsordnungsrecht (EnzEuR Bd. 4, 1. Aufl.) § 23). Auch Anfang 2010 konnte die Bundesregierung dem politischen Druck zur Errichtung der ursprünglich vertragswidrigen<sup>30</sup> Rettungsschirme (zunächst Griechenland, sodann EFSM und vor allem EFSF) nur wenige Wochen standhalten. Inzwischen ist die EWWU umfassend reformiert worden.

24 Überblick: *Oppermann/Classen/Nettesheim* EuropaR § 19 Rn. 10 ff.

25 Zum Ganzen *Streinz* EuR Rn. 1080 ff.

26 Statt aller s. nur *Enderlein* APuZ 43/2010, 7.

27 Vgl. *Ruffert* CMLRev. 48 (2011), 1777 (1785 f.).

28 EuGH 27.11.2012 – C-370/12, ECLI:EU:C:2012:756 Rn. 135 – Pringle.

29 Differenzierend im Anschluss an EuGH 13.7.2004 – C-27/04, Slg 2004, I-6679 – Kommission/Rat; *Calliess/Ruffert/Häde* EUV/AEUV Art. 126 Rn. 106 ff.

30 Paradigmatisch der berühmte Ausspruch der seinerzeitigen französischen Finanzministerin *Christine Lagarde*: „We violated all the rules because we wanted to close ranks and really rescue the euro zone.“ (abrufbar unter: <http://www.reuters.com/article/2010/12/18/us-france-lagarde-idUSTRE6BH0V020101218>).

Der Rettungsschirm ESM hat in Art. 136 Abs. 3 AEUV (nach Vertragsänderung) eine primärrechtliche Grundlage gefunden.<sup>31</sup>

- 22 Weitere Reformen gestalten sich indes als schwierig. Der EZB gelingt es nicht, dem übermäßigen Druck der verschuldeten Mitgliedstaaten – zu denen auch die vermeintlich stabilen des „Nordens“ gehören – standzuhalten und eine Geldpolitik zu betreiben, die in den Staaten Reformnotwendigkeiten aktiviert. Der Leitzins wirkt als Steuerungsinstrument praktisch nicht mehr; Anleihekaufprogramme geraten an ihre Grenzen. Der EuGH hat dieser Politik zunächst Grenzen gesetzt, scheut sich aber, monetäre Staatsfinanzierung als solche zu identifizieren.<sup>32</sup> Die Reformansätze der Kommission für die EWWU<sup>33</sup> waren überambitioniert und einseitig. Weder für einen Europäischen Währungsfonds mit Aufnahmefunktion für die Bankenunion noch für einen größer dimensionierten Eurozonenhaushalt gibt es dort politische Mehrheiten, wo solche Ideen finanziert werden sollen. Hatte das Stabilitätsziel in der Krise – nicht zuletzt auf deutsche Initiative – durch den Fiskalpak Auftrieb erhalten, ist es heute als gemeinschaftliches Ziel kaum sichtbar. Insofern wird Idee, über eine gemeinsame Währung europäische Identität zu stiften und erneut funktionalistisch auf einen *spill over*-Effekt zu setzen, heute besonders stark herausgefordert. Die EU wird aus der Krise nur dann als gestärkter politischer Verband hervorgehen, wenn sich die Erkenntnis durchsetzt, dass gegen wirtschaftswissenschaftliche Gesetzmäßigkeiten keine Wirtschaftspolitik betrieben werden kann. Dann aber bezeichnet das Schlagwort „Mehr Europa“ ein Zukunftsmodell.
- 23 Politische Schlagworte inspirieren die rechtswissenschaftliche Analyse nur bedingt und tragen sie nicht weit. Generell ist in der Schuldenkrise (wie zuvor in der Finanzkrise) ein blinder Fleck der (Europa-)Rechtswissenschaft erkennbar geworden. Fragen von Geld und Währung gehörten nicht zu ihren Kern-Forschungsanliegen. Neben den akuten integrationsverfassungsrechtlichen Fragen (*Hufeld* in Müller-Graff (Hrsg.), *Europäisches Binnenmarkt- und Wirtschaftsordnungsrecht* (EnzEuR Bd. 4) → Bd. 4 § 24 und *Manger-Nestler* in Müller-Graff (Hrsg.), *Europäisches Binnenmarkt- und Wirtschaftsordnungsrecht* (EnzEuR Bd. 4) → Bd. 4 § 25 muss es einerseits darum gehen, Grenzen der Steuerung durch Recht herauszuarbeiten (→ Rn. 52 ff.). Im sektoralen europäischen Wirtschaftsrecht sind es die Themengebiete der Finanzmarktaufsicht einschließlich der Versicherungsaufsicht, in denen die Sicherung der Wirtschafts- und Währungsunion eingebunden ist. Es darf nicht übersehen werden, dass hier Fundamente für eine sichere Wirtschafts- und Währungsunion zu legen sind, auf denen die größeren integrationspolitischen Linien aufbauen können.

### d) Marktfremde Einschnitte

- 24 Im sektoralen Wirtschaftsrecht finden sich schließlich auch Bereiche, in denen von Anfang an Marktmechanismen aus dem Integrationskonzept ausgeblendet wurden. An die Stelle der wirtschaftswissenschaftlich inspirierten, marktorientierten Wirtschaftsintegration treten planwirtschaftliche Elemente infolge politischer Kompromisse. In erster Linie gehört hierzu die Gemeinsame Agrarpolitik (GAP), die sich in der Entstehung der französischen

---

31 Beschluss (2011/199/EU) des Europäischen Rates vom 25.3.2011 zur Änderung des Art. 136 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union hinsichtlich eines Stabilitätsmechanismus für die Mitgliedstaaten, deren Währung der Euro ist, ABl.EU 2011 L 91/1, in Kraft seit 1.5.2013.

32 Zunächst EuGH 16.6.2015 – C-62/14, ECLI:EU:C:2015:400 – Gauweiler – OMT. Nummehr aber EuGH 11.12.2018 – C-493/17, ECLI:EU:C:2018:1000 – Weiss ua.

33 Zusammengefasst im sog „Nikolauspaker“ v. 6.12.2017: Mitteilung der Kommission, Weitere Schritte zur Vollendung der Wirtschafts- und Währungsunion Europas: Ein Fahrplan, Dok. KOM(2017) 821 endg. (dort mit Erörterung der Vorschläge für Rechtsakte vom gleichen Tag); begrenztes Ergebnis: Erklärung des Euro-Gipfels v. 14.12.2018, Dok. EURO503/18.

Forderung nach einem Gegengewicht zur Stärkung der deutschen Industriewirtschaft infolge des Gemeinsamen Marktes verdankt, sodann aber aufgrund vielfältiger grenzüberschreitender Beharrungsinteressen im Kern aufrechterhalten, jedoch mit der Zeit immer weiter reformiert wurde (s. *Härtel* → § 7 Rn. 37 ff.). Genannt wurden ferner bereits die wettbewerbsdurchbrechenden Elemente im europäischen Wettbewerbsrecht (→ Rn. 14 ff.).

#### 4. Öffnungen, Weiterentwicklungen und Kritik

##### a) *Wirtschaftsunion und politische Union*

Das Ringen um eine Stabilisierung des Europäischen Verfassungsrechts in den vergangenen gut 20 Jahren ist inhaltlich facettenreich. Die Reformbemühungen in den Vertragsreformen von Maastricht, Amsterdam und Nizza bis hin zum Verfassungsgebungsprozess, der in den Reformvertrag von Lissabon mündete, können auch als Auseinandersetzung um die Strukturierung des in den 1950er-Jahren erstrebten *spill-over*-Effekts gelesen werden. Der politische Koordinierungs- und Strukturierungsbedarf infolge der Herstellung des Binnenmarktes ist so groß, dass die politische Einheit in den Mittelpunkt rückt. Diese Bedarfe nachhaltig zu befriedigen, ohne sich an der Grenze zur Staatlichkeit in fruchtlosen Diskussionen um Souveränität und Identität aufzureiben, ist Kernaufgabe der modernen Europarechtswissenschaft. 25

Die Sorge um die politische Union darf dabei nicht über die Erfolge wirtschaftlicher Integration hinwegtäuschen. Hinter der ökonomischen Faktormobilität im Binnenmarkt stehen greifbare Verbindungen zwischen wirtschaftlichen Akteuren und damit letztlich Unionsbürgern. Grenzüberschreitendes Wirtschaften ist Freiheitsverwirklichung unter Überwindung von Schranken, die vielfach nur in Traditionen und Interessenverkrustungen ihren Rückhalt haben. Es ist Aufgabe des Europarechts, Instrumente für die Gemeinwohlsicherung in diesem freiheitlichen Rahmen zur Verfügung zu stellen. Das sektorale europäische Wirtschaftsrecht leistet dies durch eine instrumentelle und institutionelle Vielfalt, die eher nach Ordnung und Strukturierung ruft als nach unspezifischer Ergänzung und Vertiefung. 26

##### b) *Von der Philippika auf den Ordoliberalismus zur Kapitalismuskritik?*

Dass die Realisierung eines derart freiheitlichen Rahmens Kritik auf den Plan ruft, nimmt nicht wunder. Auch wenn die europäische Integration nirgends als Nullsummenspiel verstanden wird, wähen sich manche Interessen auf der Verliererseite. Einer der schärfsten Beobachter des europäischen Wirtschaftsverfassungsrechts der letzten Jahre, *Christian Joerges*, sieht sich sogar zu einer Philippika auf den Ordoliberalismus veranlasst.<sup>34</sup> Anderenorts – nicht nur, aber vor allem außerhalb der Rechtswissenschaft – macht sich eine plumpe „Kapitalismuskritik“ breit. 27

Während Letztere angesichts der konzeptionellen Bedeutungslosigkeit der Kapitalismus-Sozialismus-Dichotomie für das europäische Wirtschaftsrechts sowie angesichts ihrer stupenden Uninformiertheit über grundlegende Zusammenhänge des Integrationsrechts gestrost vernachlässigt werden kann, verdienen die konkreten Defizite, die sich in der spezifischen strukturellen Verkopplung von Politik, Wirtschaft und Recht in der europäischen Wirtschaftsverfassung zeigen, durchaus nähere Beachtung. Ihre Untersuchung führt unmittelbar zur Idee des Wirtschaftsrechts und ihren Grenzen. 28

34 *Joerges* KJ 2010, 395.

## II. Recht: Wirtschaftsrecht als Rechtsgebiet

### 1. Idee und Wirklichkeit des Wirtschaftsrechts

- 29 Die Verknüpfung spezifisch wirtschaftsbezogener Gehalte im „Wirtschaftsrecht“ ist eine deutsche Erfindung. Seit *Heinrich Lehmanns* „Industrierecht“ von 1913<sup>35</sup> haben sich die Ansätze verstetigt, den wirtschaftsorientierten Rechtsstoff zusammenzuführen und zu systematisieren.<sup>36</sup> Nach den Systematisierungsleistungen der Weimarer Zeit erreicht die Idee des Wirtschaftsrechts eine ihrer intensivsten Phasen in der Frühzeit der Bundesrepublik.<sup>37</sup> Alle weiteren Entwicklungen des Gebiets knüpfen hier im Wesentlichen an, und zwar unter zwei leitenden Gesichtspunkten:
- 30 Erstens ist das Wirtschaftsrecht in der Bundesrepublik **untrennbar mit der ökonomischen Lehre des Ordoliberalismus verknüpft**. Wirtschaftsrecht zielt zuvörderst auf die Verwirklichung der gesamtwirtschaftlichen Ordnung ab.<sup>38</sup> Zentrales Anliegen ist die Steigerung ökonomisch-sozialer Wohlfahrt durch regelgeleitetes Wirtschaftsleben in den Bahnen des Wirtschaftsrechts. Hieraus ergibt sich ein spezifischer Begriff von „Wirtschaftsverfassung“ als Gesamtheit der im Wirtschaftsrecht zusammengeführten Grundprinzipien und -regeln, der auch insoweit maßstabbildend wirkt, als sich Einzelfragen und -regelungen am übergeordneten Ziel freiheitlich-marktlicher Wohlfahrtssteigerung messen lassen müssen.<sup>39</sup>
- 31 Zweitens sucht das Wirtschaftsrecht von Beginn an, die **Grenze zwischen Privatrecht und Öffentlichem Recht zu überwinden**, um die wirtschaftsbezogenen Prinzipien und Regeln sachgebietsorientiert aufzuarbeiten.<sup>40</sup> Dieser Denkansatz hat durch das europäische (und internationale) Wirtschaftsrecht besonderen Auftrieb erfahren, da sich die supranationale Ebene nicht am überkommenen „public-private-law-divide“<sup>41</sup> orientiert.
- 32 Eine Darstellung des sektoralen europäischen Wirtschaftsrechts kann sich des Systematisierungsanspruchs des „Wirtschaftsrechts“ bedienen und auf seiner Linie Grenzziehungen zwischen privatem und öffentlichem Recht dort überwinden, wo sie sachlich nicht angemessen sind. Sie kann entsprechend der ordoliberalen Nachrationalisierung der ökonomischen Integration ihren Ausgangspunkt im Marktrecht nehmen und Abweichungen mit ihren Sonderrationalitäten kennzeichnen und analysieren.

### 2. Grenzen rechtlicher Steuerung – Potenziale rechtswissenschaftlicher Überwindung

- 33 Ein realitätsnahes, modernes europäisches (sektorales) Wirtschaftsrecht muss auch die Grenzen (wirtschafts-)rechtlicher Steuerung im Blick behalten, wie sie auf der supranationalen Ebene der EU besonders augenfällig werden, weil hier Leistungsdefizite kaum durch überkommen-traditionale Regelungsstrukturen überdeckt werden können, wie dies partiell in staatlichen Rechtsordnungen gelingen mag. Zu unterscheiden sind soweit zwei Komplexe: interne und externe Leistungsgrenzen.
- 34 **Interne Leistungsgrenzen** entstehen vor allem durch Probleme der Rechtsetzungsqualität. Diese ist im Unionsrecht noch augenfälliger als im nationalen Recht. Dies liegt zum einen daran, dass supranationale Rechtsetzung stärker noch als innerstaatliche Gesetzgebung auf punktuelle Politikverwirklichungsansprüche reagiert. Deutlich wird dies schon in der

35 *Lehmann*, Grundlinien des deutschen Industrierechts in FS Zitelmann, 1913, S. 1 ff.

36 S. die Darstellung bei *Rittner/Dreher* § 1 mwN zur älteren Literatur. Früher Ansatz auch bei *Huber* § 1.

37 S. statt vieler die Darstellung bei *Badura*, Rn. 14.

38 *Rittner/Dreher* § 1 Rn. 45 ff.

39 Für die EU s. nur *Baquero Cruz*, S. 63 ff.

40 Besonderes deutlich *Rittner/Dreher* § 1 Rn. 54 ff. Anders wohl *Huber* § 2.

41 Rechtsvergleichend: *Ruffert* (Hrsg.), *The Public-Private Law Divide: Potential for Transformation?*, 2009.

Überschrift des einschlägigen Titels des AEUV – „Rechtsakte“ –, die an die traditionelle Maßnahmebefugnis Internationaler Organisationen anknüpft. Die Überprüfungsmechanismen der Europäischen Union im Vorfeld eines Rechtsakts – Subsidiaritätskontrolle, Impact Assessment<sup>42</sup> – beziehen sich auf außerrechtssystematische Faktoren (zB Effizienz, Wahrung mitgliedstaatlicher Handlungsspielräume), nicht auf die Wahrung einer inneren Systematik der Rechtsetzung. Kodifikation findet praktisch nicht statt. Die beachtliche *Better-Legislation*-Initiative der Kommission hat insoweit noch keine tiefgreifenden Ergebnisse gezeitigt.<sup>43</sup> Beispiel für diesen Gesichtspunkt innerer Leistungsgrenzen aus dem sektoralen Wirtschaftsrecht ist etwa die Komplexität des Telekommunikations- und Energieregulierungsrechts (s. *Kühling* → § 4 Rn. 1 ff. sowie *Ludwigs* → § 5 Rn. 1 ff.). Im Lebensmittelsektor soll das Evaluationsprogramm „REFIT“ der Deregulierung und Reduktion von Komplexität dienen (s. *Gundel* → § 8 Rn. 34).

Zum anderen ist der Verhandlungscharakter der Rechtsinhalte in der EU noch stärker ausgeprägt als im innerstaatlichen Recht. Nicht nur das Auffinden von Mehrheiten im Rat mit den berühmten Paketlösungen, auch die „trilogische“ Struktur des Miteinander von Kommission, Rat und Parlament führen dazu,<sup>44</sup> dass die systematische Konsistenz von Rechtsakten häufig hinter den Anforderungen zurückbleibt.

**Externe Leistungsgrenzen** knüpfen an den politischen Ursprung des supranational gesetzten Rechts und seiner Durchsetzung an. Im politischen Raum besteht wenig – und tendenziell abnehmende – Neigung, rechtliche Bindungen zu implementieren. Je geringer die Möglichkeiten zu Rechtskontrolle und Rechtsschutz, desto schwächer die Steuerungskraft des Rechts. Im Großen zeigt sich dies augenfällig in der Gestaltung der Instrumente zur „Euro-Rettung“: Zweifel an der Vereinbarkeit mit Grundregeln des europäischen Verfassungsrechts werden häufig durch politische Rationalitäten bzw. die Rationalitäten der am Finanzmarkt wirksamen Interessen überdeckt. Der Ausfall regulärer Kontrollmechanismen (Aufsichtsfunktion der Kommission, Kontrolle durch den EuGH) führt zur Herausbildung notwehrartiger Kontrollinstrumente, mit denen „Ausreißer eingefangen“, aber kein konsistent-systematisches Recht konstruiert werden kann. Auf punktuell-politische Rechtsumbildung folgt punktuell-politische richterliche Nothilfekontrolle. Der Aufbau der Verfassungsbeschwerde zur Popularklage gegen Übergriffe der supranationalen Ebene und intergouvernementalen Steuerung in die demokratisch verstandene Souveränitätssphäre Deutschlands, angeknüpft an Art. 1 Abs. 1, 38 Abs. 1, 79 Abs. 3 und 146 GG,<sup>45</sup> ist paradigmatisch für diese Erscheinung.

Auch im „Kleinen“ des sektoralen Wirtschaftsrechts werden jedoch Durchbrechungen sichtbar, so bei den Krisenpräventionsmechanismen der Finanzmarktaufsicht (s. *Ohler* → § 10 Rn. 129 ff.).

### III. Sektorenbildung: Wirtschaftssectoren und sektoriales Wirtschaftsrecht

Gleich in welcher Rechtsordnung sind Darstellungen des Wirtschaftsrechts und wirtschaftsrechtliche wissenschaftliche Analysen nur bedingt an normative Kategorisierungsvorgaben gebunden. Abstrakte Fragestellungen und Strukturen lassen sich gleichsam vor die Klammer ziehen, so dass Grundfragen der Wirtschaftsverfassung von solchen der

42 Dazu [http://ec.europa.eu/governance/impact/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/governance/impact/index_en.htm).

43 Zu ihr statt vieler *Schroeder* ZG 2016, 193.

44 Eindrücklich illustriert in BVerfG 9.11.2011, BVerfGE 129, 300 (333 f.) – 5 %-Klausel. Berechtigte Kritik bei *von Achenbach* Der Staat 55 (2016), 1.

45 In diesem Kontext besonders deutlich BVerfG 7.9.2011, BVerfGE 129, 124 (167 f.); nunmehr „kanonisiert“ in BVerfG 18.3.2014, BVerfGE 135, 317 (386), als „Anspruch auf die Demokratie“ (seither st. Rspr.).

Wirtschaftsverwaltung abgeschichtet werden können. Eine weitere Abstraktion besteht in der Differenzierung von Aufsicht, Lenkung und (neuerdings) Regulierung. Bei der Aufgliederung des direkt mit der wirtschaftlichen Tätigkeit verbundenen Stoffes („Besonderer Teil“) bieten sich generell **drei Methoden** an: (1) Entweder, sie erfolgt nach historischen Gesichtspunkten, indem solche Teile des Rechtsstoffes miteinander verbunden werden, die in der historischen Rückschau miteinander verknüpft sind, (2) oder sie arbeitet sich an einzelnen Gesetzen (mit dem dazugehörigen untergesetzlichen Recht) ab (3) oder sie erfolgt schließlich in Nachvollzug der Ausdifferenzierung des wirtschaftlichen Realbereichs.

- 39 In diesem Band sind die Methoden miteinander kombiniert, wobei Methode (3) – Orientierung an den Rechtstatsachen – im europäischen Wirtschaftsrecht schon deswegen vorrangig ist, weil traditionale Elemente oder gar erkenntnisleitende Gesetze (vergleichbar der Gewerbeordnung oder dem GWB; s. aber die unter → Rn. 67 aufgezählte Gesetzgebung) fehlen. Partiiell greift die Aufgliederung allerdings traditionale Elemente mitgliedstaatlichen Rechts auf, namentlich beim Berufsrecht (Teil B), während die übrigen Teile C–E weit überwiegend nach den Wirtschaftssektoren gegliedert sind. Nicht geklärt ist mit dieser Unterteilung schließlich die Frage, inwieweit sich das Recht eines Wirtschaftssektors als Referenzgebiet entfalten kann, denn Referenzgebiete sind nicht lediglich Unterteilungen eines Gesamtgebiets, sondern solche mit spezifischen Rückwirkungen auf das Allgemeine,<sup>46</sup> hier im Wirtschaftsrecht (s. daher zutreffend für das Lebensmittelrecht *Gundel* → § 8 Rn. 1).

### B. Primärrechtlicher Rahmen und sekundärrechtliche Strukturbildung

#### I. Typen der Herausbildung sektoralen Wirtschaftsrechts

##### 1. Sektorales Wirtschaftsrecht als Binnenmarktsekundärrecht

- 40 Gleichwohl entwickelt sich das sektorale Wirtschaftsrecht nicht losgelöst von rechtlichen Vorgaben allein anhand der Strukturierung der Realbereiche, sondern knüpft an primärrechtliche Strukturvorgaben an. Unter diesen ist die binnenmarktliche von besonderem Gewicht: Sektorales Wirtschaftsrecht der EU entsteht anknüpfend an die Grundfreiheiten dort, wo durch Rechtsangleichung Hindernisse im grenzüberschreitenden Waren-, Personen-, Kapital- und Dienstleistungsverkehr im Wege der supranationalen Rechtsetzung beseitigt werden. Dies geschieht unter Rückgriff auf die allgemeine Rechtsangleichungskompetenz des Art. 114 AEUV oder unter Verwendung der grundfreiheitenspezifischen Harmonisierungsbefugnisse zur Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit im Berufs- und Handwerksrecht, Telekommunikationsrecht, Lebensmittelrecht sowie Finanzmarktrecht (s. insgesamt → Rn. 9 ff.). Ziel der sektorspezifischen Regelungen ist die Herstellung eines wirtschaftlichen Raums ohne Binnengrenzen (Art. 26 AEUV); die Vorschriften zielen dementsprechend darauf ab, diesen Raum herzustellen und Rechtfertigungsgründe für Differenzierungen nach den einzelnen Rechtsordnungen normativ zu erfassen.

##### 2. Sektorales Wirtschaftsrecht als sekundäres Wettbewerbsrecht

- 41 Hiermit verwandt, aber geringeren quantitativen Aufkommens sind wettbewerbsrechtliche Sekundärrechtsnormen. Sie dienen vor allem dem sekundärrechtlich geleiteten Ausgleich des Spannungsverhältnisses von Art. 106 Abs. 1 und 2 AEUV (bzw. der Vorläufernormen in Art. 90 E(W)GV/Art. 86 EGV). Für die hier behandelten Wirtschaftssektoren unbedeutend sind die beihilfenrechtliche Kompetenz in Art. 109 AEUV (s. *Koenig/Hellstern* in Müller-Graff (Hrsg.), Europäisches Binnenmarkt- und Wirtschaftsordnungs-

---

<sup>46</sup> Begriffsbildend *Schmidt-Aßmann*, 1/13.

recht (EnzEuR Bd. 4) → Bd. 4 § 14 Rn. 7) und bislang die wettbewerbsfeindliche Sonderbefugnis in Art. 14 S. 2 AEUV, von der noch nicht Gebrauch gemacht wurde.

### 3. Sektorales Wirtschaftsrecht durch sektorales Primärrecht

Partiell ist schließlich bereits das Primärrecht nach Wirtschaftssektoren gegliedert. Das trifft in den Fällen zu, in denen „Politiken“ der Union nicht wie Binnenmarkt und Wettbewerb sektorenunabhängig sind, sondern sich auf spezifische Wirtschaftssektoren beziehen, namentlich im Transport- (s. *Knauff* § 6) und Agrarrecht (s. *Härtel* § 7). Die primärrechtliche Aufwertung dieser Sektoren führt zu rechtspolitischen, aber auch rechtsdogmatischen Sonderentwicklungen (→ Rn. 49 ff.). Eine Sonderstellung nimmt insoweit das Energierecht ein, denn die besondere Kompetenznorm in Art. 194 AEUV knüpft zwar an andere Kompetenztitel (namentlich im binnenmarktlichen Kontext) an, bündelt die Kompetenzen jedoch und rundet sie ab (s. *Ludwigs* → § 5 Rn. 61 ff.).

## II. Die wirtschaftsrechtliche Kompetenzordnung der EU

Sektorales Wirtschaftsrecht gehört überwiegend nicht zu den Bereichen, deren kompetenzielle Zuordnung zur EU hoch umstritten ist – zu offensichtlich erfolgreich ist namentlich die Zuordnung von Binnenmarkt und Wettbewerb zur Verbandskompetenz der supranationalen Union, zu festgefügt ist das Interessengeflecht beispielsweise in der Landwirtschaftspolitik, als dass die einschlägigen *stakeholders* von einer Rückverlagerung von Befugnissen auf die Mitgliedstaaten profitieren könnten, zu offenkundig ist wie im Bereich der Finanzmarktaufsicht die Notwendigkeit supranationaler Rechtsetzung, als dass die EU-Kompetenz nachhaltig in Frage gestellt werden könnte. Überwiegend sind die auf die hier abgehandelten Sektoren bezogenen Befugnisse den geteilten Zuständigkeiten zugeordnet (s. Art. 4 AEUV). Ausgenommen ist allein das binnenmarktbezogene Wettbewerbsrecht (Art. 3 Abs. 1 lit. b AEUV) sowie ein Teil der Fischereipolitik, die zur Agrarpolitik gehört (Art. 3 Abs. 1 lit. d AEUV).

## III. Sektorales Wirtschaftsrecht in der Rechtsordnung

Die Gattungsbezeichnung „sektorales Wirtschaftsrecht“ liegt – auch in seinen Einzelsektoren – quer zu den üblichen Unterteilungskategorien der Rechtsordnung. Es kommt nicht auf die Zuordnung zum öffentlichen Recht oder zum Privatrecht an, und sollten (gleichsam als Annex) Strafnormen in einen Wirtschaftssektor eingebunden sein, lassen sich diese in die Analyse einbeziehen. Das europäische sektorale Wirtschaftsrecht vollzieht die mitgliedstaatliche Unterteilung der „Säulen“ der Rechtsordnung nicht nach, steht ihr andererseits aber auch nicht entgegen, sofern sie kraft mitgliedstaatlichen Rechts oder/und zur Wahrung bestimmter säulenspezifischer Gewährleistungen (vor allem im Strafrecht) erforderlich ist.

Sektorales Wirtschaftsrecht kann schließlich auch in Bereichen vorgefunden werden, die außerhalb der in diesem Band abgehandelten liegen. Beispielhaft zu nennen sind die in Band 4 und 6 erörterten Gebiete des Beihilfen-, Vergabe- und Unternehmensrechts.

## C. Sektorales Wirtschaftsrecht als Wirtschaftsrecht

### I. Rezeption wirtschaftswissenschaftlicher Erkenntnisse im Recht

Der Idee eines säulenübergreifenden Wirtschaftsrechts folgend ist sein vorrangiges Regelungsziel, ökonomischen Wohlstand herzustellen und zu sichern. Außerdem sind über das

Wirtschaftsrecht andere Gemeinwohlziele in Relation zur ökonomischen Entwicklung zu setzen.

- 47 In der supranationalen Demokratie der EU (s. Art. 10 Abs. 1 EUV) sind diese Regelungsleistungen durch Interessenausgleich im politischen Prozess zu erzielen. Das Demokratieprinzip schließt es wegen seiner formalen Natur nicht aus, dass ökonomisch ineffiziente, ja unsinnige Entscheidungen im Recht implementiert werden;<sup>47</sup> Anforderungen an die wirtschaftliche Rationalität von Recht bezieht es aus anderen übergeordneten Quellen, namentlich dem Rechtsstaatsprinzip und den wirtschaftsbezogenen Grundrechten.
- 48 Rechtlich – und durch demokratisch legitimierte Entscheidung – kann aber vorgesehen werden, Mechanismen zur Einbeziehung wirtschaftswissenschaftlicher Erkenntnisse in das Recht zu ermitteln und zu nutzen. Gemessen am Maßstab des ökonomischen Wohlstands erhöht sich dadurch die Qualität des Wirtschaftsrechts. Tatsächlich resultiert der **Erfolg des europäischen Wirtschaftsrechts** aus der **Rezeption dreier ökonomischer Grundannahmen**, die bewusst zur Wohlfahrtssteigerung – und möglicherweise unter Hintanstellung anderer Werte – im Primärrecht implementiert worden sind:
- Die Herstellung des Binnenmarktes durch Grundfreiheiten und Rechtsangleichung führt zu einer Vergrößerung der jeweiligen Gütermärkte und zu einer Intensivierung der Marktdynamik; beides ruft wirtschaftliches Wachstum hervor. Ein zentrales Feld, in dem diese Strategie auch heute noch auf Defizite stößt, ist der Dienstleistungssektor (s. *Storr* → § 2 Rn. 5 ff.).
  - Märkte müssen vor Beeinträchtigungen von privater Seite, durch Kartelle, den Missbrauch marktbeherrschender Stellungen sowie wettbewerbshindernde Fusionen geschützt werden; dies geschieht im EU-Wettbewerbsrecht, das auch Wettbewerbsbeeinträchtigungen erfasst, die von den Staaten ausgehen.
  - Eine gemeinsame Währung bedarf der Preisstabilität für die wirtschaftliche Prosperität des Euro-Raumes und nicht zuletzt, um auf den globalen Kapitalmärkten bestehen zu können. Inflationsraten können nur niedrig gehalten werden, wenn die Staatsverschuldung nicht überbordert; disziplinierend wirkt insofern der Druck auf die Staaten, sich auf den regulären Kapitalmärkten zu finanzieren. Anders als die beiden ersten Aussagen, die im Kern wohl nicht ernsthaft bestritten werden (können), ist dieser Punkt angesichts der jüngeren Entwicklungen ausgesprochen umstritten.
- 49 Neben diesen ökonomischen Grundorientierungen des Primärrechts kann auch die Einbeziehung wirtschaftswissenschaftlicher Erkenntnisse im Sekundärrecht sichergestellt werden. Hierfür ist der Rechtsetzungsprozess der EU deswegen offen, weil an seinem Beginn das Initiativmonopol einer Einrichtung steht, die idealtypisch einen techno- bzw. expertokratischen Vorschlagsstil pflegt. Praktische Defizite sind in diesem Idealbild von der Kommission natürlich nicht ausgeschlossen. Im sektoralen Wirtschaftsrecht wird die Rezeption ökonomischer Erkenntnisse namentlich im Regulierungsrecht sichtbar. Die Liberalisierungserfolge im Telekommunikationsrecht machen die Dynamik von Marktmechanismen besonders offenkundig (s. *Kübling* → § 4 Rn. 1, 12 ff. hinsichtlich der empirischen Grundlagen).

### II. Sachspezifische Eigenrationalitäten

- 50 Die sektorenorientierte Analyse des Wirtschaftsrechts ermöglicht es, Eigenrationalitäten der Wohlstandserhaltung und -steigerung in den einzelnen Wirtschaftsbereichen herauszuarbeiten. Dadurch wird eine holzschnittartige Vereinfachung vermieden, die sich allein auf Marktmechanismen konzentriert oder ausschließlich an den Dreiklang Grundfreiheiten –

---

<sup>47</sup> Dies räumt *Krajewski* DÖV 2005, 665 (674), ein.

Wettbewerbsrecht – Währungsunion anknüpft. Im Einzelnen wirken folgende sektorspezifische Eigenrationalitäten prägend:

- die besondere (letztlich gemeinwohlorientierte) Pflichtigkeit in den Freien Berufen (s. *Storr* → § 2 Rn. 1 ff., 25 ff.),
- die berufsbildspezifischen Charakteristika einzelner Freier Berufe (s. *Storr* → § 2 Rn. 47 ff.),
- die Notwendigkeit der Verteilung knapper Ressourcen (Frequenzen, Nummern, Wege) im Telekommunikationsrecht (s. *Kühling* → § 4 Rn. 155 ff.),
- die Gemengelage von Versorgungssicherheit und Umwelt-/Klimaschutz im Energie-recht (s. *Ludwigs* → § 5 Rn. 16 ff.),
- die Gewährleistung von Mobilität als tatsächliche Basis der europäischen Integration durch das Transportrecht (s. *Knauff* → § 6 Rn. 3 ff.),
- technische Regelungen (einschließlich der Sicherung von Umweltstandards) im Transportrecht (s. *Knauff* → § 6 Rn. 138 ff., 159 ff., 184 ff.),
- die Gewährleistung von Gesundheitsschutz und die Einbindung in soziale Sicherungssysteme im Arzneimittelrecht (s. *Janda* → § 9 Rn. 9 ff.) sowie
- die strukturellen Besonderheiten der Finanzmärkte: relative Natur von Geldforderungen und dezentraler Handel, volkswirtschaftliche Bedeutung und internationale Dimension, Risikoübernahme durch Finanzinstitute, Finanzintermediation, Informationsasymmetrien und Produktkomplexität sowie das Problem der Systemstabilität (s. *Ohler* → § 10 Rn. 29 ff.).

### III. Interessenspezifische Rationalitäten und Irrationalitäten

Daneben gilt es, solche Sachstrukturen in den einzelnen sektorspezifischen Regelungen herauszuarbeiten, in denen sich offensichtlich Partikularinteressen durchgesetzt haben. Wohlstandssteigerung wird durch diese Art des normativen *capture* verhindert, und es ist Sache der Wirtschaftsrechtslehre, solche interessengeleiteten Verschattungen aufzudecken. 51

Zentrales Beispiel für diese Verzerrungen des Wirtschaftsrechts ist das Agrarrecht. Die besondere Aufgabe der Versorgungssicherheit mit Lebensmitteln, die eine spezifische Eigenrationalität in den Agrarsektor und sein Recht bringt (s. *Härtel* → § 7 Rn. 1 ff., 32 ff. sowie oben → Rn. 16), trägt die Aufblähung des Agrarsektors in der EU seit langem nicht mehr. Immerhin gibt es eine sichtbare Reformagenda, die eine Beseitigung der schlimmsten Auswüchse verhindert hat. Die schrittweise Ablösung der Interventionsmaßnahmen (und Interventionspreisfestsetzungen) durch Direktbeihilfen, die auch Gemeinwohlüter (Umweltschutz, Struktur des ländlichen Raumes) in den Blick nehmen, ermöglicht die ansatzweise Einführung von Marktstrukturen in den Sektor, ohne dass die Versorgung mit Lebensmitteln in der EU gefährdet wäre. Der Umstand, dass mit dem EU-Haushalt überwiegend die Gemeinsame Agrarpolitik finanziert wird, wobei der Agrarsektor in Europa eine untergeordnete Rolle spielt – verdeutlicht aber auch, dass die Reformbemühungen hier noch nicht abgeschlossen sein können. 52

### IV. Grenzen des Rechts und seiner Steuerungskraft

Rechtswissenschaftliche Darstellungen mögen dazu neigen, die Steuerungskraft des Rechts im Wirtschaftsleben zu überschätzen. Im Europarecht wird diese Neigung durch das Konzept der *Integration durch Recht* noch zusätzlich befördert – und durch seinen unbestreitbaren Erfolg. Allerdings gibt es gerade im Wirtschaftsrecht Steuerungsgrenzen, die es zu erkennen gilt, um seine Leistungskraft realitätsgerecht zu evaluieren und Steuerungs- 53

schwächen abzubauen. Im Kontext des (sektoralen) europäischen Wirtschaftsrechts sind vor allem zwei Begrenzungen der Leistungsfähigkeit zu identifizieren:

- 54 Nur bedingt ist (Wirtschafts-)Recht in der Lage, aus sich heraus Wohlstand zu generieren. Die Rezeption wirtschaftswissenschaftlicher Erkenntnisse im Recht ist erstrebenswert, aber nicht garantiert (→ Rn. 45 ff.), und wenn sie gelingt, handelt es sich eben um einen externen Faktor der Gestaltung des Rechts. Rechtssicherheit, innere Konsistenz und Systemgerechtigkeit können allerdings auch einen genuinen rechtlichen Beitrag zur Wohlstandssicherung und -mehrung leisten.
- 55 Daran anknüpfend sind als zweite Begrenzung jedoch Durchsetzungsschwächen des Rechts zu nennen. Je nach verfassungsrechtlicher Konstruktion von Herrschaft ist es möglich, durch politische Entscheidungen rechtliche Festlegungen zu übergehen oder zumindest an den Rand zu drängen. Dies ist in der Staatsschuldenkrise augenfällig geworden, in der rechtliche Vorgaben durch die Politik in zum Teil erschreckender Weise tagespolitischen Interessen geopfert worden sind. Derartige Verdrängungsprozesse sind aber auch im sektoralen Wirtschaftsrecht nicht auszuschließen. Generell führen Regelungen mit unpräzisen Anwendungsvorgaben oder eingeschränkten Sanktionsmöglichkeiten zu Steuerungsschwächen.

### D. Sektorenübergreifende Systematisierungsansätze

#### I. Sektorenübergreifende Konzepte

- 56 Es gehört zu den hervortretenden Leistungen der – namentlich deutschen – Rechtswissenschaft, den Rechtsstoff dadurch zu ordnen und zu systematisieren, dass aus einer Vielfalt des Besonderen Elemente des Allgemeinen abstrahiert und zusammengeführt werden. Dieser Ansatz wird auch hier verfolgt, soweit Organisationsformen, Handlungsinstrumente sowie Rechtsschutzkonstellationen im sektoralen Wirtschaftsrecht aufscheinen, die allgemein im Recht der europäischen Integration bekannt sind und eine entsprechende Zuordnung erfahren können.
- 57 Überdies ist seit langem vor allem die Wissenschaft vom Öffentlichen Recht auf der Suche nach Systemisierungskonzepten, die in Bereichen hoher sachspezifischer Ausdifferenzierung („Besonderes Verwaltungsrecht“) eine Ordnungsleistung erbringen können, die im Abstraktionsgrad unterhalb des „Allgemeinen Teils“ steht, gleichwohl aber Regelungsfelder zusammenführt, die sachspezifisch innerlich miteinander verbunden sind. Für diese seit langem thematisierte „mittlere Ebene“ stehen im Wirtschaftsrecht allerdings nur wenige Konzepte bereit.<sup>48</sup>
- 58 Überkommen und etabliert ist das „Marktrecht“ – Recht zur Marktermöglichung, Marktordnung und Marktsicherung.<sup>49</sup> Seine Bedeutung ist hier bereits erwähnt worden. Recht, das durch Rechtsvergleichung für den Binnenmarkt entsteht, lässt sich auf dieser Basis inhaltlich zusammenführen.
- 59 Neueren Datums und erheblich stärker in der methodischen Diskussion steht das **Regulierungsrecht**. Regulierung ist zu verstehen als hoheitliches Handeln, mit dem die Verwaltung auf einen Wirtschaftssektor einwirkt, um sowohl Bedingungen für Wettbewerb zu schaffen und aufrechtzuerhalten als auch anstelle einer staatlichen Eigenvorkehrung die Gemeinwohlsicherung im betreffenden Sektor zu garantieren.<sup>50</sup> Ein solches Verständnis von Regulierung ist voraussetzungsreich; der genaue Gehalt weiterhin umstritten und mit Unsi-

---

48 Zur Figur der „mittleren Ebene“ grundlegend *Wahl* in Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann, S. 177, 213.

49 S. bei Fn. 3.

50 Die Überlegungen zur Regulierung sind ausführlich entwickelt in: *Ruffert* in Fehling/ders. § 7 Rn. 58 (zum Begriff), sowie in Kurzform *Ruffert* in Ehlers/Fehling/Pünder § 22.

cherheiten behaftet. Dennoch betritt die hier formulierte Definition kein juristisches Neuland, sondern konsolidiert eine Begriffsentwicklung und zielt darauf ab, die verbliebenen Unschärfen nachhaltig zu reduzieren. Zentral ist es, das sehr weite, in den USA entstandene Verständnis von Regulierung, das sämtliches normierend und normgesteuert regelndes Handeln einbezieht, auf die Regulierungsziele Wettbewerbsermöglichung, Gemeinwohlverwirklichung und Gefahrenabwehr zurückzuführen.<sup>51</sup>

In der Analyse namentlich der Sektoren Telekommunikation, Energie und Verkehr tritt das Regulierungskonzept in Erscheinung (s. *Kühling* § 4; *Ludwigs* § 5; *Knauff* § 6). Eine abweichende Idee von Regulierung dominiert das Finanzmarktrecht (s. *Ohler* → § 10 Rn. 3).

## II. Organisationsformen

Organisationsrechtlich dominiert im sektoralen europäischen Wirtschaftsrecht die Europäische Kommission (s. generell *Hatje* in ders./Müller-Graff (Hrsg.), *Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht* (EnzEuR Bd. 1) → Bd. 1 § 15, und *Sydow* in *Hatje/Müller-Graff* (Hrsg.), *Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht* (EnzEuR Bd. 1) → Bd. 1 § 17). Soweit es sich um Bereiche der direkten Verwaltung durch die EU handelt, ist sie einzige Behörde zur Implementierung des sektoralen Wirtschaftsrechts (zur Stärkung der Kommission im Energierecht s. *Ludwigs* → § 5 Rn. 158 ff.). Bei geteilter Verwaltungszuständigkeit mit den Mitgliedstaaten tritt die Kommission in den Europäischen Verwaltungsverbund ein, der mitgliedstaatliche Verwaltungen und Kommission mit- und untereinander verknüpft (s. vor allem *Kühling* → § 4 Rn. 78 ff.). Außerdem ist im sektoralen Wirtschaftsrecht die Begleitung durch wissenschaftliche Ausschüsse zu beobachten (s. *Gundel* → § 8 Rn. 47).

Aus dem Regulierungsrecht stammt indes die wichtigste organisationsrechtliche Neuerung des sektoralen Wirtschaftsrechts, die Errichtung von in die europäischen Verbundstrukturen eingebundenen unabhängigen **Regulierungsbehörden** (s. auch *Gundel* in *Leible/Terhechte* (Hrsg.), *Europäisches Rechtsschutz- und Verfahrensrecht* (EnzEuR Bd. 3) → Bd. 3 § 39). Der Grundgedanke besteht darin, von wettbewerbsverzerrender Einflussnahme losgelöste, sachverständige Regulierungsverfahren zu organisieren. Die Agenturen sind nach Rechtsträgerschaft zu unterscheiden:

Einerseits hat die Union selbst eine Fülle von Agenturen errichtet, davon in den hier behandelten Sektoren die Folgenden:

- Europäische Energieagentur (ACER, s. *Ludwigs* → § 5 Rn. 136 ff.),
- Europäische Eisenbahnagentur (ERA, s. *Knauff* → § 6 Rn. 198),
- Agentur für die Sicherheit des Seeverkehrs (s. *Knauff* → § 6 Rn. 199),
- Europäische Agentur für Flugsicherheit (s. *Knauff* → § 6 Rn. 200),
- Europäische Behörde für Lebensmittelsicherheit (EFSA, s. *Gundel* → § 8 Rn. 48 ff.),
- Europäische Arzneimittelagentur (s. *Janda* → § 9 Rn. 5, 38 ff.),
- EBA, EIOPA und ESMA im Finanzsektor (s. *Ohler* → § 10 Rn. 103 ff., sowie *Looschelders/Michael* → § 11 Rn. 8 ff.).

Die Kompetenz zur Errichtung solcher Organisationsstrukturen – zumeist gestützt auf Art. 114 AEUV – ist umstritten (s. *Ludwigs* → § 5 Rn. 149; *Looschelders/Michael* → § 11 Rn. 33 ff.), wenngleich sich mittlerweile eine hohe Akzeptanz eingestellt und die Abstüt-

51 S. bereits *Ruffert* AöR 124 (1999), 237.

zung über Art. 114 AEUV sich auch beim EuGH durchgesetzt hat.<sup>52</sup> Spezielle Kompetenzgrundlagen wie Art. 194 AEUV treten hinzu (s. wiederum *Ludwigs* → § 5 Rn. 149).

- 64 Eine Zwischenform der Verdichtung im Verwaltungsverbund lässt sich im Telekommunikationssektor beobachten. Das Gremium Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation (GEREK) verbindet die nationalen Regulierungsbehörden in einer „Vermittler- bzw. Zwischenposition“ miteinander, ohne dass es zur Gründung einer eigenen europäischen Agentur wie etwa im Energiesektor gekommen ist (näher s. *Kübling* → § 4 Rn. 27, 59 ff., Begriff → Rn. 62).
- 65 Andererseits gibt es Wirtschaftssektoren, in denen den Mitgliedstaaten die Errichtung von Agenturen aufgegeben wird, wie seit langem von den einschlägigen EU-Richtlinien im Telekommunikations-, Energie- und Eisenbahnrecht. In den Wirtschaftssektoren dieses Bandes gibt es solche Vorgaben an folgenden Stellen:
- die nationalen Regulierungsbehörden des Telekommunikationsrechts (s. *Kübling* → § 4 Rn. 71 ff.) sowie
  - die nationalen Regulierungsbehörden des Energierechts (s. *Ludwigs* → § 5 Rn. 171 ff.).
- 66 Bis vor kurzem diente die Unabhängigkeit der Agenturen vor allem der Trennung von Eigentümerinteressen und Regulierungsinteressen: Mitgliedstaaten als Allein- oder Mehrheitseigentümer von Telekommunikations-, Energie- oder Eisenbahnunternehmen sollten nicht in die Lage versetzt werden, durch Einflussnahme auf Regulierungsentscheidungen die vorhandene Monopolstruktur zu perpetuieren. Mit den Richtlinien des Dritten Legislativpakets im Energiesektor sowie die neue Telekommunikationsrahmenrichtlinie (→ Rn. 67) ist eine erhebliche **Verstärkung der politischen Unabhängigkeit** vorgeschrieben worden. Die dadurch ausgelösten Probleme demokratischer Legitimation sind noch nicht vollständig verarbeitet (s. *Ludwigs* → § 5 Rn. 173 ff.; *Obler* → § 10 Rn. 107 mwN).

### III. Handlungsinstrumente

- 67 Natürlich arbeitet das sektorale europäische Wirtschaftsrecht mit den etablierten Rechtssetzungsformen der EU, Verordnung und Richtlinie. Nachdem die Neubenennung in Europäisches Gesetz/Rahmengesetz, wie sie noch die VerfEU vorgesehen hatte, im Vertrag von Lissabon aufgegeben wurde, ist diese Nomenklatur auf absehbare Zeit im Europarecht prägend und die Dogmatik dieser Rechtssetzungsformen im sektoralen Wirtschaftsrecht vollständig zu beachten. Dies gilt auch für dogmatische Weiterungen, die teilweise als Fehlentwicklung wahrgenommen werden, so die hohe Regelungsdichte von Richtlinien, die im Zusammenhang mit der Rechtsprechung des EuGH zu sehr eingeschränkten Regelungsspielräumen der Mitgliedstaaten führen kann (s. *Kübling* → § 4 Rn. 1, 13).
- 68 Teilweise entwickelt sich im sektoralen Wirtschaftsrecht aus diesen Rechtssatzformen auch eine weitere Differenzierung: Einzelne Sektoren bilden eine **Leit- oder Rahmenbestimmung** (Verordnung oder Richtlinie) heraus, um die sich speziellere Rechtsakte gruppieren. Beispiele hierfür sind:
- die Berufsanerkennungsrichtlinie (s. *Storr* → § 2 Rn. 11, 35 ff., sowie *Ruthig* → § 3 Rn. 30 ff.),
  - der europäische Kodex für elektronische Kommunikation (s. *Kübling* → § 4 Rn. 18 ff.),
  - die Elektrizitäts- und Gasbinnenmarkt Richtlinien (s. *Ludwigs* → § 5 Rn. 15),
  - die Rahmenverordnungen des Transportrechts (s. *Knauff* → § 6 Rn. 186),

---

52 EuGH 22.1.2014 – C-270/12, ECLI:EU:C:2014:18 Rn. 88 ff. – UK/Parlament und Rat – ESMA.

- der Gemeinschaftskodex für Humanarzneimittel (s. *Janda* → § 9 Rn. 7) sowie
- die Solvency-Richtlinie im Versicherungsaufsichtsrecht (s. *Looschelders/Michael* → § 11 Rn. 51 ff.).

Mit dem Vertrag von Lissabon beginnt sich zudem die **delegierte Rechtsetzung** im sektoralen Wirtschaftsrecht der EU zu etablieren. Delegierte Rechtsakte sind solche Rechtsakte ohne Gesetzescharakter, mit denen die Kommission auf der Basis einer Delegation in einem Gesetzgebungsakt nichtwesentliche Vorschriften ergänzen und in diesem Rahmen abändern kann, Art. 290 Abs. 1 UAbs. 1 AEUV.<sup>53</sup> Diese Form der Exekutivrechtsetzung tritt neben die bereits seit langem vorhandene Befugnis zur Durchführung des Unionsrechts durch Rechtsetzung wie durch Einzelakte (Art. 290 AEUV)<sup>54</sup> (s. auch *Härtel* in *Hatje/Müller-Graff* (Hrsg.), *Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht* (EnzEuR Bd. 1) → Bd. 1 § 16). Die Verfahren zur Beteiligung des Rates an der Durchführungsrechtsetzung („Komitologie“) sind auf der Basis von Art. 291 Abs. 3 AEUV überarbeitet worden.<sup>55</sup> 69

Problematisch ist im sektoralen Wirtschaftsrecht der verstärkte Einsatz von ungekennzeichneten Rechtsakten mit erheblicher Steuerungswirkung. Während Verwaltungsvorschriften (zB Mitteilungen der Kommission) die Information über die Verwaltungstätigkeit verbessern und für Rechtssicherheit sorgen können, ohne dass es formaliter zum Erlass einer Verordnung oder Richtlinie kommt, wird zu Recht kritisiert, wenn durch „Leitlinien“ Sachentscheidungen determiniert werden, ohne dass sie als nominell nicht verbindliche Rechtsetzung den gleichen Legitimations- und Rechtsschutzanforderungen unterstellt würden wie verbindliche Rechtsakte (s. im Verkehrssektor: *Knauff* → § 6 Rn. 90). Verwandt damit sind die Probleme einer „Expertenrechtsetzung“, die auf private Standardsetter rekurriert und deren Standards in Exekutivrechtsetzung (oder in Gesetzgebungsakten) rezipiert (s. *Looschelders/Michael* → § 11 Rn. 68 ff.). 70

Jenseits der – abstrakten – Rechtsetzung sind auf der mittleren Ebene (→ Rn. 56) des Wirtschaftsrechts zwei **spezifische Instrumente/Verfahren** zu verzeichnen: 71

- *Preiskontrollen* werden an so unterschiedlichen Stellen wie der Entgeltregulierung im Telekommunikations- und Energierecht (s. *Kühling* → § 4 Rn. 111 ff.; *Ludwigs* → § 5 Rn. 182 ff.) ebenso sichtbar wie bei der Preisbildung für Arzneimittel (s. *Janda* → § 9 Rn. 136 ff.).
- Besonders bedeutsam sind Vorschriften über die *Wirtschaftsaufsicht* (s. *Ruthig* → § 3 Rn. 24; *Härtel* → § 7 Rn. 156 ff.; *Gundel* → § 8 Rn. 84 ff.; *Ohler* → § 10 Rn. 61 ff., 103 ff.), einschließlich besonderer Zulassungsverfahren (s. *Gundel* → § 8 Rn. 62 ff.).

#### IV. Individualrechte und Rechtsschutz

Wirtschaftsrecht geht im Kern von den Rechtspositionen der privaten Rechtssubjekte (Einzelne und Unternehmen) aus. Je höher die verwaltungsrechtlich-steuernden Gehalte, desto höher gleichermaßen der Bedarf an der wirkungsvollen Verankerung von Beteiligungsrechten und Rechtsschutzregelungen, die es dementsprechend etwa im Telekommunikationsrecht (s. *Kühling* → § 4 Rn. 147 ff.) gibt. 72

53 Statt aller über diese neue Rechtsetzungsform *Hofmann* ELJ 15 (2009), 482 (491 ff.).

54 Die Einbeziehung von Einzelakten ist umstritten; besonders skeptisch *Stelkens* VVDStRL 71 (2012), 369 (384 f.).

55 VO (EU) Nr. 182/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 16.2.2011 zur Festlegung der allgemeinen Regeln und Grundsätze, nach denen die Mitgliedstaaten die Wahrnehmung der Durchführungsbefugnisse durch die Kommission kontrollieren, ABl. 2011 L 55, 13.

# 1 § 1 Sektorales Wirtschaftsrecht als Teil des europäischen Wirtschaftsrechts

---

## 73 Verzeichnis wichtiger Entscheidungen

Gericht	Datum	Az.	Sammlung	Benennung	Fundstellen
EuGH	14.9.2006	verb. Rs. C-158 und 159/04	Slg 2006, I-8135	Alfa Vita	EuZW 2006, 671
EuGH	19.5.2009	verb. Rs. C-171/07 und C-172/07	Slg 2009, I-4171	Doc Morris II	NJW 2009, 2112 = EuZW 2009, 409
EuGH	13.7.2004	C-27/04	Slg 2004, I-6679	Kommission/Rat	DVBl. 2004, 1017 = EuR 2004, 738
EuGH	27.11.2012	C-370/12	ECLI:EU: C:2012: 756	Pringle	
EuGH	22.1.2014	C-270/12	ECLI:EU: C:2014:18	UK/Parlament und Rat – ESMA	
EuGH	16.6.2015	C-62/14	ECLI:EU: C:2015: 400	Gauweiler – OMT	
EuGH	11.12.2018	C-493/17	ECLI:EU: C:2018: 1000	Weiss ua	

**B.**  
**Berufsrecht**



## § 2 Recht der Freien Berufe

*Stefan Storr*

A. Einführung .....	1	8. Qualitätssicherungsmaßnahmen ...	45
I. Entwicklung und Typus der Freien Berufe .....	1	9. Europäischer Berufsausweis .....	46
II. Die Binnenmarktstrategie für den Dienstleistungssektor .....	5	<b>D. Ausgewählte Freie Berufe .....</b>	<b>47</b>
B. Gegenstandsbeschreibung .....	9	I. Rechtsanwälte .....	48
I. Überblick über die Verwendung des Begriffs der „Freien Berufe“ im primären und sekundären Unionsrecht	9	1. Das Liberalisierungspotenzial der Grundfreiheiten für den Rechtsanwaltsberuf .....	48
II. Interpretationshinweis des EuGH .....	10	2. Grenzüberschreitende anwaltliche Dienstleistungen im Bereich der Dienstleistungsfreiheit nach Maßgabe der RL 77/249/EWG ...	53
III. Die Berufsanerkennungsrichtlinie .....	11	3. Grenzüberschreitende anwaltliche Dienstleistungen im Bereich der Niederlassungsfreiheit nach Maßgabe der Richtlinie 98/5/EG ..	57
IV. Zu der Schwierigkeit und Bedeutung, Freie Berufe im unionsrechtlichen Kontext zu definieren .....	12	4. Grenzüberschreitende anwaltliche Dienstleistungen nach Maßgabe der Richtlinie 2005/36/EG .....	64
V. Einzelne Begriffsmerkmale der Freien Berufe .....	17	5. Grenzüberschreitende anwaltliche Dienstleistungen nach Maßgabe der Richtlinie 2006/123/EG .....	65
1. Intellektueller Charakter .....	18	6. Rechtsanwälte betreffende Spezifika .....	66
2. Hohe Qualifikation .....	19	a) Legal privilege .....	66
3. Gewöhnlich einer genauen und strengen berufsständischen Regelung unterliegend .....	21	b) Geldwäsche .....	67
4. Persönliche Tätigkeit .....	22	c) Anwaltsgebührenrecht .....	68
5. Große Selbstständigkeit bei der Vornahme der beruflichen Handlungen .....	23	d) Vorbereitungsdienst und universitäre Ausbildung .....	71
6. Besondere Verantwortung .....	25	e) Rechtsschutzversicherung .....	74
VI. Zusammenfassung .....	28	II. Notare .....	75
C. Der grundlegende Rechtsrahmen für die Freien Berufe .....	29	1. Notariat: öffentliches Amt, aber keine Ausübung öffentlicher Gewalt .....	75
I. Grundfreiheiten .....	29	2. Zur Geltung der Dienstleistungsrichtlinie und der Berufsanerkennungsrichtlinie .....	77
II. Grundrechte .....	32	3. Die Grundfreiheiten als maßgeblicher Rechtsrahmen .....	79
III. Sonstiges primäres Wettbewerbsrecht ..	34	III. Heilberufe .....	80
IV. Berufsanerkennungsrichtlinie und Dienstleistungsrichtlinie .....	35	1. Überblick .....	80
1. Regelungsbereiche .....	35	2. Ärzte .....	84
2. Eintragung und Pro-Forma-Mitgliedschaft .....	38	3. Apotheker .....	88
3. Sprachkenntnisse .....	39	IV. Architekten .....	94
4. Werbeverbote .....	40	<b>E. Berufsständische Vereinigungen .....</b>	<b>97</b>
5. Gemeinschaftliche Tätigkeiten .....	41	<b>Verzeichnis wichtiger Entscheidungen .....</b>	<b>102</b>
6. Berufshaftpflichtversicherung .....	43		
7. Sonstige Pflichten zur Prüfung der Aufrechterhaltung von Anforderungen nach der Dienstleistungsrichtlinie .....	44		

**Literatur:** *Bormann, Jens/Stürner, Rolf*, Der Anwalt – vom freien Beruf zum dienstleistenden Gewerbe? – Kritische Gedanken zur Deregulierung des Berufsrechts und zur Aushöhlung der anwaltlichen Unabhängigkeit, NJW 2004, 1481; *Eichele, Wolfgang/Happe, Eike*, Verstoßen die BORA und die FAO gegen das europäische Kartellrecht?, NJW 2003, 1214; *Frenz*, Die europäische Berufsfreiheit, GewArch 2008, 465; *ders./Wübbenhorst, Hendrik*, Der juristische Vorbereitungsdienst im europäischen Anerkennungsrecht, NJW 2011, 2849; *ders./Wübbenhorst, Hendrik*, Rechtsanwaltsstätigkeit in anderen EU-Staaten, NJW 2011, 1262; *Gärditz, Klaus*, Das lateinische Notariat als öffentliches Amt im Binnenmarkt, EWS 2012, 209 ff; *Haage, Heinz*, Die Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen – Rechtsfolgen für die Zulassung insbesondere als Ärztin/Arzt, MedR 2008, 70; *Henssler, Martin*, Die internationale Entwicklung und die Situation der Anwaltschaft als Freier Beruf, AnwBl 2009, 1; *Henssler, Martin/Kilian, Matthias*, Europäische Wettbewerbspolitik und die Freien Be-

rufe, AnwBl 2005, 1; *Kämmerer, Jörn Axel*, Die Zukunft der Freien Berufe zwischen Deregulierung und Neuordnung, Gutachten zum 68. Deutschen Juristentag, 2010, S. H 1; *Kilian, Matthias*, Brennpunkte des anwaltlichen Berufsrechts, NJW 2011, 3413; *Henssler, Martin/Kilian, Matthias*, Das deutsche Notariat im Europarecht, NJW 2012, 481; *Kleine-Cosack, Michael*, Liberalisierung des Gesellschaftsrechts der Freiberufler, DB 2007, 1851; *Kluth, Winfried*, Die neue Freiheit der Freien Berufe, in: Kluth, Winfried/Peilert, Andreas (Hrsg.), FS Rolf Stober, 2008, S. 77; *Kluth, Winfried*, Die Zukunft der Freien Berufe in der globalisierten Dienstleistungsgesellschaft, in: Kluth, Winfried (Hrsg.), Jahrbuch des Kammer- und Berufsrechts, 2006; *Kluth, Winfried*, Recht und Ethos der Freien Berufe, JZ 2010, 844; *Kluth, Winfried/Goltz, Ferdinand/Kujath, Karsten*, Die Zukunft der Freien Berufe in der Europäischen Union, 2005; *Kluth, Winfried/Rieger, Frank*, Die neue EU-Berufsanerkennungsrichtlinie – Regelungsehalt und Auswirkungen für Berufsangehörige und Berufsorganisationen, EuZW 2005, 486; *Krejci, Heinz*, Interdisziplinäre Gesellschaften für freie Berufe, ÖZW 2011, 102; *Laufs, Adolf/Kern, Bernd-Rüdiger*, Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl., 2010; *Lenk, Jennifer*, Die Ausnahme standesrechtlicher Werbeverbote aus dem EG-Kartellrecht, 2006; *Lorz, Ralph Alexander*, Kein Grund zur Sorge – Grund zur Entwarnung? – Anmerkungen zum Ur. des EuGH v. 24.5.2011 zur Staatsangehörigkeitsvoraussetzung für Notare, DNotZ 2011, 491; *Mann, Thomas*, Randnotizen zum Richtlinienentwurf über die Anerkennung von Berufsqualifikationen, EuZW 2004, 615; *Moosmayer, Klaus*, Der EuGH und die Syndikusanwälte, NJW 2010, 3548; *Neumann, Andreas*, Das österreichische Apothekenwesen unter dem Einfluß der EU, 2009; *Nauta, Walther*, Das Recht der freien Berufe – Verfassungs- und europarechtliche Grenzen, 1998; *Nuckelt, Jana*, Rechtsanwaltsgebührenordnungen auf dem Prüfstand des Gemeinschaftsrechts, in: Kluth, Winfried (Hrsg.), Jahrbuch des Kammer- und Berufsrechts, 2006, S. 283; *Paterson, Iain/Fink, Marcel/Ogus, Anthony et al.*, Economic impact of regulation in the field of liberal professions in different Member States, 2003; *Peter, Alexander*, Warum die Initiative „Law – Made in Germany“ bislang zum Scheitern verurteilt ist, JZ 2011, 939; *Pohl, Kay-Thomas*, Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit für Notare in Europa, EWS 2011, 353; *Ruthig, Josef/Storr, Stefan*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 4. Aufl., 2015; *Redeker, Konrad*, Der Rechtsanwalt: „Freier Beruf“ – „unreglementiert“ – „dereguliert“, NJW 2004, 2799; *Reinshagen, Felix*, Das Kapitel Freie Berufe im 16. Hauptgutachten der Monopolkommission, in: Kluth, Winfried (Hrsg.), Jahrbuch des Kammer- und Berufsrechts, 2006, S. 255; *Schlachter, Monika/Ohler, Christoph* (Hrsg.), Europäische Dienstleistungsrichtlinie, 2008; *Schmid, Christoph/Pinkel, Tobias*, Grundfreiheitskonforme Reformierung der nationalen Notariatsverfassung, NJW 2011, 2928; *dies.*, Die Zulässigkeit nationaler Einschränkungen der Grundfreiheiten für juristische Dienstleistungen im Grundstücksverkehr vor dem Hintergrund des Verfahrens Kommission J. Deutschland (EuGH C–54/08), Hanse Law Review 2009, 129; *Schmidt-Kessel, Martin*, DienstleistungsRL versus BerufsqualifikationsRL – Zum Verhältnis der beiden zentralen wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Richtlinien bei der Dienstleistungsfreiheit, ecolex 2010, 320; *Schnichels, Dominik/Resch, Thorsten*, Das Anwaltsprivileg im europäischen Kontext, EuZW 2011, 47; *Sodan, Helge*, Freie Berufe als Leistungserbringer im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, 1997; *Stelkens, Ulrich/Seyfarth, Markus*, Unionsrechtlicher Schutz der Berufsfreiheit vor dem nationalen Gesetzgeber: Relevanz der Dienstleistungsrichtlinie, der Berufsqualifikationsrichtlinie und der Verhältnismäßigkeitsrichtlinie für Inlands-sachverhalte, FÖV Discussion Paper 88 (2019); *Stöger, Karl*, Anwaltliche und notarielle Beglaubigung im Binnenmarkt, NZ 2017, 161; *Storr, Stefan*, Zur Bonität des Grundrechtsschutzes in der Europäischen Union, Der Staat, Bd. 36 (1997), S. 547; *ders.*, Konfusion um die Konstruktion der Konzession, in: Kluth, Winfried/Peilert, Andreas (Hrsg.), FS Rolf Stober, 2008, S. 417; *Stumpf, Cordula*, Freie Berufe und Handwerk, in: Dausen/Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 44. EL Februar 2018, E. II; *Taupitz, Jochen*, Die Standesordnungen der freien Berufe, 1991; *Vallone, Angelo*, Auswirkungen des Kartellverbots auf das Standes- und Berufsrecht der verkammerten Freien Berufe, 2006; *Wallner, Felix*, Handbuch Ärztliches Berufsrecht, 2011; *Waldhoff, Christian*, Notarvorbehalt im Grundstücksverkehr europarechtskonform – EuGH stärkt Notariatsverfassungen der Mitgliedstaaten, EuZW 2017, 382; *Weiß, Wolfgang*, Der Vertragsarzt zwischen Freiheit und Bindung, NZS 2005, 67; *Weskott, Madeleine*, Berufsaufsicht der Ärzte und Psychotherapeuten – Deutschland und Großbritannien

im Spannungsfeld der Berufsanerkennungsrichtlinie (2005/36/EG), 2009; *Zirm, Michaela*, Der selbstständige Apotheker und seine Konzession, 2018.

#### Vorschriften Sekundärrecht:

Richtlinie 2005/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. September 2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen, ABl. L 255 vom 30.9.2005, 22 ff.

Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 2. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl. L 376 vom 27.12.2006, 36 ff.

Richtlinie 77/249/EWG des Rates vom 22. März 1977 zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs der Rechtsanwälte, ABl. L 78 vom 26.3.1977, 17 ff.

Richtlinie 98/5/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Februar 1998 zur Erleichterung der ständigen Ausübung des Rechtsanwaltsberufs in einem anderen Mitgliedstaat als dem, in dem die Qualifikation erworben wurde, ABl. L 77 vom 14.3.1998, 36 ff.

Richtlinie (EU) 2015/849 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2015 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung, ABl. L 141 vom 5.6.2015, 73 ff.

Richtlinie 2009/138/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 betreffend die Aufnahme und Ausübung der Versicherungs- und der Rückversicherungstätigkeit (Solvabilität II), ABl. L 305 vom 17.12.2009, 1 ff.

Richtlinie (EU) 2018/958 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Juni 2018 über eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vor Erlass neuer Berufsreglementierungen, ABl. L 173 vom 9.7.2018, 2 ff.

#### Sonstige Rechtsakte der Union:

Mitteilung der Kommission an den Rat und an das Europäische Parlament – Eine Binnenmarktstrategie für den Dienstleistungssektor vom 29.12.2000, KOM(2000) 0888 endg.

Mitteilung der Kommission, Bericht über den Wettbewerb bei freiberuflichen Dienstleistungen vom 9.2.2004, 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 – Follow-up zum Bericht über den Wettbewerb bei freiberuflichen Dienstleistungen, KOM(2004) 83 vom 9.2.2004, KOM(2005) 0405 endg.

Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen über Reformempfehlungen für die Berufsreglementierung vom 10.1.2017, KOM(2016) 820 final.

Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vor Erlass neuer Berufsreglementierungen vom 10.1.2017, KOM(2016) 822 final.

## A. Einführung

### I. Entwicklung und Typus der Freien Berufe

Die Kategorisierung „Freier Beruf“ neben anderen Berufen und Berufsgruppen war seit jeher mit erheblichen Abgrenzungsschwierigkeiten verbunden. Der Begriff geht einerseits auf die pandektenwissenschaftlichen „*operae liberales*“ zurück. Das waren Tätigkeiten, die nach altrömischer Sitte unentgeltlich geleistet wurden; nur die höheren Stände waren dieser Tätigkeiten würdig.<sup>1</sup> Andererseits hatte es im 18. und frühen 19. Jahrhundert Bestrebungen gegeben, die Tätigkeiten der Ärzte, Apotheker und Rechtsanwälte in das staatliche System der Verwaltung einzugliedern, sie umfassend in die Pflicht zu nehmen<sup>2</sup> („Ver-

1 V. Savigny, Pandektenvorlesung 1824/25, S. 409 (hrsg. von J. Rückert, 1993) S. 286.

2 Etwa Sodan, S. 19 ff.

beamtung“, „Staatsdienerstellung“<sup>3</sup>). Die **frühliberalistische Gegenbewegung** war vom Geist des eine Abwehr staatlicher Eingriffe in die eigenverantwortliche Lebensführung und -gestaltung befürwortenden Bürgertums getragen, das sich des Wertes unabhängiger, möglichst frei schaffender Persönlichkeiten für das Gemeinwohl bewusst war („Freiheit vom Staat“).<sup>4</sup>

- 2 Heute sind die Freien Berufe niemandem per se vorbehalten und sie werden auch nicht mehr qua definitionem unentgeltlich ausgeübt, doch vermag dieser geschichtliche Hintergrund die Sonderstellung der Freien Berufe, die gerade von ihren Berufsträgern und Mitgliedstaaten nicht selten betont wird,<sup>5</sup> verständlicher machen. Dabei haben die verschiedenen Freien Berufe in vielen Mitgliedstaaten eine eigene Identität entwickelt. In der Regel sind es bestimmte akademische Berufe, für die traditionellerweise ein Sonderrechtsregime gilt. Die „Freiheit“ der Freien Berufe liegt heute – nicht für alle, aber für einige – in dem **Privileg einer gewissen Selbstregulierungsbefugnis** der Berufsausübenden. Eine Besonderheit ist deshalb nicht selten ihre Organisation in mitgliederschaftlich verfassten Selbstverwaltungseinrichtungen. Diese Organisationen sind nicht nur Standesvertretungen, sondern können als Berufskammern bisweilen auch das Berufsrecht regeln und andere Rechtsnormen setzen, wobei in der Vergangenheit mangels effektiven Grundrechtsschutzes den Trägern der Freien Berufe weit reichende Pflichten und Beschränkungen auferlegt werden konnten.<sup>6</sup> Auch heute noch sind die „Freien Berufe“ in den Mitgliedstaaten zum Teil **erheblich reglementiert** durch staatliche Bestimmungen, Vorschriften der berufsständischen Selbstverwaltungseinrichtungen und traditionelle, überkommene Verhaltensregeln.<sup>7</sup> Rechtsberatungsmonopole der Rechtsanwälte und Staatsangehörigkeitsvorbehalte der Notare waren bis in die jüngste Zeit geradezu klassische Marktzugangsbeschränkungen.
- 3 Es mag gute Gründe dafür geben, einzelne Tätigkeiten Freier Berufe bestimmten Berufsausübenden vorzubehalten, in Einzelfällen gar ganze Berufe, vom **Wettbewerb abzuschotten**,<sup>8</sup> stets bedarf es dafür aber einer Rechtfertigung. Dabei sind es nicht selten die Selbstverwaltungseinrichtungen der Freien Berufe selbst, die überregulieren, für Liberalisierungen nicht aufgeschlossen sind<sup>9</sup> und Wettbewerb verhindern. Ein Grund kann darin liegen, dass die mitgliederschaftlich organisierten berufsständischen Einrichtungen Vertreter ihrer Mitglieder sind und in den maßgebenden Gremien die Interessen der Mitglieder großen Einfluss auf die Entscheidungsprozesse haben. Deshalb können gerade berufsständische Regelungen einen konservativen, die Marktgegebenheiten konservierenden Charakter ha-

---

3 *Taupitz*, S. 115.

4 Vgl. nur BVerfGE 10, 364 ff.: „Freier Beruf“ ist ein soziologischer Begriff; er kennzeichnet einen Sachverhalt, der aus einer bestimmten gesellschaftlichen Situation erwachsen ist, der des frühen Liberalismus. Die damals herrschende Staats- und wirtschaftspolitische Anschauung, es sei ‚dem Staate und seinen Gliedern immer am zuträglichsten, die Gewerbe jedesmal ihrem natürlichen Gang zu überlassen, dh keines derselben vorzugsweise durch besondere Unterstützungen zu begünstigen und zu heben, aber auch keines in ihrem Entstehen, ihrem Betriebe und Ausbreiten zu beschränken, insofern das Rechtsprinzip dabei nicht verletzt wird oder sie nicht gegen die Religion, guten Sitten oder Staatsverfassung anstoßen‘ (so die Preuß. Geschäfts-Instruktion von 1808, abgedr. bei *W. Eucken*, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 1952, S. 357), mußte sich naturgemäß besonders bei den Berufen auswirken, deren Angehörige vorwiegend unter Einsatz ihrer Arbeitskraft und ihrer persönlichen Fähigkeiten Leistungen höherer Art erbringen, durch die sie zugleich der Verwirklichung ideeller Werte im gesellschaftlichen Leben dienen.“

5 Vgl. nur die italienische Regierung, die auf die „Würde des Rechtsanwaltsberufs“ hingewiesen hat: GA *Poiarès v. 1.2.2006 – C-94/04* und C-202/04, Slg I-11421 Rn. 84 – Cipolla und Meloni.

6 *Kluth* JZ 2010, 844 (845).

7 Kritisch hierzu Sechzehntes Hauptgutachten der Monopolkommission 2004/2005 v. 25.8.2006, BT-Drs. 16/2460, 377 f.

8 ZB Österr. VfGH, Slg 8765/1980: Bedarfsprüfung für Apotheken; dazu *Nauta*, S. 40 f.

9 Vgl. zB *Peter* JZ 2011, 939 (945), zur Öffnung des Zugangs zum Rechtsanwaltsberuf; *Krejci* ÖZW 2011, 102 f. für multidisziplinäre Kooperationen in Österreich.

ben. Berufseinsteiger, ausländische oder auswärtige Dienstleister, die die Konkurrenz im Kammerbezirk erhöhen können, haben keine Interessenvertreter in den Kammergremien. Ein weiterer Grund können auch hohe Anforderungen an die eigene Qualität sein: Denn Vorschriften, die Qualität sichern sollen, können negative Effekte in Form von Wettbewerbsbeschränkungen bis hin zu Marktzugangshindernissen haben.<sup>10</sup>

Für die Verwirklichung des Binnenmarkts der Freien Berufen sind insbes. die **Niederlassungsfreiheit** (Art. 49 AEUV) und die **Dienstleistungsfreiheit** (Art. 56 AEUV) von Bedeutung. Im EWGV 1957 war es Aufgabe des Rates – zunächst für eine Übergangszeit<sup>11</sup> einstimmig, dann mit qualifizierter Mehrheit –, Richtlinien zu erlassen, um die Aufnahme und Ausübung selbstständiger Tätigkeiten zu erleichtern (Art. 57). Die für die Übergangszeit geltende Einstimmigkeitsregel machte den Erlass von Harmonisierungsvorschriften aber schwierig. Frankreich hatte Mitte der 60er Jahre die Blockade der Legislative mit seiner „Politik des leeren Stuhls“ auf die Spitze getrieben. Durchaus „verdient“ ist deshalb der Titel „Motor der Integration“, der dem EuGH im Schrifttum verliehen wurde, weil er die Grundfreiheiten zu den wichtigsten Impulsgebern für eine Liberalisierung der Märkte entwickelt hat.<sup>12</sup> Für die Freien Berufe grundlegend sind die Entscheidungen in den Rechtssachen **Reyners**<sup>13</sup> und **Van Binsbergen**.<sup>14</sup> Darin hat der EuGH ausgeführt, dass den Vorschriften über die Niederlassungsfreiheit und die Dienstleistungsfreiheit nach Ablauf der Übergangszeit unmittelbare Wirkung zukommt.

## II. Die Binnenmarktstrategie für den Dienstleistungssektor

In den 1970er- bis 1990er-Jahren konnte die Gemeinschaft berufsspezifische Liberalisierungsmaßnahmen setzen, zB für Ärzte,<sup>15</sup> Zahnärzte,<sup>16</sup> Tierärzte,<sup>17</sup> Apotheker<sup>18</sup> und Archi-

10 Kluth in FS Stober, S. 86.

11 Von zwölf Jahren (Art. 8 EWGV), also bis 1970.

12 Ruthig in Ruthig/Storr, Rn. 39.

13 EuGH 21.6.1974 – Rs. 2/74, Slg 1974, 631 Rn. 30 – Reyners.

14 EuGH 3.12.1974 – Rs. 33/74, Slg 1974, 1299 Rn. 24 – Van Binsbergen.

15 Richtlinie 75/362/EWG des Rates v. 16.6.1975 für die gegenseitige Anerkennung der Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstiger Befähigungsnachweise des Arztes und für Maßnahmen zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des Niederlassungsrechts und des Rechts auf freien Dienstleistungsverkehr, ABL L 167 v. 30.6.1975, 1; Richtlinie 75/363/EWG des Rates v. 16.6.1975 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Tätigkeiten des Arztes ABL L 167 v. 30.6.1975, 14; Richtlinie 86/457/EWG des Rates v. 15.9.1986 über eine spezifische Ausbildung in der Allgemeinmedizin, ABL L 267 v. 19.9.1986, 26; Richtlinie 93/16/EWG des Rates v. 5.4.1993 zur Erleichterung der Freizügigkeit für Ärzte und zur gegenseitigen Anerkennung ihrer Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise, ABL L 165 v. 7.7.1993, 1.

16 Richtlinie 78/686/EWG des Rates v. 25.7.1978 für die gegenseitige Anerkennung der Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstiger Befähigungsnachweise des Zahnarztes und für Maßnahmen zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des Niederlassungsrechts und des Rechts auf freien Dienstleistungsverkehr, ABL L 233 v. 24.8.1978, 1; Richtlinie 78/687/EWG des Rates v. 25.7.1978 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Tätigkeiten des Zahnarztes ABL L 233 v. 24.8.1978, 10.

17 Richtlinie 78/1026/EWG des Rates v. 18.12.1978 für die gegenseitige Anerkennung der Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise des Tierarztes und für Maßnahmen zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des Niederlassungsrechts und des Rechts auf freien Dienstleistungsverkehr, ABL L 362 v. 23.12.1978, 1; Richtlinie 78/1027/EWG des Rates v. 18.12.1978 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Tätigkeiten des Tierarztes, ABL L 362 v. 23.12.1978, 7.

18 Richtlinie 85/433/EWG des Rates v. 16.9.1985 über die gegenseitige Anerkennung der Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise des Apothekers und über Maßnahmen zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des Niederlassungsrechts für bestimmte pharmazeutische Tätigkeiten, ABL L 253 v. 24.9.1985, 37.

tekten.<sup>19</sup> Doch erst mit ihrer „**Binnenmarktstrategie für den Dienstleistungssektor**“<sup>20</sup> nahm die Kommission nach Aufforderung durch den Europäischen Rat von Lissabon im Jahr 2000 – unter Bezugnahme auf die Lissabon Strategie, die EU bis zum Jahr 2010 zum wettbewerbsfähigsten und dynamischsten wissensbasierten Wirtschaftsraum der Welt zu machen – eine Deregulierung der Dienstleistungstätigkeit in Europa erfolgversprechend in Angriff, nicht nur der Freien Berufe, sondern auch der gewerblichen, handwerklichen und kaufmännischen Professionen.<sup>21</sup> Die Kommission hatte verbindliche Festpreise, Preisempfehlungen, Regeln für Werbung, Zugangsvoraussetzungen und ausschließliche Rechte sowie Vorschriften für die zulässige Unternehmensform und die berufsübergreifende Zusammenarbeit als größte Hemmfaktoren festgestellt<sup>22</sup> und sich gegen „übermäßige oder veraltete Reglementierung“, die sich nachteilig auf die Verbraucher auswirken könne, gewandt. Der Wettbewerb zwischen Leistungserbringern könne ausgeschaltet oder eingeschränkt werden; Anreize für Freiberufler, kosteneffizient und kostengünstig zu arbeiten, die Servicequalität zu verbessern oder innovative Dienstleistungen anzubieten, würden gemindert.

- 6 In ihrer Binnenmarktstrategie verwies die Kommission auf die Informationsgesellschaft, die dem Dienstleistungssektor neue Dynamik verliehen habe, wodurch das Potenzial für grenzüberschreitende Nachfrage nach Dienstleistungen „gewaltig erhöht“ worden sei. Dienstleistungen seien der „**Motor der ‚neuen‘ Wirtschaft**“. Das Ziel dieser Binnenmarktstrategie für den Dienstleistungssektor sollte es sein, den grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehr „genauso einfach zu machen wie dies auf nationaler Ebene möglich ist“.
- 7 Diese Einschätzung ist, auch wenn sie 20 Jahre zurückliegt, schon deshalb erstaunlich, weil die Kommission auch vier Jahre später keine genauen Angaben über den Umfang freiberuflicher Tätigkeiten in der Union hatte. Sie schätzte aber, dass etwa **ein Drittel der Beschäftigung** in „sonstigen Dienstleistungen für Unternehmen“ den freiberuflichen Dienstleistungen zuzuordnen waren, das wären ca. 3–4 Mio. Menschen (der EU 15) gewesen.<sup>23</sup> In einer Follow-up-Mitteilung<sup>24</sup> führte sie aus, dass im Jahr 2001 durch „Dienstleistungen für Unternehmen“ ein Umsatz von mehr als 1.281 Mrd. EUR erwirtschaftet worden sei, das entspreche rund 8 % des Gesamtumsatzes in der EU. Ferner gab die Kommission beim Institut für Höhere Studien in Wien ein Gutachten in Auftrag, in dem anhand einer Benchmarking-Analyse die **Regulierungsdichte** der Freien Berufe in den Mitgliedsstaaten beurteilt werden sollte. Für den Beruf des Rechtsanwalts wurden Finnland und Schweden als die Länder mit den liberalsten Vorschriften festgestellt.<sup>25</sup> Dieses Vorgehen ist kritisiert worden,<sup>26</sup> an dem „approach“ der Kommission konnte das nichts ändern. Eine Bewertung der wirtschaftlichen Auswirkungen bestimmter Hindernisse auf vier Unternehmensdienstleistungen (Architekt, Bauingenieur, Buchprüfer, Rechtsanwalt) durch die Europäische Kommission bestätigte eine erhebliche wirtschaftliche Auswirkung auf die Wettbewerbsintensität, die Rentabilität der Branche und die Effizienz der Ressourcenzu-

19 Richtlinie 85/384/EWG des Rates v. 10.6.1985 für die gegenseitige Anerkennung der Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise auf dem Gebiet der Architektur und für Maßnahmen zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des Niederlassungsrechts und des Rechts auf freien Dienstleistungsverkehr, ABl. L 223 v. 21.8.1985, 15.

20 KOM(2000)0888 endg.

21 Vgl. später auch Sechzehntes Hauptgutachten der Monopolkommission 2004/2005 v. 25.8.2006, BT-Drs. 16/2460.

22 KOM(2004) 83 endg., 3.

23 KOM(2004) 83 endg., 7.

24 KOM(2005) 405, 3.

25 *Paterson/Fink/Ogus et al.*, Economic impact of regulation in the field of liberal professions in different Member States, 2003.

26 *Henssler/Kilian AnwBl* 2005, 1 ff.; *Henssler AnwBl* 2009, 1 (4).

weisung.<sup>27</sup> Deshalb hat die Kommission 2016 weitere Vorschläge zur Liberalisierung vorgelegt.<sup>28</sup> Im Jahr 2018 ist die Richtlinie über eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vor Erlass neuer Berufsreglementierungen (RL 2018/958/EU) beschlossen worden.<sup>29</sup>

Ohne Zweifel sind die Berufsankennungsrichtlinie (RL 2005/36/EG) und die Dienstleistungsrichtlinie (RL 2006/123/EG) Meilensteine der Deregulierung und Liberalisierung auch der Freien Berufe. Aus den Reihen der Freien Berufe sind diese Deregulierungsbestrebungen zum Teil heftiger Kritik ausgesetzt. Der Europäischen Kommission ist vorgeworfen worden, „seit ... Jahren zum Angriff auf das Berufsrecht der einzelnen Mitgliedstaaten“ zu blasen<sup>30</sup> und sich der „Destruktivität“ der Grundfreiheiten zu bemühen.<sup>31</sup> Es wird aber auch vehement für weitergehende Öffnungen des Zugangs zu den Märkten der Freien Berufe eingetreten (zB für Nicht-EU-Ausländer).<sup>32</sup> Die Kommission nennt drei Argumente, die für eine gewisse Reglementierung sprechen:

- die **Asymmetrie der Information** zwischen Klienten und Dienstleistern: Freiberufliche Dienstleister haben ein hohes Fachwissen, über das Klienten oftmals nicht verfügen, die deshalb die Qualität der Dienstleistung nicht beurteilen können.
- **externe Effekte**: Die Erbringung von Dienstleistungen kann Auswirkungen auf Dritte haben, wie zB eine fehlerhafte Buchprüfung, die Gläubiger täuschen kann.
- die Bedeutung einiger freiberuflicher Dienstleistungen als „**öffentliche Güter**“: Es muss sichergestellt werden können, dass bestimmte öffentliche Güter in ausreichendem oder angemessenem Maß bereitgestellt werden.<sup>33</sup>

## B. Gegenstandsbeschreibung

### I. Überblick über die Verwendung des Begriffs der „Freien Berufe“ im primären und sekundären Unionsrecht

Im Unionsrecht – wie auch im deutschen oder österreichischen Recht – findet sich **keine klare Definition** der Freien Berufe (im Englischen: „liberal professions“, im Französischen: „professions libérales“, im Italienischen: „professioni liberali“). Mitunter wird in Unionsvorschriften die Formulierung der „freien Berufe“ verwendet, der Begriff wird aber nicht definiert. Art. 57 Abs. 2 lit. d AEUV bestimmt die „freiberuflichen Tätigkeiten“ zwar als Dienstleistungen, lässt aber offen, was diese „freiberuflichen Tätigkeiten“ vor anderen auszeichnet. In der Richtlinie über irreführende und vergleichende Werbung<sup>34</sup> wird ohne weitere Begriffsbestimmung auf die Freien Berufe Bezug genommen und in der Mehrwertsteuer-Richtlinie findet sich kaum weniger deutlich die Formulierung eine Steuerbefreiung betreffend: „Dienstleistungen von Autoren, Künstlern und Interpreten von Kunstwerken sowie Dienstleistungen von Rechtsanwälten und Angehörigen anderer freier Berufe, mit Ausnahme der ärztlichen oder artzähnlichen Heilberufe“.<sup>35</sup> Eine Ausnahme ist die Berufungsankennungsrichtlinie (→ Rn. 11). Die Kommission beschreibt die Freien

27 KOM(2016)0820 final, 3.

28 Ebd.

29 Richtlinie (EU) 2018/958 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28.6.2018 über eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vor Erlass neuer Berufsreglementierungen, ABl. L 173 vom 9.7.2018, 2.

30 *Bormann/Stürner* NJW 2004, 1481 (1489); kritisch auch *Redeker* NJW 2004, 2799 (2801).

31 *Henssler* AnwBl 2009, 1 (2).

32 *Peter* JZ 2011, 939 f.

33 KOM(2004) 83 endg., 10.

34 Art. 2 Richtlinie 2006/114/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 12.12.2006 über irreführende und vergleichende Werbung, ABl. L 376 v. 27.12.2006.

35 Art. 9 Abs. 1 2. UAbs. RL 2006/112 iVm Anhang X Teil B Richtlinie 2006/112/EG des Rates v. 28.11.2006 über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem, ABl. Nr. L 347 v. 11.12.2006, 1.

Berufe als „Tätigkeiten, die eine besondere künstlerische oder wissenschaftliche Ausbildung voraussetzen,<sup>36</sup> „zB Rechtsanwalt, Notar, Ingenieur, Architekt, Wirtschaftsprüfer und Apotheker.“<sup>37</sup>

### II. Interpretationshinweis des EuGH

- 10 Der EuGH hatte im Urteil „Adam“ den Begriff der „freien Berufe“, wie er in der – inzwischen außer Kraft getretenen – 6. Mehrwertsteuerrichtlinie Verwendung fand, zu interpretieren und unter ausdrücklicher Berücksichtigung des steuerrechtlichen Hintergrunds auf bestimmte Merkmale hingewiesen, die die Freien Berufe im Sinne der genannten Richtlinie kennzeichnen. Sie umfassen „Tätigkeiten, die ua ausgesprochen intellektuellen Charakter haben, eine hohe Qualifikation verlangen und gewöhnlich einer genauen und strengen berufsständischen Regelung unterliegen. Hinzu kommt, dass bei der Ausübung einer solchen Tätigkeit das persönliche Element besondere Bedeutung hat und diese Ausübung auf jeden Fall eine große Selbstständigkeit bei der Vornahme der beruflichen Handlungen voraussetzt.“<sup>38</sup> Ob die Tätigkeit eines Wohnungseigentumsverwalters nach – in concreto – luxemburgischem Recht dazu gehörte, ließ der EuGH ausdrücklich offen, für Rechtsanwälte nahm er das im Urteil „Reyners“ dezidiert an.<sup>39</sup>

### III. Die Berufsankennungsrichtlinie

- 11 In Erwägungsgrund 43 der Berufsankennungsrichtlinie sind die Freien Berufe nicht definiert aber ähnlich wie in dem Urteil „Adam“ umschrieben. Wörtlich heißt es: „Diese Richtlinie betrifft auch Freie Berufe soweit sie reglementiert sind, die gemäß den Bestimmungen dieser Richtlinie auf der Grundlage einschlägiger Berufsqualifikationen persönlich, in verantwortungsbewusster Weise und fachlich unabhängig von Personen ausgeübt werden, die für ihre Kunden und die Allgemeinheit geistige und planerische Dienstleistungen erbringen. Die Ausübung der Berufe unterliegt möglicherweise in den Mitgliedstaaten in Übereinstimmung mit dem Vertrag spezifischen gesetzlichen Beschränkungen nach Maßgabe des innerstaatlichen Rechts und des in diesem Rahmen von der jeweiligen Berufsvertretung autonom gesetzten Rechts, das die Professionalität, die Dienstleistungsqualität und die Vertraulichkeit der Beziehungen zu den Kunden gewährleistet und fortentwickelt.“<sup>40</sup> Die Vorschrift hat ihren Grund in dem Umstand, dass der Ausschuss für Recht und Binnenmarkt des Europäischen Parlaments die Berufsankennungsrichtlinie nicht auf sämtliche reglementierte Berufe, sondern nur auf die Freien Berufe beschränkt wissen wollte.<sup>41</sup> Dem ist die Kommission in ihrem geänderten Vorschlag nicht gefolgt, weil der Begriff „ohne Belang für die Richtlinie ist und sich in keiner ihrer Bestimmungen wiederfindet“. Ferner verwies sie darauf, dass eine Beschränkung der Anwendung der Richtlinie auf Freie Berufe zur Folge hätte, dass eine große Zahl von Berufen vom abgeleiteten Recht ausgenommen wäre, was einen enormen Rückschritt gegenüber dem Besitzstand dargestellt hätte.<sup>42</sup> Die Erwähnung der Freien Berufe in Erwägungsgrund 43 ist ein Kompro-

---

36 KOM(2004) 83 endg., 3.

37 KOM(2004) 83 endg., 6.

38 EuGH 11.10.2001 – C-267/99, Slg I-2001, 7467 Rn. 39 – Adam.

39 EuGH 21.6.1974 – Rs. 2/74, Slg 1974, 631 Rn. 47 – Reyners.

40 Erwägungsgrund 43 RL 2005/36/EG.

41 Bericht über den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Anerkennung von Berufsqualifikationen (KOM(2002) 119 – C5-0113/2002 – 2002/0061(COD)) v. 15.12.2003, A5-0470/2003, 25.

42 Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Anerkennung von Berufsqualifikationen (KOM[2004] 317 endg., 46).

miss zwischen den politischen Kräften, die den Anwendungsbereich der Berufsanerkenntnisrichtlinie grundlegend verschieden bestimmen wollten.<sup>43</sup>

#### IV. Zu der Schwierigkeit und Bedeutung, Freie Berufe im unionsrechtlichen Kontext zu definieren

Es ist bisher **nicht gelungen**, den Begriff der Freien Berufe im unionsrechtlichen Kontext **überzeugend zu definieren**.<sup>44</sup> Auch eine definitorisch scharfe Abgrenzung zur gewerblichen Tätigkeit – wie sie bisweilen in Gesetzgebungsverfahren gefordert wurde, um zB Qualitätssicherungsmechanismen verbraucherschutzfreundlich ausrichten zu können<sup>45</sup> – konnte nicht erreicht werden.

Das hat vor allem drei Gründe: erstens **verweist der Begriff auf das nationale Recht**.<sup>46</sup> „Frei“ sind viele Freie Berufe ja deshalb, weil sie nicht herkömmlicher staatlicher Überwachung unterliegen, sondern – mehr oder weniger – einer Überwachung durch mitgliedstaatlich organisierte Selbstverwaltungseinrichtungen. Das muss nicht bei allen Berufen so sein, Künstler und Schriftsteller zB unterliegen keiner besonderen staatlichen oder berufsständischen Überwachung. Deshalb kommt es darauf an, ob das jeweilige mitgliedstaatliche Recht den betreffenden Beruf als einen „freien“ organisiert hat, wobei ein Mitgliedstaat in dieser Einschätzung frei ist. Deshalb kann zB in Italien der Zollinspektor<sup>47</sup> oder in Luxemburg der Wohnungseigentumsverwalter (→ Rn. 10) ein Freier Beruf sein. Insbes. können Freie Berufe **nicht mit reglementierten Berufen gleichgesetzt** werden. Der Begriff der reglementierten Berufe entstammt der Berufsanerkenntnisrichtlinie (Art. 3 Abs. 1 lit. a) und beschreibt eine berufliche Tätigkeit oder eine Gruppe beruflicher Tätigkeiten, bei der die Aufnahme oder Ausübung oder eine der Arten der Ausübung direkt oder indirekt durch Rechts- und Verwaltungsvorschriften an den Besitz bestimmter Berufsqualifikationen gebunden ist. Wie intensiv diese Regulierungen sein können, zeigen die Vorschriften für Vertragsärzte in Deutschland (Bedarfsplanung, Budgetierung).<sup>48</sup> Die Vertragsärzte sollen „überreguliert“,<sup>49</sup> gar „staatlich gebundene Berufe“<sup>50</sup> sein. Auch die Notare, die in Deutschland ein öffentliches Amt ausüben,<sup>51</sup> stehen in einem besonderen Naheverhältnis zum Staat. Gleichwohl werden beide Berufe weiterhin den „Freien“ Berufen zugeordnet.<sup>52</sup>

43 *Kluth/Rieger* EuZW 2005, 486 (487).

44 Kritisch zur Definition des deutschen Bundesverbands der Freien Berufe („Angehörige Freier Berufe erbringen aufgrund 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“): Sechzehntes Hauptgutachten der Monopolkommission 2004/2005 v. 25.8.2006, BT-Drs. 16/2460, 373.

45 Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses zu dem „Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt“ KOM(2004) 2 endg. – 2004/0001 (COD), v. 16.2.2005, INT/228 „Dienstleistungen im Binnenmarkt“, Punkt 3.3.2.

46 Für Deutschland vgl. die Begriffsbeschreibung in § 1 Abs. 2 PartGG und in § 18 Abs. 1 EStG; abschließend in § 6 GewO.

47 EuGH 18.6.1998, C-35/96, Slg 1998, I-3851 Rn. 34 – CNSD; vgl. a. GA *Léger* v. 10.7.2001 – C-309/99, Slg 2002, I-1653 Rn. 65 – Wouters.

48 Vgl. §§ 72 ff. SGB V.

49 *Steinbilper* in Laufs/Kern § 25 Rn. 2.

50 Krit. *Weiβ* NZS 2005, 67 ff. mwN

51 § 1 BNoto in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 303-1, veröffentlichten bereinigten Fassung.

52 *Kämmerer*, S. H 26 und 27.

- 14 Zweitens bezieht Art. 57 AEUV die freiberuflichen Tätigkeiten in die **Dienstleistungsfreiheit** ein und stellt sie damit gewerblichen, kaufmännischen und handwerklichen Tätigkeiten gleich. Einer Unterscheidung dieser vier Tätigkeiten bedarf es dann bei der Subsumtion dieser Grundfreiheit nicht mehr, eine eigene normative Relevanz hat der Begriff praktisch nicht.<sup>53</sup> Und auch sekundärrechtliche Vorschriften stellen freiberufliche Tätigkeiten mitunter gewerblichen und industriellen Tätigkeiten gleich.<sup>54</sup>
- 15 Und soweit – drittens – wettbewerbsbeschränkende Maßnahmen iSd Art. 101, 102 und 106 AEUV in Frage stehen, kommt es unter Binnenmarktgesichtspunkten weniger darauf an, ob eine Tätigkeit freiberuflich ausgeübt wird, als darauf, ob es sich um eine „**wirtschaftliche Tätigkeit**“ handelt. Eine wirtschaftliche Tätigkeit ist nach st. Rspr. des EuGH jede Tätigkeit, die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten.<sup>55</sup> Demzufolge ist ein Unternehmen definiert als jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung.<sup>56</sup>
- 16 Die klassischen Freien Berufe werden **wirtschaftlich und unternehmerisch** ausgeübt. Rechtsanwälte beispielsweise – so der EuGH maßgebend in „Wouters“<sup>57</sup> – bieten gegen Entgelt juristische Dienstleistungen in Form der Erstattung von Gutachten, der Ausarbeitung von Verträgen und anderen Dokumenten sowie des Beistands und der Vertretung vor Gericht an. Sie tragen zudem die mit der Ausübung dieser Tätigkeiten verbundenen finanziellen Risiken, da sie im Falle eines Ungleichgewichts zwischen den Ausgaben und den Einnahmen die Verluste zu übernehmen haben. Sie üben somit eine wirtschaftliche Tätigkeit aus und sind in der Folge Unternehmen iSd Art. 101, 102 und 106 AEUV. Wenngleich der Gerichtshof einzelne Berufe nicht als „freie“ benannt hat, hat er doch bisweilen darauf hingewiesen oder jedenfalls **auf das nationale Recht Bezug genommen**, dass ein Beruf in einem Mitgliedstaat freiberuflich ausgeübt wird, wie der Apotheker in Frankreich,<sup>58</sup> der Arzt<sup>59</sup> oder Zahnarzt in Österreich,<sup>60</sup> der Rechtsanwalt in Frankreich<sup>61</sup> oder Spanien<sup>62</sup> oder zB der Notarberuf in Belgien, Frankreich, Luxemburg, Portugal, Österreich, Deutschland und Griechenland.<sup>63</sup>

### V. Einzelne Begriffsmerkmale der Freien Berufe

- 17 Im Folgenden sollen einzelne Merkmale und Eigenschaften, die mit den Freien Berufen verbunden werden, näher beleuchtet werden. Es wird sich zeigen, dass eine einheitliche

---

53 *Kämmerer*, S. H 15.

54 ZB Erwägungsgrund 43 RL 2005/36/EG; Art. 7 Abs. 3 lit. 3 Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 17.6.2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), ABl. L 177 v. 4.7.2008.

55 EuGH 16.6.1987 – Rs. 118/85, Slg 1987, 2599 Rn. 7 – AAMS.

56 EuGH 23.4.1991 – C-41/90, Slg 1991, I-1979 Rn. 21 – Höfner und Elser; EuGH 16.11.1995 – C-244/94, Slg 1995, I-4013 Rn. 14 – Fédération française des sociétés d'assurances; EuGH 11.12.1997 – C-55/96, Slg 1997, I-7119 Rn. 21 – Job Centre.

57 EuGH 19.2.2002 – C-309/99, Slg 2002, I-1653 Rn. 48 – Wouters.

58 EuG 26.10. 2010 – T-23/09, Rn. 61 – CNOP.

59 EuGH 25.6.2009 – C-356/08, Slg 2009, I-108 Rn. 2 – Umlageordnung.

60 EuGH 10.3.2009 – C-169/07, Slg 2009, I-1721 Rn. 14 – Hartlauer.

61 EuGH 3.4.2008 – C-103/06, Slg 2008, I-1853 Rn. 12 – Derouin.

62 EuGH 10.3.2005 – C-235/03, Slg 2005, I-1937 Rn. 6 – QDQ Media SA.

63 EuGH 24.5.2011 – C-47/08, Rn. 8 – belgische Notare; EuGH 24.5.2011 – C-50/08, Rn. 2 – französische Notare; EuGH 24.5.2011 – C-51/08, Rn. 8 – luxemburgische Notare; EuGH 24.5.2011 – C-52/08, Rn. 8 – portugiesische Notare; EuGH 24.5.2011 – C-53/08, Rn. 10 – österreichische Notare; EuGH 24.5.2011 – C-54/08, Rn. 10 – deutsche Notare; EuGH 24.5.2011 – C-61/08, Rn. 8 – griechische Notare.

Begriffsdefinition nicht gefunden werden kann. Die Freien Berufe können nicht zu anderen Berufen scharf abgegrenzt werden. Dennoch gibt es **Eigenschaften und Merkmale**, die die verschiedenen Freien Berufe wie eine Klammer zusammenzuhalten scheinen.

**1. Intellektueller Charakter**

Die Freien Berufe sollen sich vom Handwerk vor allem dadurch unterscheiden, dass jene **18** „**typischerweise einen intellektuellen Charakter zeigen**“, während Handwerksberufe wesensmäßig mit „praktischen Tätigkeiten“ verbunden sind. Wie auch immer diese Intellektualität genau verstanden werden soll, nicht selten verlangen Handwerksberufe heute wegen ihrer individuell–persönlichen Tätigkeit eine nicht weniger hohe Qualifikation.<sup>64</sup> Als Abgrenzungskriterium zu Handwerk und Gewerbe ist der „intellektuelle Charakter“ der Freien Berufe auch deshalb mit Vorsicht zu verwenden, weil Ingenieure und in gewissem Grade auch Architekten, die ja zu den Freien Berufen gezählt werden, auch „handwerklich“ tätig werden und bei der Tätigkeit von Lotsen, Krankengymnasten und Hebammen steht die „Intellektualität“ ihrer Tätigkeit eher weniger im Vordergrund.<sup>65</sup> Besser ist es, von überwiegend intellektuellen Tätigkeiten, vorgeschlagen wird auch, von „**ideellen**“ Tätigkeiten zu sprechen.<sup>66</sup> An der Kritik an diesem Kriterium ändert das aber nichts.

**2. Hohe Qualifikation**

Die Anforderung einer hohen Qualifikation an die Ausübung eines Freien Berufs soll aus dem „**intellektuellen Charakter**“ der betreffenden Tätigkeit folgen sowie aus der persönlichen und selbstständigen Tätigkeit des Berufs abgeleitet werden. Die Anforderung wird auch mit dem Verbraucherschutz in Verbindung gebracht.<sup>67</sup> **19**

Zu Recht darf von bestimmten Freien Berufen (etwa Rechtsanwälten und Ärzten) ein **20** **hohes Qualitätsniveau** erwartet werden. Will man diesen Gedanken weiterführen, wird man aber kaum abstreiten können, dass auch bei vielen anderen Tätigkeiten eine hohe Qualität gefordert wird. Gerade unter Verbraucherschutzgesichtspunkten werden an handwerkliche und gewerbliche Tätigkeiten nicht unerhebliche Qualitätsanforderungen gestellt. Zudem sind die geforderten Qualifikationen berufsentsprechend verschieden. In der Tat ist es aber ein Kennzeichen der Freien Berufe, dass sie einer besonderen, nicht selten akademischen, **Ausbildung bedürfen**. Für Rechtsanwälte, Ärzte und Notare liegt das auf der Hand. Eine hinreichende Qualifikation als Berufseintrittsvoraussetzung wird durch gesetzliche Vorgaben sichergestellt. Insoweit sind Freie Berufe oft reglementiert iSd Art. 3 Abs. 1 lit. a Berufsanerkennungsrichtlinie, bei der die Aufnahme oder Ausübung direkt oder indirekt durch Rechts- und Verwaltungsvorschriften an den Besitz bestimmter Berufsqualifikationen gebunden ist. Dass eine hohe Qualität als Berufsantrittsvoraussetzung oder aus Verbraucherschutzgründen nicht zwingend sein muss, zeigen die vielen (freien) Berufe der Künstler und der Beruf des Journalisten.

**3. Gewöhnlich einer genauen und strengen berufsständischen Regelung unterliegend**

Viele Freien Berufe unterliegen einer besonderen berufsständischen Regulierung wie **21** Rechtsanwälte, Ärzte, Apotheker, Notare oder Architekten. Aber auch dieses Kriterium kann nicht zwingend sein, zum einen weil Art. 57 AEUV auf die Tätigkeit an sich abstellt (freiberufliche Tätigkeit) und nicht darauf, ob es Berufsstände oder gar eigene berufsständische Regelungen gibt, zum anderen weil es auch **nicht besonders reglementierte freibe-**

64 Dauses/Ludwigs/Stumpf HdBEUWiR Bd. 1 E. II. Rn. 9.

65 *Kämmerer*, S. H 18.

66 *Kluth*, Jahrbuch des Kammer- und Berufsrechts, 2006, S. 269.

67 Dauses/Ludwigs/Stumpf HdBEUWiR Bd. 1 E. II. Rn. 8.

**rufliche Tätigkeiten** gibt (wie schon erwähnt Journalisten, Schriftsteller oder Künstler).<sup>68</sup> Zudem ist die „Strenge“ der berufsständischen Regelung als Definitionskriterium angesichts des Liberalisierungsanspruchs der Grundfreiheiten an sich schon zu hinterfragen. Nicht selten sind es gerade die Vorschriften zur Qualitätssicherung, die den Wettbewerb beschränken und den Marktzugang behindern.<sup>69</sup>

### 4. Persönliche Tätigkeit

- 22 Dem persönlichen Element soll nach der „Adam“-Rechtsprechung des EuGH „besondere Bedeutung“ zukommen.<sup>70</sup> Zwingend ist es also nicht, allenfalls ein Indiz. In der Tat dürfte es sich auch dabei eher um ein **deskriptives Merkmal** bestimmter freiberuflicher Tätigkeiten handeln und seinen Grund in dem Umstand haben, dass einerseits die besondere fachliche Kenntnis des Dienstleistungserbringers angefragt wird, andererseits freiberufliche Tätigkeiten **häufig selbstständig** ausgeübt werden. Dass das aber nicht immer der Fall ist, zeigt der Trend zu großen Rechtsanwaltsgesellschaften sowie Steuerberater- und Wirtschaftsprüferkanzleien. Sie halten für verschiedene Angelegenheiten Spezialisten vor und bieten ihre Dienstleistungen als Team an. Auch (Unter-)Beauftragung von Dritten ist nicht ungewöhnlich. Vergleichbare Phänomene gibt es bei Architekten und Ärzten.

### 5. Große Selbstständigkeit bei der Vornahme der beruflichen Handlungen

- 23 Dieses Kriterium kann in einem doppelten Sinne verstanden werden. Zum einen kann die „große Selbstständigkeit“ auf eine **unternehmerische Betätigung** abzielen – in Abgrenzung zur unselbstständigen Arbeitnehmertätigkeit. Damit würde aber verkannt werden, dass viele herkömmliche Freie Berufe in Angestelltenbeschäftigungsverhältnissen ausgeübt werden. Der angestellte Krankenhausarzt ist ein Beispiel,<sup>71</sup> der in einer Rechtsanwaltskanzlei angestellter Rechtsanwalt ein anderes, wobei der Trend zur Spezialisierung und die Tendenz der Zusammenschlüsse von Rechtsanwaltskanzleien zu „law-firms“ die Entwicklung zu angestellten Beschäftigungsverhältnissen in dieser Berufsgruppe eindeutig erhöht hat. Gleichwohl: der Begriff „freiberuflich“ impliziert eine selbstständige Tätigkeit, die bei der Ausübung eines „Freien Berufs“ nicht zwingend vorliegen muss.
- 24 Das Kriterium kann auch auf eine „**fachliche Unabhängigkeit**“ bezogen sein. Fachliche Unabhängigkeit liegt aber weniger in der arbeitsrechtlichen Weisungsfreistellung oder Unabhängigkeit vom Arbeitgeber, als in der fachlich kompetenten Erbringung der Arbeit/Dienstleistung oder der Herstellung des Werks für den Auftraggeber. Dieses Kriterium schließt also an die „hohe berufliche Qualifikation“ an, ohne allerdings ein zwingendes Merkmal für Freie Berufe zu sein.

### 6. Besondere Verantwortung

- 25 Kaum weiterführend ist es, die Abgrenzung der Freien Berufe von anderen Berufen mit einer „gesamtgesellschaftlichen Funktion“ in Verbindung zu bringen.<sup>72</sup> Das Kriterium der „gesamtgesellschaftlichen Funktion“ erhellt nichts. „Gesamtgesellschaftlich“ relevant – was immer damit genau gemeint sein mag – ist letztendlich jede Dienstleistung, die für die Allgemeinheit angeboten wird.

---

68 Sechzehntes Hauptgutachten der Monopolkommission 2004/2005 v. 25.8.2006, BT-Drs. 16/2460, 374.

69 Kluth in FS Stober, S. 86.

70 Kluth, Jahrbuch, S. 269.

71 AA für Österreich aber Wallner, S. 40.

72 Dausen/Ludwigs/Stumpf HdBUEWiR Bd. 1 E. II. Rn. 8.

Ob einem Freien Beruf eine **besondere Berufsethik**, ein „gemeinwohllaffiner Ethos“<sup>73</sup> zugrunde liegt, die ihn von anderen Berufen abhebt, ist in dieser Pauschalität zu bezweifeln. Schon der Begriff der Berufsethik, sofern er nicht normativ konkretisiert wird, bleibt vage. Ferner kann es „eine“ Berufsethik für die Freien Berufe ohnehin nicht geben. Sicher, bei Heilberufen, insbes. bei Ärzten, gibt es wohl ein besonderes Berufsethos, bei Rechtsanwälten erscheint das schon fraglicher,<sup>74</sup> bei Künstlern ist es nicht erkennbar. Es lässt aufhorchen, wenn *Kluth* deshalb eine Rückbesinnung auf das früher geltende Berufsethos fordert.<sup>75</sup> Der Vorschlag mag einiges für sich haben, für den vorliegenden Beitrag wäre es aber zu einengend, diesen aufzugreifen.

Nicht selten werden für Freie Berufe „**besondere Pflichten**“ gegenüber der Allgemeinheit behauptet, die es erfordern, das Eigeninteresse an Gewinnmaximierung zurückzustellen.<sup>76</sup> Auch wenn die überdurchschnittliche Einkommen beziehenden Ärzte wohl kein gutes Beispiel dafür sind, muss die Kritik an der Konturenlosigkeit des Kriteriums der „besonderen Pflichten“ ansetzen. Gleichwohl hat auch der EuGH in „Apothekerkammer des Saarlandes“<sup>77</sup> auf die „besondere Verantwortung“, die einem Apotheker auferlegt ist, aufmerksam gemacht. In der Entscheidung hat er weniger die Berufsethik gemeint, als die Bedeutung des Berufs für das wirtschaftliche Auskommen des Apothekers in den Vordergrund gestellt und ausgeführt: „Als Berufsapotheker ist bei ihm aber davon auszugehen, dass er die Apotheke nicht nur aus rein wirtschaftlichen Zwecken betreibt, sondern auch unter einem beruflich-fachlichen Blickwinkel. Sein privates Interesse an Gewinnerzielung wird somit durch seine Ausbildung, seine berufliche Erfahrung und die ihm obliegende Verantwortung gezügelt, da ein etwaiger Verstoß gegen Rechtsvorschriften oder berufsrechtliche Regeln nicht nur den Wert seiner Investition, sondern auch seine eigene berufliche Existenz erschüttert.“ Für den Betreiber – so der EuGH weiter –, der Apotheker ist, lässt sich nicht leugnen, dass er ebenso wie andere Personen das Ziel verfolgt, Gewinne zu erwirtschaften.

## VI. Zusammenfassung

Aus europarechtlicher Perspektive können die Freien Berufe **nicht als Berufsgruppe**, als ein spezifisches Berufsbild oder als ein bestimmter Berufstypus definiert und von anderen Berufen scharf abgegrenzt werden. Ein widerspruchsfreies „Leitbild“ wird sich nicht finden lassen. Das hat seinen Grund nicht nur in der Vielfalt und Abstraktheit der Beschreibungsmerkmale,<sup>78</sup> sondern vor allem auch darin, dass es idR die nationalen Gesetzgeber sind, die einen Beruf als einen Freien Beruf (legal-)definieren. Das primäre Unionsrecht unterscheidet nicht zwischen den „freien“ und anderen Berufen, wie Art. 57 Abs. 2 AEUV zeigt. Und auch das Sekundärrecht enthält nur wenige Vorschriften, die Freie Berufe in ihrer Gesamtheit explizit betreffen. Bezeichnend ist, dass die Freien Berufe in der Berufsanerkennungsrichtlinie lediglich in den Erwägungsgründen beschrieben, also gerade nicht legaldefiniert werden. Dabei wird auf „reglementierte“ Berufe Bezug genommen, mithin auf solche, bei der die Aufnahme oder Ausübung oder eine der Arten der Ausübung direkt oder indirekt durch – idR nationale – Rechts- und Verwaltungsvorschriften an den Besitz

73 Als maßgebliches Kriterium: *Kluth* JZ 2010, 844.

74 S. die Umfrage zur Schaffung berufsethischer Regeln: *Kilian* NJW 2011, 3413 (3418).

75 *Kluth* JZ 2010, 844 (850).

76 Schulze/Zuleeg/Kadelbach/*Denzin* EuR, S. 1468.

77 EuGH 19.5.2009 – C-171/07, Slg 2009 I-4171 Rn. 37 – Apothekerkammer des Saarlandes.

78 *Kluth*, Jahrbuch, S. 279.

bestimmter Berufsqualifikationen gebunden sind.<sup>79</sup> Besondere Rechtsfolgen sind damit nicht verbunden.

### C. Der grundlegende Rechtsrahmen für die Freien Berufe

#### I. Grundfreiheiten

- 29 Für die Freien Berufe sind – wie ausgeführt – die **Niederlassungsfreiheit** (Art. 49 AEUV) und die **Dienstleistungsfreiheit** (Art. 56, vgl. insbes. Art. 57 Abs. 2 lit. d AEUV) von besonderer Bedeutung, aber auch die **Arbeitnehmerfreizügigkeit** (Art. 45 AEUV) insofern, als „Freiberufler“ auch angestellt werden können und deshalb die Dienstleistungs- und die Niederlassungsfreiheit im Fall von grenzüberschreitender Bedeutung der betreffenden Tätigkeit dann nicht einschlägig sind.<sup>80</sup> Das folgt unmittelbar aus Art. 57 Abs. 1 AEUV, der die Dienstleistungsfreiheit als gegenüber der Arbeitnehmerfreizügigkeit subsidiär bestimmt. Berufsspezifisch kann aber auch die **Warenverkehrsfreiheit** zB bei Apothekern für deren Tätigkeit von Bedeutung sein<sup>81</sup> oder die **Kapitalverkehrsfreiheit**, wenn es zB um eine Investition in ein Unternehmen geht, das freiberufliche Tätigkeiten ausübt. Auf die Grundfreiheiten können sich die **Staatsbürger der Unionsmitgliedstaaten** sowie die des **Europäischen Wirtschaftsraums**, Norwegen, Island, Liechtenstein, berufen, auf die Kapitalverkehrsfreiheit auch Angehörige dritter Staaten (Art. 63 AEUV).
- 30 Die Grundfreiheiten schützen vor **offenen Diskriminierungen** aus Gründen der Staatsangehörigkeit<sup>82</sup> und vor **versteckten Diskriminierungen** wie Wohnsitzerfordernissen.<sup>83</sup> Diskriminierungen dürfen auch nicht von Berufsverbänden ausgehen. Der EuGH hat das zB für eine französische Tierärztekammer angenommen, weil sie mit „öffentlichen Aufgaben“ betraut war (→ Rn. 97 f.).<sup>84</sup>
- 31 Die Grundfreiheiten schützen außerdem vor **ungerechtfertigten Beschränkungen**.<sup>85</sup> Beschränkungen sind nur zulässig, wenn sie in nichtdiskriminierender Weise angewandt werden, sie zwingenden Gründen des Allgemeininteresses entsprechen, zur Erreichung des verfolgten Zieles geeignet sind und nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Zieles erforderlich ist.<sup>86</sup> Nicht selten beruhen berufsbeschränkende Regelungen auf prognostischen Erwägungen; auch Auswirkungen ihres Wegfalls sind im Voraus kaum abschätzbar.<sup>87</sup> Im Bereich der Freien Berufe sind Werbeverbote, Fremdbesitzverbote, dh dass im Fall einer Gesellschaftsgründung die Gesellschafter den Freien Berufen angehören müssen (zulässig bei Apotheken),<sup>88</sup> Filialverbote (unzulässig bei Augenoptikern)<sup>89</sup> und Verbote gemischter Kooperationen, dh von Trägern verschiedener Berufe (zulässig bei Rechtsanwälten und Wirtschaftsprüfern),<sup>90</sup> häufig anzufindende Beschränkungen. Gerechtfertigt sein können zB Anforderungen an die Zuverlässigkeit,<sup>91</sup> hinreichende Sprachkenntnisse

79 Art. 3 Abs. 1 lit. a RL 2005/36/EG.

80 *Kämmerer*, S. H 15.

81 ZB EuGH 11.12.2003 – C-322/01, Slg 2003, I-14887 ff. – DocMorris.

82 ZB EuGH 14.7.1988 – Rs. 38/87, Slg 1988, 4427 ff. – Kommission/Griechenland.

83 EuGH 18.1.2001 – C-162/99, Slg 2001, I-558 Rn. 34 – Kommission/Italien.

84 EuGH 22.9.1983 – Rs. 271/82, Slg 1983, 2727 Rn. 19 – Auer.

85 EuGH 11.12.2003 – C-322/01, Slg 2003, I-14887 ff. – DocMorris.

86 Grundlegend für die Niederlassungsfreiheit: EuGH 30.11.1995 – C-55/94, Slg 1995, I-4165, Rn. 37 – Gebhard.

87 *Kluth* JZ 2010, 844 (849).

88 EuGH 19.5.2009 – C-171/07, Slg 2009 I-4171 – Apothekerkammer des Saarlandes.

89 EuGH 21.4.2005 – C-140/03, Slg 2005, I-3193 Rn. 35 – Kommission/Griechenland; *Kleine-Cosack* DB 2007, 1851 ff.

90 EuGH 19.2.2002 – C-309/99, Slg 2002, I-1653 Rn. 123 – Wouters.

91 EuGH 19.1.1988 – Rs. 292/86, Slg 1988, 131 ff. – Gullung.

(Zulassung Zahnarzt,<sup>92</sup> anders für Rechtsanwalt<sup>93</sup>) und die Zugehörigkeit zu einer Kammer,<sup>94</sup> ungerechtfertigt ist zB das Erfordernis, dass nur dann im Aufnahmestaat praktiziert werden darf, wenn die im Herkunftsstaat erworbene Zulassung zurückgegeben wird<sup>95</sup> oder Beiträge zu einer weiteren Sozialversicherung abgeführt werden, wenn damit kein zusätzlicher sozialer Schutz verbunden ist<sup>96</sup> (zum Liberalisierungspotential der Grundfreiheiten s. ausführlich zu den Rechtsanwälten → Rn. 48 ff.).

## II. Grundrechte

Für die Freien Berufe sind vor allem das Grundrecht der **Berufsfreiheit** (Art. 15 GRC) und das Grundrecht der **unternehmerischen Freiheit** (Art. 16 GRC) wichtig. Wird die freiberufliche Tätigkeit selbstständig ausgeübt, liegt eine unternehmerische Tätigkeit iSv Art. 16 GRC vor, die Tätigkeit unselbstständiger Freiberufler wird durch Art. 15 GRC geschützt.<sup>97</sup> Nach den amtlichen Erläuterungen zur Grundrechtecharta gründet das Grundrecht der unternehmerischen Freiheit auf der Rechtsprechung des Gerichtshofs,<sup>98</sup> der die Freiheit, eine Wirtschafts- oder Geschäftstätigkeit auszuüben, sowie die Vertragsfreiheit<sup>99</sup> anerkannt hat. Aus der Grundrechtecharta wird nicht hinreichend deutlich, ob die unternehmerische Freiheit, die nach dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften anerkannt ist, ein Ausgestaltungsrecht sein soll<sup>100</sup> oder – was zutreffend sein dürfte – ein Abwehrrecht. Noch nicht geklärt ist, ob der Vorbehalt des Geltungsbereichs der unternehmerischen Freiheit „nach dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten“ den Grundrechtsschutz gegenüber dem Grundrecht der Berufsfreiheit, das einen solchen Vorbehalt nicht kennt, absenken soll. Um das zu vermeiden, wird in der Literatur vorgeschlagen, freiberufliche Tätigkeiten unter beide Grundrechte zu subsumieren (Idealkonkurrenz).<sup>101</sup> Jedenfalls können die Grundrechte der unternehmerischen Freiheit und der Berufsfreiheit nach Art. 52 Abs. 1 GRC beschränkt werden.

Künstler und Schriftsteller können sich auf die **Kunstfreiheit** (Art. 13 GRC), Journalisten auf die **Meinungs- und Informationsfreiheit** (Art. 11 GRC, Art. 10 EMRK) berufen. Darüber hinaus können die **Gleichheitsrechte** (Art. 20 ff. GRC, Art. 14 EMRK) und das **Eigentumsrecht** (Art. 17 GRC, I. ZP EMRK) Bedeutung haben.

## III. Sonstiges primäres Wettbewerbsrecht

Bestimmte Tätigkeiten, die von Freien Berufen wahrgenommen werden, können mit **Erbringungspflichten** verbunden sein, zB einer Rechtsberatung oder dem Vorhalten von Medikamenten durch Apotheker. Ist diese Pflichtvorgabe (Konzession)<sup>102</sup> mit wettbewerbsbe-

92 EuGH 4.7.2000 – C-424/97, Slg 2000, I-5148 Rn. 59 – Haim.

93 EuGH 19.9.2006 – C-506/04, Slg 2006, I-8643 Rn. 51 f. – Wilson – allerdings im Hinblick darauf, dass eine Richtlinie abschließend die Zugangsvoraussetzungen regelt.

94 EuGH 22.9.1983 – Rs. 271/82, Slg 1983, 2727 Rn. 18 – Auer.

95 EuGH 30.4.1986 – Rs. 96/85, Slg 1986, 1483 Rn. 17 – Kommission/Frankreich.

96 EuGH 15.2.1996 – C-53/95, Slg 1996, I-711 Rn. 13 – Kemmler.

97 Calliess/Ruffert/Ruffert EUV/AEUV Art. 16 EU-GRC Rn. 1; Frenz HB Europarecht Bd. 4, S. 795; Grabenwarter in ders. (Hrsg.), Europäischer Grundrechtsschutz (EnzEuR Bd. 2) → Bd. 2 § 14 Rn. 25.

98 EuGH 14.5.1974 – Rs. 4/73, Slg 1974, 491 Rn. 14 – Nold; EuGH 27.9.1979 – Rs. 230/78, Slg 1979, 2749 Rn. 20 und 31 – SPA Eridania.

99 ZB EuGH 16.1.1979 – Rs. 151/78, Slg 1979, 1 Rn. 19 – Sukkerfabriken Nykoebing.

100 Zum immerhin sehr weiten Gestaltungsspielraum, den der EuGH dem europäischen Gesetzgeber belässt: Frenz GewArch 2008, 46 (470); Storr Der Staat 36, 547 ff.

101 Frenz HB Europarecht Bd. 4, S. 741.

102 Dazu Storr in FS Stober, S. 417.

schränkenden Maßnahmen verbunden (ausschließliches Recht oder besonderes Recht), sind diese Maßnahmen nach Art. 106 AEUV und Art. 14 AEUV zu beurteilen.

### IV. Berufsanerkenntnisrichtlinie und Dienstleistungsrichtlinie

#### 1. Regelungsbereiche

- 35 Die Berufsanerkenntnisrichtlinie und die Dienstleistungsrichtlinie harmonisieren nationale Regeln über Marktzugang und Marktverhalten und sollen die grenzüberschreitende Niederlassung und die Ausübung einer Dienstleistung oder einer Niederlassung in einem anderen Mitgliedstaat vereinfachen. Dennoch ist ihr Regelungsansatz verschieden: Die Berufsanerkenntnisrichtlinie **harmonisiert** die Vorschriften in den Aufnahmestaaten über Marktzugang und -verhalten und ist **sektoral**, dh auf einzelne Berufe bezogen. Für bestimmte Heilberufe (zB Ärzte, Zahnärzte, Apotheker) und Architekten werden im Fall der Niederlassung einige Berufsqualifikationen, die in einem Mitgliedstaat erbracht wurden, in anderen Mitgliedstaaten automatisch anerkannt. Subsidiär sowie für alle anderen Berufe ist eine individuelle Prüfung der Gleichwertigkeit der Berufsqualifikationen durch nationale Stellen vorgesehen. Je nach Übereinstimmung mit nationalen Ausbildungsstandards ist eine Voll- oder Teilanerkennung möglich (vgl. zum Anerkennungskonzept bei Ärzten: → Rn. 81 f.). Der Dienstleistungsrichtlinie liegt ein breiterer **horizontaler Deregulierungsansatz** zugrunde, der sämtliche Marktzugangs- und -verhaltensvorschriften betrifft und die passive Dienstleistungsfreiheit einschließt;<sup>103</sup> für Gesundheitsdienstleistungen gilt sie aber nicht.<sup>104</sup> Der Anwendungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie und der Berufsanerkenntnisrichtlinie können sich überschneiden.<sup>105</sup> ZB regelt die Berufsanerkenntnisrichtlinie außerdem Aspekte der Dienstleistungsfreiheit.<sup>106</sup> Im Konfliktfall ist die Dienstleistungsrichtlinie grundsätzlich<sup>107</sup> subsidiär.<sup>108</sup>
- 36 Ein weiteres Ziel der Berufsanerkenntnisrichtlinie ist es, die **verschiedenen berufsspezifischen Vorschriften und Varianten** über die berufliche Anerkennung zusammenzufassen. Im Jahr 2002 gab es um die 15 spezifische, vor allem Freie Berufe betreffende Richtlinien – ein „Flickenteppich“ (so die Kommission).<sup>109</sup> Allerdings gibt es auch nach Erlass der Berufsanerkenntnisrichtlinie weiterhin eine Vielzahl von Sonderrichtlinien für bestimmte Berufe, während für die nicht besonders geregelten Berufe nur die Berufsanerkenntnisrichtlinie einschlägig ist. Diese Unterscheidung ist nicht immer nachvollziehbar, in der Literatur ist deshalb der Vorwurf der Willkür erhoben worden.<sup>110</sup>
- 37 In der Berufsanerkenntnisrichtlinie werden die Freien Berufe umschrieben, obgleich sie keine Sonderstellung einnehmen; konsequent wird auf diese Bezeichnung **in der Dienstleistungsrichtlinie verzichtet**. Das ist kritisiert worden, weil so die „gesamtgesellschaftliche Bedeutung“ Freier Berufe als Anknüpfungspunkt für die Beschränkung der Dienstleistungserbringung besser hätte gewürdigt werden können,<sup>111</sup> aber gerade der horizontale Ansatz der Dienstleistungsrichtlinie steht einer Sonderstellung besonderer Berufe grund-

103 Kluth in FS Stober, S. 87.

104 Art. 2 Abs. 2 lit. f RL 2006/123/EG.

105 Vgl. für den begrenzten Anwendungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie aber Art. 17 Nr. 6 RL 2006/123/EG.

106 Art. 5 ff. RL 2005/36/EG; sa EuGH 12.9.2013 – C-475/11, ECLI:EU:C:2013:542 – Konstantinides.

107 Zur begrenzten Wirkung dieser Ausnahmen wegen des Gestaltungsspielraums der Mitgliedstaaten: Schmidt-Kessel *ecolex* 2010, 320 ff.

108 Art. 3 Abs. 1 lit. d RL 2006/123/EG.

109 Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Anerkennung von Berufsqualifikationen v. 7.3.2002, KOM(2002)119 endg.

110 Mann *EuZW* 2004, 615 (618).

111 *Kämmerer*, S. H 16.

sätzlich entgegen, insbes. wenn diese inhaltlich weder homogen noch abschließend geregelt sind.

## 2. Eintragung und Pro-Forma-Mitgliedschaft

Soweit die Berufsanerkennungsrichtlinie einschlägig ist, können die Mitgliedstaaten für eine auswärtige Dienstleistungserbringung eine automatische vorübergehende **Eintragung** oder eine **Pro-Forma-Mitgliedschaft** bei einer Berufsorganisation vorsehen, um die Anwendung von Disziplinarbestimmungen zu erleichtern. Diese Eintragung oder Mitgliedschaft darf die Erbringung der Dienstleistungen in keiner Weise verzögern oder erschweren und für den Dienstleister keine zusätzlichen Kosten verursachen.<sup>112</sup> Außerdem können die Mitgliedstaaten verlangen, dass den zuständigen Behörden im Aufnahmemitgliedstaat vorher schriftlich **Meldung erstattet** wird. Und sie können verlangen, dass sie über Einzelheiten zu einem Versicherungsschutz oder einer anderen Art des individuellen oder kollektiven Schutzes in Bezug auf die Berufshaftpflicht informiert werden.<sup>113</sup>

## 3. Sprachkenntnisse

Nach der Berufsanerkennungsrichtlinie müssen auswärtige Dienstleistungserbringer über die **Sprachkenntnisse** verfügen, die für die Ausübung ihrer Berufstätigkeit im Aufnahmemitgliedstaat erforderlich sind;<sup>114</sup> Die Überprüfungen dürfen erst nach der Ausstellung eines Europäischen Berufsausweises bzw. nach der Anerkennung einer Berufsqualifikation vorgenommen werden. Überprüfungen der Sprachkenntnisse müssen in angemessenem Verhältnis zur auszuübenden Tätigkeit stehen. Ausbildungs- und Berufsbezeichnungen sind in der Sprache des Herkunftsmitgliedstaats bzw. Niederlassungsstaats zu führen.<sup>115</sup>

## 4. Werbeverbote

In der Dienstleistungsrichtlinie ist geregelt, dass absolute Werbeverbote zur Förderung des Absatzes von Waren und Dienstleistungen oder des Erscheinungsbildes unzulässig sind.<sup>116</sup> **Werbebeschränkungen** müssen nicht diskriminierend, durch einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses gerechtfertigt und verhältnismäßig sein. Sie müssen insbes. die Unabhängigkeit, die Würde – was immer damit genau gemeint sein soll (im Englischen: dignity, im Französischen: la dignité, im Italienischen: la dignità) – und die Integrität des Berufsstandes sowie die „Wahrung des Berufsgeheimnisses“ gewährleisten.<sup>117</sup> Ein Verbot<sup>118</sup> der Rechtsanwälte, mit Umsatz- und Erfolgszahlen zu werben,<sup>119</sup> wird diesen Voraussetzungen wohl nicht standhalten, weil diese Angaben (vielleicht kein zuverlässiges, aber immerhin) ein Indiz für Mandanten zur Auswahl eines Rechtsanwalts sein können.<sup>120</sup>

112 Art. 6 Abs. 1 lit. a RL 2005/36/EG.

113 Art. 7 Abs. 1 S. 1 RL 2005/36/EG; vgl. Art. 23 RL 2006/123/EG.

114 Art. 53 RL 2005/36/EG.

115 Art. 7 Abs. 3, Art. 54 RL 2005/36/EG.

116 Art. 24 Abs. 1 RL 2006/123/EG.

117 Art. 24 Abs. 2 RL 2006/123/EG.

118 Generell eine liberalere Werbepaxis aus den Grundfreiheiten anmahndend: *Kluth/Goltz/Kujath*, S. 61 f.

119 Vgl. jetzt § 6 Abs. 2 S. 1: Berufsordnung der Rechtsanwälte in Deutschland: „Die Angabe von Erfolgs- und Umsatzzahlen ist unzulässig, wenn sie irreführend ist.“

120 Auch *Kämmerer*, S. H 95.

### 5. Gemeinschaftliche Tätigkeiten

- 41 **Fremdbesitzverbote** – gleich welcher Art<sup>121</sup> – stellen eine Beeinträchtigung der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit, ggf. auch der Kapitalverkehrsfreiheit dar und müssen nach Art. 15 Abs. 2 lit. c. Dienstleistungsrichtlinie dahin gehend überprüft werden, ob sie nicht diskriminierend, durch einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses gerechtfertigt, geeignet und erforderlich sind.<sup>122</sup> Ob durch Fremdbesitzverbote die Qualität der Dienstleistung oder die Unabhängigkeit des Freien Berufs gesichert werden kann, muss im konkreten Einzelfall beurteilt werden. Weniger belastend können Haftungs- und Versicherungsverpflichtungen oder Präsenzpflichten von Berufsträgern sein.<sup>123</sup>
- 42 Mit der Dienstleistungsrichtlinie sind staatliche Verpflichtungen an den Dienstleistungserbringer, **ausschließlich eine bestimmte Tätigkeit** auszuüben oder Beschränkungen der gemeinschaftlichen oder partnerschaftlichen Ausübung unterschiedlicher Tätigkeiten grundsätzlich unzulässig. Ausnahmen sind zulässig für Angehörige reglementierter Berufe, um die Einhaltung von Standesregeln sicherzustellen sowie für Dienstleistungserbringer in den Gebieten Zertifizierung, Akkreditierung, technische Überwachung und Versuchs- und Prüfwesen, wenn diese Beschränkungen erforderlich sind, um ihre Unabhängigkeit und Unparteilichkeit zu gewährleisten. Sofern sog **multidisziplinäre Tätigkeiten** erlaubt werden,<sup>124</sup> muss sichergestellt sein, dass Interessenkonflikte und Unvereinbarkeiten vermieden werden, Unabhängigkeit und Unparteilichkeit – soweit erforderlich – gewährleistet und die Anforderungen der Standesregeln für die verschiedenen Tätigkeiten miteinander vereinbar sind.<sup>125</sup>

### 6. Berufshaftpflichtversicherung

- 43 Die Mitgliedstaaten können vorsehen, dass Dienstleistungserbringer eine **Berufshaftpflichtversicherung** abschließen oder eine vergleichbare Sicherheit oder eine gleichwertige Vorkehrung vorsehen müssen, wenn ihre Dienstleistungen ein unmittelbares und besonderes Risiko für die Gesundheit oder Sicherheit des Dienstleistungsempfängers oder eines Dritten oder für die finanzielle Sicherheit des Dienstleistungsempfängers darstellen.<sup>126</sup> Eine Berufshaftpflichtversicherung ist eine Versicherung, die eine potenzielle Haftung eines Dienstleistungserbringers gegenüber Dienstleistungsempfängern und gegebenenfalls Dritten, die sich aus der Erbringung der Dienstleistung ergibt, absichert.<sup>127</sup> Die Berufshaftpflichtversicherung muss der Art und dem Umfang des Risikos angemessen sein. Eine Berufshaftpflichtversicherung darf nicht gefordert werden, wenn das Risiko bereits durch eine in seinem Heimatstaat abgeschlossene vergleichbare Berufshaftpflichtversicherung abgedeckt ist.

### 7. Sonstige Pflichten zur Prüfung der Aufrechterhaltung von Anforderungen nach der Dienstleistungsrichtlinie

- 44 Eine Pflicht zur Prüfung der Aufrechterhaltung von Anforderungen obliegt den Mitgliedstaaten ferner für Anforderungen, die bestimmte **Mindestentfernungen** zwischen Dienst-

---

121 Eigentumsverbote, Besitzverbote, Stimmrechtsverbote etc; vgl. für Apotheken krit. auch Sechzehntes Hauptgutachten der Monopolkommission 2004/2005 v. 25.8.2006, BT-Drs. 16/2460, 420.

122 Art. 15 Abs. 3 RL 2006/123/EG.

123 Krit. für Rechtsanwälte etwa: *Cornils* in Schlachter/Ohler Art. 15 Rn. 15; für Apotheken vgl. aber EuGH 19.5.2009 – C-171/07, Slg 2009 I-4171 – Apothekerkammer des Saarlandes.

124 Für dahin gehende legislative Vorhaben in Österreich: *Krejci* ÖZW 2011, 102 f.

125 Art. 25 RL 2006/123/EG.

126 Art. 23 Abs. 1 RL 2006/123/EG; Art. 7 RL 2005/36/EG..

127 Art. 23 Abs. 5, 4. Spstr. RL 2006/123/EG.

leistungserbringern betreffen, die Verpflichtung des Dienstleistungserbringers, eine bestimmte Rechtsform zu wählen, das Filialverbot, die Verpflichtung einer Mindestbeschäftigtenzahl, bestimmte Mindest- und/oder Höchstpreise oder die Verpflichtung des Dienstleistungserbringers<sup>128</sup>, zusammen mit seiner Dienstleistung bestimmte andere Dienstleistungen zu erbringen.<sup>129</sup>

### 8. Qualitätssicherungsmaßnahmen

Die Dienstleistungsrichtlinie forciert freiwillige Maßnahmen der Qualitätssicherung, bleibt aber inhaltlich sehr unbestimmt. Genannt werden **Zertifizierung** und **Bewertung** durch unabhängige oder akkreditierte Einrichtungen, durch **Qualitätscharten** oder **Gütesiegel** von Berufsverbänden. Die Berufsverbände und die Verbraucherverbände sollen auf Unionsebene kooperieren, um die Dienstleistungsqualität zu fördern, insbes. indem sie die Einschätzung der Kompetenz eines Dienstleistungserbringers erleichtern. Verbraucherverbände sollen Qualität und Mängel von Dienstleistungen unabhängig bewerten und ihre Ergebnisse veröffentlichen. Ausdrücklich wird die Entwicklung von freiwilligen europäischen Standards angesprochen, um die Vereinbarkeit der von Dienstleistungserbringern aus verschiedenen Mitgliedstaaten erbrachten Dienstleistungen, die Information der Dienstleistungsempfänger und die Qualität der Dienstleistungen zu verbessern.<sup>130</sup>

### 9. Europäischer Berufsausweis

Im Jahr 2011 hat die Europäische Kommission eine neue Initiative für wesentliche Änderungen der Berufsankennungsrichtlinie vorgelegt<sup>131</sup> und die Einführung eines „**Europäischen Berufsausweises**“ vorgeschlagen. Der „Europäische Berufsausweis“ (vgl. inzwischen Art. 4 a ff. Berufsankennungs-RL) ist eine elektronische Bescheinigung zum Nachweis, dass der Berufsangehörige sämtliche notwendigen Voraussetzungen für die vorübergehende und gelegentliche Erbringung von Dienstleistungen in einem Aufnahmemitgliedstaat erfüllt.<sup>132</sup> Er kann auch ein Nachweis der Anerkennung von Berufsqualifikationen für die Niederlassung in einem Aufnahmemitgliedstaat sein. Das Anerkennungsverfahren soll dadurch einfacher, schneller und transparenter werden. Die technische Abwicklung des Europäischen Berufsausweises erfolgt durch das Binnenmarktinformationssystem. Vorauszusetzen ist aber, dass die Kommission entsprechende Durchführungsrechtsakte erlassen hat.<sup>133</sup> Die Einheitlichen Ansprechpartner, die mit der Dienstleistungsrichtlinie eingeführt wurden, sollen ein Verzeichnis führen, in dem alle Berufe, für die ein Europäischer Berufsausweis verfügbar ist, seine Funktionsweise, etwaige Gebühren sowie die zuständigen Behörden angegeben sind.<sup>134</sup>

## D. Ausgewählte Freie Berufe

Für eine Reihe von Freien Berufen gelten lediglich die, zT auch nur die allgemeinen, Vorschriften der Berufsankennungsrichtlinie, die Dienstleistungsrichtlinie und subsidiär die Grundfreiheiten. Eine besondere Regulierung erfahren sie nicht. Das trifft zB auf die Lot-

128 S. D I. 6 c für Rechtsanwälte.

129 Art. 15 Abs. 2 RL 2006/123/EG.

130 Art. 26 RL 2006/123/EG.

131 Vorschlag zur Änderung der Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen und der Verordnung über die Verwaltungszusammenarbeit mithilfe des Binnenmarktinformationssystems, KOM(2011)0883 endg.

132 Art. 3 Abs. 1 lit. k RL 2006/123/EG.

133 Art. 4 a ff. RL 2005/36/EG.

134 Art. 57 RL 2005/36/EG.

sen, die **Insolvenzverwalter**, die **Steuerberater** und die **Wirtschaftsprüfer** zu, deren Tätigkeiten allerdings von der Dienstleistungsrichtlinie teilweise ausgenommen sind.<sup>135</sup> Im Folgenden sollen fünf Freie Berufe hervorgehoben werden: die **Rechtsanwälte**, die **Notare**, die **Ärzte**, die **Apotheker** und die **Architekten**.

### I. Rechtsanwälte

#### 1. Das Liberalisierungspotenzial der Grundfreiheiten für den Rechtsanwaltsberuf

- 48 In der Rechtssache „Reyners“ (1974) hat der EuGH entschieden, dass die anwaltliche Tätigkeit als freiberufliche Tätigkeit unter die **Niederlassungsfreiheit** zu subsumieren ist. Eine Ausübung **öffentlicher Gewalt** iSv Art. 51 AEUV **liegt nicht vor**: Allein der Umstand, dass Rechtsanwälte bei Gericht auftreten, bedeutet nicht, dass ihre Dienstleistungen als Ausübung öffentlicher Gewalt zu qualifizieren sind, selbst wenn sie regelmäßig erbracht werden, in das Gerichtsverfahren eingebettet sind und auf eine obligatorische Mitarbeit bei der Erfüllung der Aufgaben der Gerichte hinauslaufen. Insbes. die typischen Tätigkeiten des Anwaltsberufes, wie Rechtsberatung, Rechtsbeistand, Vertretung und Verteidigung des Auftraggebers vor Gericht sind keine Ausübung öffentlicher Gewalt. Das gilt selbst dann, wenn die Einschaltung oder die Betreuung durch Gesetz zwingend vorgeschrieben oder ausschließlich einem Rechtsanwalt vorbehalten ist. Denn die Wahrnehmung dieser Aufgaben – so der EuGH – lässt die richterliche Beurteilung und die freie Ausübung der Rechtsprechungsbefugnis unberührt.<sup>136</sup>
- 49 Spätestens mit der ein Jahr später ergangenen, für den Rechtsanwaltsberuf in Europa fundamentalen Entscheidung „Gebhard“<sup>137</sup> wird das **Liberalisierungspotenzial** dieser Rechtsprechung deutlich: Der Begriff der **Niederlassung** ist – so der EuGH – „ein sehr weiter Begriff, der die Möglichkeit für einen Gemeinschaftsangehörigen impliziert, in stabiler und kontinuierlicher Weise am Wirtschaftsleben eines anderen Mitgliedstaats als seines Herkunftsstaats teilzunehmen und daraus Nutzen zu ziehen, wodurch die wirtschaftliche und soziale Verflechtung innerhalb der Gemeinschaft im Bereich der selbstständigen Tätigkeiten gefördert wird.“ Niedergelassen ist ein Rechtsanwalt nicht erst, wenn er dem inländischen Berufsstand tatsächlich angehört, dh die Bedingungen für die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeiten erfüllt. Die Erfüllung dieser Voraussetzung ist kein konstitutives Element der Niederlassung.
- 50 Die Aufnahme einer beruflichen Tätigkeit kann von Voraussetzungen abhängig gemacht werden. In „Gebhard“ stellt der EuGH zurückgreifend auf die Cassis-Formel, die er für die Warenverkehrsfreiheit entwickelt hat, fest, dass nationale Maßnahmen, die die Ausübung der durch den Vertrag garantierten grundlegenden Freiheiten **behindern** oder **weniger attraktiv machen** können, vier Voraussetzungen erfüllen müssen: Sie müssen **in nicht-diskriminierender Weise** angewandt werden, sie müssen aus **zwingenden Gründen des Allgemeininteresses** gerechtfertigt sein, sie müssen **geeignet** sein, die Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Zieles zu gewährleisten, und sie dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Zieles **erforderlich** ist.<sup>138</sup> Dabei dürfen die nationalen Zulassungsbehörden bei der Anwendung ihrer Vorschriften nicht die Kenntnisse und Qualifikationen außer Acht lassen, die der Betroffene bereits in einem anderen Mitgliedstaat erworben

135 Art. 17 Ziff. 13 RL 2006/123/EG iVm RL 2006/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 17.5.2006 über Abschlussprüfungen von Jahresabschlüssen und konsolidierten Abschlüssen, zur Änderung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 84/253/EWG des Rates, ABl. L 157 v. 9.6.2006, 87.

136 EuGH 21.6.1974 – Rs. 2/74, Slg 1974, 631 Rn. 51/53 – Reyners.

137 EuGH 30.11.1995 – C-55/94, Slg 1995, I-4165 Rn. 25 – Gebhard.

138 EuGH 30.11.1995 – C-55/94, Slg 1995, I-4165 Rn. 37 – Gebhard.

hat. Sie müssen die Gleichwertigkeit der Diplome berücksichtigen und gegebenenfalls eine vergleichende Prüfung der in ihren nationalen Vorschriften geforderten Kenntnisse und Qualifikationen und derjenigen des Betroffenen vornehmen. Die Entscheidungen des EuGH auf der Grundlage dieser Systematik sind zwangsläufig kasuistisch und erscheinen nicht immer konsequent, etwa wenn die gerichtliche Einziehung fremder Forderungen anwaltlichen Berufen vorbehalten werden konnte,<sup>139</sup> die Überwachung gewerblicher Schutzrechte<sup>140</sup> aber nicht.

Die Niederlassungsfreiheit steht einer nationalen Vorschrift entgegen, die eine Niederlassung in einem Mitgliedstaat verbietet, wenn der Rechtsanwalt in einem anderen Mitgliedsstaat bereits eine Niederlassung unterhält. Denn das hätte zur Folge, dass ein Rechtsanwalt, der in einem Mitgliedstaat bereits eine Niederlassung unterhält, sich in einem anderen Mitgliedstaat nur niederlassen kann, wenn er die Niederlassung im ersten Mitgliedstaat aufgibt. Die Niederlassungsfreiheit beschränkt sich aber nicht auf die Möglichkeit, nur eine Niederlassung unterhalten zu dürfen, wie bereits das Recht, Zweigstellen zu eröffnen, zeigt (Art. 49 Abs. 1 S. 2 AEUV).<sup>141</sup> 51

Inzwischen ist die grenzüberschreitende anwaltliche Tätigkeit durch besondere Richtlinien geregelt: die RL 77/249/EWG zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs der Rechtsanwälte, die RL 98/5/EG zur Erleichterung der ständigen Ausübung des Rechtsanwaltsberufs in einem anderen Mitgliedstaat als dem, in dem die Qualifikation erworben wurde und die **Berufsanerkennungsrichtlinie** über die Anerkennung von Berufsqualifikationen. Die Berufsanerkennungsrichtlinie ist neben der RL 98/5/EG anwendbar; die Richtlinien ermöglichen für Rechtsanwälte also zwei Wege des Zugangs zum Rechtsanwaltsberuf in einem Aufnahmemitgliedstaat unter der dortigen Berufsbezeichnung.<sup>142</sup> Darüber hinaus bleibt die Möglichkeit einer Äquivalenzprüfung auf primärrechtlicher Grundlage.<sup>143</sup> 52

## 2. Grenzüberschreitende anwaltliche Dienstleistungen im Bereich der Dienstleistungsfreiheit nach Maßgabe der RL 77/249/EWG

**Dienstleistungen** in einem anderen Mitgliedstaat – darin unterscheiden sie sich von Tätigkeiten aus Niederlassungen in einem anderen Mitgliedstaat – sind nur vorübergehend. Eine Niederlassung liegt vor, wenn eine selbstständige Tätigkeit auf unbestimmte Zeit und mittels einer festen Einrichtung von dieser aus tatsächlich ausgeübt wird. Die Dienstleistungsfreiheit ist hingegen einschlägig, wenn es an einer dauerhaften Eingliederung des Unionsbürgers in das Wirtschaftsleben eines anderen Mitgliedstaats fehlt.<sup>144</sup> Für die Feststellung, ob eine Tätigkeit nur vorübergehend in einem Mitgliedstaat ausgeübt werden soll, kommt es nicht allein auf die Dauer der Erbringung der Leistung an, sondern auch auf ihre Häufigkeit, ihre regelmäßige Wiederkehr und ihre Kontinuität. Eine Tätigkeit ist nicht schon deshalb keine Dienstleistung, weil der Dienstleistungserbringer vorübergehend eine bestimmte Infrastruktur, zB eine Kanzlei, benutzt, wenn diese für die Erbringung der betreffenden Leistung erforderlich ist.<sup>145</sup> 53

139 EuGH 12.12.1996 – C-3/95, Slg I-1996, 6511 Rn. 43 – Reisebüro Broede – zur Dienstleistungsfreiheit.

140 EuGH 25.7.1991 – C-76/90, Slg, I-4239 Rn. 20 – Säger – zur Dienstleistungsfreiheit.

141 EuGH 12.7.1984 – Rs. 107/83, Slg 1984, 2973 Rn. 18 – Klopp.

142 EuGH 3.2.2011 – C-359/09, Slg 2011 I-269 Rn. 35 – Ebert – allerdings zur RL 89/48/EWG (Hochschuldiplomenerkennungsrichtlinie); vgl. aber Erwägungsgrund 42 RL 2005/36/EG sowie Art. 10 Abs. 2 RL 98/5 iVm Art. 62 RL 2005/36/EG.

143 EuGH 22.10.2002 – C-31/00, Slg 2002, I-663 Rn. 31 – Dreessen.

144 *Ruthig* in Ruthig/Storr, Rn. 78.

145 Vgl. zur Abgrenzung etwa Erwägungsgrund 77 RL 2006/123/EG, die EuGH-Judikatur aufgreifend.

- 54 Für grenzüberschreitende anwaltliche Dienstleistungen im Bereich der Dienstleistungsfreiheit ist maßgebender Sekundärrechtsakt die RL 77/249/EWG zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs der Rechtsanwälte.<sup>146</sup> Die Richtlinie betrifft die **aktive**<sup>147</sup> wie die **passive Dienstleistungsfreiheit**,<sup>148</sup> nicht aber die Niederlassung. Jeder Aufnahmestaat ist verpflichtet, die **Berufsbezeichnung** des Herkunftsstaats, in dem der Rechtsanwalt also niedergelassen ist, anzuerkennen, dh der Rechtsanwalt darf grundsätzlich unter der Berufsbezeichnung des Herkunftsstaats (zB in Deutschland: Rechtsanwalt; im Vereinigten Königreich: Advocate, Barrister oder Solicitor; in Frankreich: Avocat; in Italien Avvocato) im Aufnahmestaat dienstleistend tätig werden. Der in einem Aufnahmestaat tätige Rechtsanwalt hat die in der **Sprache** oder in einer der Sprachen des Herkunftsstaats gültige Berufsbezeichnung zu verwenden, unter Angabe der Berufsorganisation, deren Zuständigkeit sie unterliegt, oder des Gerichtes, bei dem sie nach Vorschriften dieses Staates zugelassen ist (Art. 3). Die mit der Vertretung oder der Verteidigung eines Mandanten im Bereich der Rechtspflege oder vor Behörden zusammenhängenden Tätigkeiten des Rechtsanwalts werden im jeweiligen Aufnahmestaat unter den für die in diesem Staat niedergelassenen Rechtsanwälte vorgesehenen **Bedingungen** ausgeübt, wobei jedoch das Erfordernis eines Wohnsitzes sowie das der Zugehörigkeit zu einer Berufsorganisation in diesem Staat ausgeschlossen sind. **Anwaltskosten** fallen deshalb nach den Vorschriften des Aufnahmestaats an.<sup>149</sup> Mit der Dienstleistungsfreiheit nicht vereinbar ist es, wenn dienstleistende Rechtsanwälte dem Grundsatz der territorialen Ausschließlichkeit unterworfen werden.<sup>150</sup> Das Abfassen förmlicher Urkunden, mit denen das Recht auf Verwaltung des Vermögens verstorbener Personen verliehen oder mit denen ein Recht an Grundstücken geschaffen oder übertragen wird, kann aber bestimmten Gruppen von Rechtsanwälten vorbehalten werden (zB den Solicitors im Vereinigten Königreich).<sup>151</sup>
- 55 Es gelten die **Standesvorschriften** des Aufnahmestaats (Art. 4 Abs. 1 und 2). Deshalb kann sich ein Rechtsanwalt, der in einem Mitgliedstaat wegen Verletzung von Standesregeln (ic: wegen mangelnder „Würde, Ehrenhaftigkeit und Lauterkeit“) seine Zulassung verloren hat, und der sich inzwischen in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassen hat und dort als Anwalt zugelassen wurde, nicht auf die RL 77/249/EWG berufen, um im erstgenannten Mitgliedstaat – ggf. unter Beiziehung eines Einvernehmensanwalts – anwaltlich tätig zu werden.<sup>152</sup> Für die Ausübung anderer Tätigkeiten als Vertretung oder Verteidigung von Mandanten im Bereich der Rechtspflege oder vor Behörden (also der Kerntätigkeiten) bleibt der Rechtsanwalt den im Herkunftsstaat geltenden Bedingungen und Standesregeln unterworfen (Art. 4 Abs. 4). Doch hat er auch die im Aufnahmestaat geltenden Regeln über die Ausübung des Berufes, insbes. in Bezug auf die Unvereinbarkeit zwischen den Tätigkeiten des Rechtsanwalts und anderen Tätigkeiten in diesem Staat, das Berufsgeheimnis, die Beziehungen zu Kollegen, das Verbot des Beistands für Parteien mit gegensätzlichen Interessen durch denselben Rechtsanwalt und die Werbung einzuhalten. Die Richtlinie sieht zwei einschränkende Voraussetzungen vor: Diese Regeln sind nur anwendbar, wenn sie von einem Rechtsanwalt beachtet werden können, der nicht in dem Aufnahmestaat niedergelassen ist, und nur insoweit, als ihre Einhaltung in diesem Staat objektiv gerechtfertigt ist, um eine ordnungsgemäße Ausübung der Tätigkeiten des Rechtsanwalts

146 Richtlinie 77/249/EWG des Rates v. 22.3.1977 zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs der Rechtsanwälte, ABl. L 78 v. 26.3.1977, 17 f.

147 EuGH 10.7.1991 – C-294/89, Slg 1991, I-3606 Rn. 11 – Kommission/Frankreich.

148 EuGH 9.3.2017 – C-342/15, ECLI:EU:C:2017:196 Rn. 36 – Piringer.

149 EuGH 11.12.2003 – C-289/02, Slg 2003, I-15059 Rn. 30 – AMOK.

150 EuGH 25.2.1988 – Rs. 427/85, Slg 1988, 1123 Rn. 46 – Kommission/Deutschland.

151 EuGH 9.3.2017 – C-342/15, ECLI:EU:C:2017:196 Rn. 43 – Piringer.

152 EuGH 19.1.1988 – Rs. 292/88, Slg 1988, 131 Rn. 22 – Gullung.

sowie die Beachtung der Würde des Berufes und der Unvereinbarkeiten zu gewährleisten. Zulässig ist eine Verpflichtung dahin gehend, dass die betreffenden Rechtsanwälte im Aufnahmemitgliedstaat nach den örtlichen Regeln und Gepflogenheiten beim Präsidenten des Gerichts oder dem Vorsitzenden der Anwaltskammer einzuführen sind. Umgekehrt müssen den betreffenden Rechtsanwälten grds. die gleichen Möglichkeiten zukommen, ihre Dienstleistungen erbringen zu können. Deshalb kann es zB einen Verstoß gegen Art. 4 Abs. 4 RL 77/249 darstellen, wenn einem Rechtsanwalt von einer Anwaltskammer ein Router für den Zugang zum privaten virtuellen Anwaltsnetzwerk verweigert und damit die Möglichkeit elektronischer Kommunikation mit Gerichten erschwert wird.<sup>153</sup>

Die Mitgliedstaaten können bestimmen, dass nicht im Inland niedergelassene Rechtsanwälte mit einem örtlich zugelassenen Anwalt, der die Verantwortung übernimmt, handeln (Art. 5), sog **Einvernehmensanwalt**. Das gilt nur für die Tätigkeiten, die mit der Vertretung und Verteidigung von Mandanten im Bereich der Rechtspflege verbunden sind. Daraus ist herzuleiten, dass für die Ausübung von Tätigkeiten vor Einrichtungen oder Behörden, die keine Aufgaben der Rechtspflege wahrnehmen, entsprechende Verpflichtungen nicht auferlegt werden können.<sup>154</sup> Darüber hinaus muss im Aufnahmestaat auch Anwaltszwang vor Gerichten bestehen. Wo kein Anwaltszwang besteht, wo sich die Parteien des Beistands eines Rechtsanwalts nicht bedienen müssen, sondern ihre Sache selbst vor Gericht vertreten können oder sich durch Personen vertreten lassen können, die nicht Rechtsanwälte sind, muss auch kein Einvernehmensanwalt bestellt werden.<sup>155</sup> Deutschland und Österreich haben von dieser Möglichkeit, einen Einvernehmensanwalt bestellen zu müssen, Gebrauch gemacht (§ 28 EuRAG<sup>156</sup> bzw. § 5 EIRAG<sup>157</sup>). Der Einvernehmensanwalt muss in dem entsprechenden Verfahren aber nicht Bevollmächtigter oder Verteidiger sein und der dienstleistende Anwalt darf in einer mündlichen Verhandlung oder einer Hauptverhandlung nicht nur dann auftreten oder einen Gefangenen besuchen, wenn er in Begleitung dieses Einvernehmensanwalts ist.<sup>158</sup> Diese Vertretung durch zwei Anwälte erhöht freilich die Anwaltskosten. Der EuGH hat ausdrücklich gebilligt, dass die Kosten für beide Anwälte der unterlegenen Partei auferlegt werden können. Andernfalls – so der EuGH – wäre die Erbringung grenzüberschreitender anwaltlicher Dienstleistungen weniger attraktiv als die Beauftragung eines inländischen Rechtsanwalts.<sup>159</sup> Für die Beschränkung der Tätigkeit von Syndikusanwälten vgl. Art. 6 RL 77/249/EWG.

### 3. Grenzüberschreitende anwaltliche Dienstleistungen im Bereich der Niederlassungsfreiheit nach Maßgabe der Richtlinie 98/5/EG

Die RL 98/5/EG betrifft die ständige Ausübung des Rechtsanwaltsberufs als **Arbeitnehmer** (abhängig Beschäftigter) oder als **Selbstständiger** in einem anderen Mitgliedstaat als dem, in dem die Berufsqualifikation erworben wurde. Jeder Rechtsanwalt hat das Recht, Anwaltstätigkeiten auf Dauer in jedem anderen Mitgliedstaat auszuüben und zwar unter seiner ursprünglichen Berufsbezeichnung, also unter der Berufsbezeichnung, die er vor seiner Tätigkeit im Aufnahmestaat erworben hat (Art. 2).

153 EuGH 18.5.2017 – C-99/16, ECLI:EU:C:2017:391 – Lahorgue.

154 EuGH 10.7.1991 – C-294/89, Slg 1991, I-3591 Rn. 16 – Kommission/Frankreich.

155 EuGH 10.7.1991 – C-294/89, Slg 1991, I-3591 Rn. 19 – Kommission/Frankreich.

156 Gesetz über die Tätigkeit europäischer Rechtsanwälte in Deutschland v. 9.3.2000, BGBl. I 182, 1349.

157 Bundesgesetz über den freien Dienstleistungsverkehr und die Niederlassung von europäischen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten sowie die Erbringung von Rechtsdienstleistungen durch international tätige Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte in Österreich (EIRAG); StF: BGBl. I Nr. 27/2000.

158 EuGH 25.2.1988 – Rs. 427/85, Slg 1988, I-1123 Rn. 46 – Kommission/Deutschland.

159 EuGH 11.12.2003 – C-289/02, Slg 2003, I-15059 Rn. 36 – AMOK.

- 58 Die Richtlinie sieht vor, dass sich der betreffende Rechtsanwalt bei der zuständigen Stelle des Aufnahmestaats **eintragen** lassen muss und die Bescheinigung über seine Eintragung bei der zuständigen Stelle des Herkunftsstaats vorzulegen hat (Art. 3). Darüber hinausgehende Anforderungen sind unzulässig, zB eine Vorabprüfung, ob die dortige Amtssprache hinreichend beherrscht wird.<sup>160</sup> Art. 3 der Richtlinie ist vollharmonisiert.<sup>161</sup> Deshalb ist es grds. unzulässig, einem Angehörigen eines Mitgliedstaats, der die Qualifikation für den Rechtsanwaltsberuf in einem anderen Mitgliedstaat erworben hat, die Eintragung in das Verzeichnis der Rechtsanwaltskammer zu verweigern (→ Rn. 73). Im Fall einer Verweigerung der Zulassung und Eintragung muss ein Rechtsmittel an ein Gericht möglich sein, dh an eine unabhängige und unparteiische Stelle.<sup>162</sup>
- 59 Im Aufnahmestaat muss der Rechtsanwalt seine **ursprüngliche Berufsbezeichnung** in der Amtssprache des Herkunftsstaats führen; eine Verwechslung mit der Berufsbezeichnung des Aufnahmestaats muss ausgeschlossen sein. Ua kann der Rechtsanwalt verpflichtet werden, die Berufsorganisation seines Herkunftsstaats oder das Gericht, bei dem er im Herkunftsstaat zugelassen ist, anzugeben. Er unterliegt weiterhin den **Berufs- und Standesregeln** des Herkunftsstaates und, soweit er im Aufnahmestaat tätig wird, zusätzlich den dort geltenden Berufs- und Standesregeln (Art. 6 Abs. 1). Entsprechendes gilt für die Disziplinalgewalt (Art. 7). Das nationale Gesetz kann die Verpflichtung vorsehen, dass ein Rechtsanwalt, der im Aufnahmestaat unter der Berufsbezeichnung des Aufnahmestaats tätig werden will, Mitglied einer Rechtsanwaltskammer werden muss.<sup>163</sup> Dafür muss auch eine angemessene Vertretung in der Standesvertretung des Aufnahmestaats gewährleistet sein (Art. 6 Abs. 2). Der Rechtsanwalt kann ferner verpflichtet werden, eine **Berufshaftpflichtversicherung** abzuschließen oder einer **Berufsgarantiekasse** beizutreten (Art. 6 Abs. 3).
- 60 Im Aufnahmestaat darf er die gleichen **beruflichen Tätigkeiten** wie der unter der jeweiligen Berufsbezeichnung des Aufnahmestaats niedergelassene Rechtsanwalt ausüben und kann insbes. Rechtsberatung im Recht seines Herkunftsstaats, im Unionsrecht, im internationalen Recht und im Recht des Aufnahmestaats erteilen. Somit darf der unter der Berufsbezeichnung des Herkunftsstaats tätige Rechtsanwalt im Aufnahmestaat in diesem Recht praktizieren – und zwar ohne dass er dort vorher eine Ausbildung gemacht haben muss. Im Gegensatz dazu können die Mitgliedstaaten verlangen, dass die Rechtsanwälte, die unter der Berufsbezeichnung des Aufnahmestaats tätigen werden, dort vorher eine Ausbildung gemacht haben müssen. Eine Gleichheitsverletzung konnte der EuGH darin nicht erkennen:<sup>164</sup> Denn erstens werden die betreffenden Rechtsanwälte unter einer besonderen Berufsbezeichnung tätig, nämlich der des Herkunftsstaats, und diese Bezeichnung muss verständlich und so formuliert sein, dass keine Verwechslung mit der Berufsbezeichnung des Aufnahmestaats möglich ist. Und zweitens kann dem unter der Berufsbezeichnung des Herkunftsstaats tätigen Rechtsanwalt die Wahrnehmung bestimmter anwaltlicher Aufgaben untersagt sein, zB bestimmte notarielle Tätigkeiten und für die Führung von Gerichtsprozessen kann – soweit Anwaltszwang besteht – die Beiziehung eines inländischen Rechtsanwalts verlangt werden. Auch der Zugang zu Höchstgerichten kann beschränkt werden (Art. 5).
- 61 Als **angestellter Rechtsanwalt** in einer **Sozietät** oder **Bürogemeinschaft** oder als **Syndikusanwalt** kann er Dienstleistungen erbringen, wenn diese Organisationsform der anwaltli-

---

160 EuGH 19.9.2006 – C-506/04, Slg 2006, I-8643 Rn. 51 f. – Wilson.

161 EuGH 17.7.2014 – C-58/13, ECLI:EU:C:2014:2088 Rn. 38 – Torresi.

162 EuGH 19.9.2006 – C-193/05, Slg 2006, I-8673 Rn. 40 – Kommission/Luxemburg.

163 EuGH 3.2.2011 – C-359/09, Slg 2011 I-269 Rn. 42 – Ebert.

164 EuGH 7.11.2000 – C-168/98, Slg 2000, I-9161 Rn. 24 – Luxemburg/Parlament und Rat.

chen Betätigung im Aufnahmestaat erlaubt ist (Art. 8 für angestellte Rechtsanwälte; Art. 11 für Rechtsanwälte in einer „Gruppe“ → Rn. 63). Art. 8 wird vom EuGH weit ausgelegt: Die Bestimmung schließt auch Vorschriften ein, die der Aufnahmestaat eingeführt hat, um Interessenkonflikte zu verhindern. ZB darf es verboten werden, als Teilzeitbeschäftigter der öffentlichen Verwaltung und als Rechtsanwalt seinen Beruf auszuüben.<sup>165</sup> Außerdem soll die Bestimmung auch umgekehrte Diskriminierungen der inländischen Rechtsanwälte verhindern.<sup>166</sup>

Eine **Gleichstellung** mit den Rechtsanwälten des Aufnahmestaats ist nach drei Jahren Berufsausübung im Aufnahmestaat möglich, ohne dass die Voraussetzungen der Berufsanerkennungsrichtlinie<sup>167</sup> vorliegen müssen (Art. 10 Abs. 1). Dafür muss der Rechtsanwalt unter seiner ursprünglichen Berufsbezeichnung mindestens drei Jahre „effektiv und regelmäßig“ im Aufnahmestaat tätig gewesen sein und zwar im Recht dieses Mitgliedstaats, einschließlich des Unionsrechts. Unter Umständen kann eine Gleichstellung auch der beantragen, der zwar drei Jahre rechtsanwaltliche Tätigkeiten ausgeübt hat, diese aber nicht voll im Aufnahmestaat (Art. 10 Abs. 3). Diese besonderen Aufnahmeverfahren schließen es nicht aus, dass ein Rechtsanwalt jederzeit die Anerkennung seines Diploms nach der Berufsanerkennungsrichtlinie beantragen kann. **62**

Die Richtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten, Rechtsanwälten, die derselben **Sozietät, Partnerschaftsgesellschaft, Bürogemeinschaft** (die Richtlinie verwendet den weiteren Begriff „Gruppe“<sup>168</sup>) angehören oder die aus einem oder mehreren Mitgliedstaaten kommen und die unter ihrer ursprünglichen Berufsbezeichnung im Aufnahmestaat tätig sind, „die Möglichkeit des Zugangs zu einer Form der gemeinsamen Berufsausübung“ zu gewähren.<sup>169</sup> Kommen sie von derselben Gruppe im Herkunftsstaat, können sie ihre beruflichen Tätigkeiten im Rahmen einer Zweigstelle oder Niederlassung ihrer Gruppe im Aufnahmestaat ausüben.<sup>170</sup> Etwaige Beschränkungen für eine gemeinsame Berufsausübung für Rechtsanwälte sind nach Art. 15 Abs. 2 RL 2006/123/EG zu prüfen. Für den Fall, dass die für die Gruppe im Herkunftsstaat geltenden Vorschriften mit den grundlegenden Regeln nach den Rechts- und Verwaltungsvorschriften des Aufnahmestaats unvereinbar sind, gelten die Vorschriften des Aufnahmestaats, soweit ihre Beachtung im allgemeinen Interesse zum Schutz der Mandanten und Dritter gerechtfertigt ist. Der Rechtsanwalt, der unter seiner ursprünglichen Berufsbezeichnung tätig sein möchte, hat die zuständige Stelle des Aufnahmestaats davon in Kenntnis zu setzen. Die gemeinsame Berufsausübung kann untersagt werden, wenn der Gruppe standesfremde Personen angehören.<sup>171</sup> **63**

#### 4. Grenzüberschreitende anwaltliche Dienstleistungen nach Maßgabe der Richtlinie 2005/36/EG

Außer über die RL 89/5/EG ist ein Zugang zum Rechtsanwaltsberuf in einem anderen Mitgliedstaat auch über die Berufsanerkennungsrichtlinie möglich.<sup>172</sup> Die Berufsanerkennungsrichtlinie setzt nicht eine dreijährige Berufsausübung im Aufnahmestaat voraus, sondern ermöglicht eine Anerkennung der im Herkunftsstaat erworbenen Berufsqualifikation: Wenn die Aufnahme oder Ausübung eines reglementierten Berufs in einem Aufnahmestaat von dem Besitz bestimmter Berufsqualifikationen abhängig gemacht wird, hat die **64**

165 EuGH 2.12.2010 – C-225/09, Slg 2010, I-12329 Rn. 60 – Jakubowska.

166 EuGH 2.12.2010 – C-225/09, Slg 2010, I-12329 Rn. 31 – Jakubowska.

167 Die RL 89/5/EG verweist auf RL 89/48/EWG.

168 Vgl. Art. 1 Abs. 2 lit. e RL 89/5/EG.

169 Art. 11 Ziff. 2 S. 1; Ziff. 3 RL 89/5/EG.

170 Art. 11 Ziff. 1 RL 89/5/EG.

171 Art. 11 Ziff. 5 RL 89/5/EG.

172 Ablehnend noch *Kluth/Rieger* EuZW 2005, 486 (487, 491).

zuständige Behörde dieses Mitgliedstaats die Aufnahme oder Ausübung dieses Berufs unter denselben Voraussetzungen wie Inländern zu gestatten, wenn der Antragsteller den **Be-fähigungs- oder Ausbildungsnachweis** besitzt, der in einem anderen Mitgliedstaat erforderlich ist, um in dessen Hoheitsgebiet die Erlaubnis zur Aufnahme und Ausübung dieses Berufs zu erhalten.<sup>173</sup> Im Fall einer Diskrepanz der Ausbildungsdauer im Herkunftsstaat und der im Aufnahmestaat – Einzelheiten sind in Art. 14 Berufsanerkenntnisrichtlinie geregelt – können unter bestimmten Umständen sog Ausgleichsmaßnahmen verlangt werden. Für Berufe, deren Ausübung eine genaue Kenntnis des einzelstaatlichen Rechts erfordert und bei denen Beratung und/oder Beistand in Bezug auf das einzelstaatliche Recht ein wesentlicher und beständiger Teil der Berufsausübung ist – wie es bei Rechtsanwältinnen grundsätzlich anzunehmen ist –, kann der Aufnahmestaat entweder einen Anpassungslehrgang (Art. 3 Abs. 1 lit. g RL 2005/36/EG) oder eine Eignungsprüfung (Art. 3 Abs. 1 lit. h RL 2005/36/EG) vorschreiben.<sup>174</sup> Diese Anerkennung eröffnet unmittelbar den Zugang zum Rechtsanwaltsberuf, wenn der Aufnahmestaat keine weiteren Voraussetzungen vorschreibt. Auch wenn die RL 2005/36/EG das nicht ausdrücklich vorsieht,<sup>175</sup> kann der Aufnahmestaat eine Verpflichtung zur Mitgliedschaft in der Rechtsanwaltskammer des Aufnahmestaats verlangen.<sup>176</sup> Weil die Berufsanerkenntnisrichtlinie neben den Richtlinien 77/249/EWG und 98/5/EG gelten soll, ist in der Literatur der Vorwurf der „Verwässerung“ des besonders geregelten Qualifikationsniveaus erhoben worden.<sup>177</sup>

### 5. Grenzüberschreitende anwaltliche Dienstleistungen nach Maßgabe der Richtlinie 2006/123/EG

- 65 Die Dienstleistungsrichtlinie findet auf anwaltliche Tätigkeiten **grundsätzlich Anwendung**. Lediglich für bestimmte Bereiche ist ihre Geltung beschränkt, zB für die Verpflichtungen der Mitgliedstaaten nach Art. 16 RL 123/2006/EG, für Angelegenheiten, die in den Anwendungsbereich der RL 77/249/EWG fallen.<sup>178</sup> Umstritten ist, ob damit das gesamte Tätigkeitsspektrum der in einem Mitgliedstaat niedergelassenen Rechtsanwältinnen von den Verpflichtungen nach Art. 16 Dienstleistungsrichtlinie ausgeschlossen ist<sup>179</sup> oder nur soweit Angelegenheiten (spezialgesetzlich) in der RL 77/249/EWG geregelt sind.<sup>180</sup> Die Auffassung, die Art. 17 Ziff. 4 RL 123/2006/EG enger interpretiert, kann den Wortlaut der Vorschrift („Angelegenheiten, die unter die RL 77/249/EWG ... fallen“) und den breiten horizontalen Ansatz der Dienstleistungsrichtlinie<sup>181</sup> für sich in Anspruch nehmen. Ein anderer Bereich, in dem die Dienstleistungsrichtlinie ausgeschlossen ist, betrifft Anforderungen an den Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung.<sup>182</sup>

### 6. Rechtsanwältinnen betreffende Spezifika

#### a) *Legal privilege*

- 66 Maßgebend in der Entscheidung „AM & S“ (1982) hat der EuGH die Vertraulichkeit des Schriftverkehrs zwischen Anwalt und Mandant („legal privilege“) als durch das Unions-

173 Art. 13 RL 2005/36/EG.

174 Art. 14 Abs. 3 RL 2005/36/EG.

175 S. aber Erwägungsgrund 11.

176 EuGH 3.2.2011 – C-359/09, Slg 2011 I-269 Rn. 38 – Ebert – zur RL 89/48/EWG; iErg ebenso *Frenz/Wübbenborst* NJW 2011, 1262 (1263).

177 *Mann* EuZW 2004, 615 (618) ausdrücklich für Ärzte.

178 Art. 17 Ziff. 4 RL 2006/123/EG.

179 *Schmidt-Kessel* in Schlachter/Ohler, Art. 17 Rn. 64.

180 *Kämmerer*, S. H 63.

181 Vgl. Erwägungsgrund 7 RL 2006/123/EG.

182 Art. 23 Abs. 3 RL 2006/123/EG, vgl. etwa Art. 6 RL 89/5/EG.

recht geschützt erkannt. Zwar werden in den Mitgliedstaaten mit der Gewährleistung dieses besonderen Vertrauensverhältnisses verschiedene Ziele verfolgt – in einigen Mitgliedstaaten um die dem Anwaltsberuf zuerkannte Bedeutung eines Mitgestalters der Rechtspflege willen, in anderen Mitgliedstaaten stärker unter dem Gesichtspunkt der Verteidigung –, in allen Mitgliedstaaten wird die **Vertraulichkeit des Schriftverkehrs** zwischen Anwalt und Mandant aber unter vergleichbaren Voraussetzungen geschützt. Der EuGH stellt zwei Voraussetzungen auf: Erstens muss der Schriftwechsel im Rahmen und im Interesse des Rechts des Mandanten auf Verteidigung geführt werden. Damit die „volle Ausübung der Rechte der Verteidigung“ möglich ist, muss sich dieser ipso iure auf den gesamten Schriftwechsel während eines Verwaltungsverfahrens beziehen und ggf. auch auf einen früheren Schriftwechsel, der mit dem Gegenstand dieses Verfahrens im Zusammenhang steht. Zweitens besteht dieser Schutz nur, wenn er von unabhängigen Rechtsanwälten ausgeht, dh von Anwälten, die nicht durch einen Dienstvertrag an den Mandanten gebunden sind. Das beruht auf der spezifischen Vorstellung von der Funktion des Anwalts als eines Mitgestalters der Rechtspflege, der in völliger Unabhängigkeit und in deren vorrangigem Interesse dem Mandanten die rechtliche Unterstützung zu gewähren hat, die dieser benötigt.<sup>183</sup> Für Beziehungen mit Syndikusanwälten – das führt der EuGH in „Akzo Nobel“ (2010)<sup>184</sup> noch einmal explizit aus – gilt das legal privilege nicht. Ihnen fehlt es an der erforderlichen Unabhängigkeit, weil sie „nicht denselben Grad an Unabhängigkeit von ihrem Arbeitgeber“ genießen und außerdem können sie in einem Unternehmen auch mit anderen Tätigkeiten beauftragt sein. Zudem sei zu berücksichtigen, dass es in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten keine allgemeine Tendenz gebe, die Syndikusanwälte den selbstständig praktizierenden Anwälten gleichzustellen.<sup>185</sup>

#### b) Geldwäsche

Die Richtlinie 2015/849/EU zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung findet auf Notare und andere selbstständige Angehörige von rechtsberatenden Berufen Anwendung, wenn sie im Namen und auf Rechnung ihres Klienten Finanz- oder Immobilientransaktionen durchführen oder für ihren Klienten an der Planung oder Durchführung von Transaktionen mitwirken. Deren Tätigkeit muss eine der fünf folgenden Alternativen betreffen: den Kauf und Verkauf von Immobilien oder Gewerbebetrieben; die Verwaltung von Geld, Wertpapieren oder sonstigen Vermögenswerten ihres Klienten; die Eröffnung oder Verwaltung von Bank-, Spar- oder Wertpapierkonten; die Beschaffung der zur Gründung, zum Betrieb oder zur Verwaltung von Gesellschaften erforderlichen Mittel oder die Gründung, den Betrieb oder die Verwaltung von Trusts, Gesellschaften, Stiftungen oder ähnlichen Strukturen. Auch Dienstleister für Trusts oder Gesellschaften unterliegen der RL 2015/849.<sup>186</sup> Es gelten **besondere Sorgfaltspflichten** wie die Feststellung der Identität des Kunden und Überprüfung der Kundenidentität, die Feststellung der Identität des wirtschaftlichen Eigentümers und Ergreifung angemessener Maßnahmen zur Überprüfung, die Bewertung und gegebenenfalls Einholung von Informationen über den Zweck und die angestrebte Art der Geschäftsbeziehung sowie die kontinuierliche Überwachung der Geschäftsbeziehung (auch Überprüfung etwaiger Transaktionen hinsichtlich der Geschäftstätigkeit des Kunden, seines Risikoprofils sowie Gewährleistung, dass die betreffenden Dokumente, Daten oder Informationen auf aktuellem Stand sind; Art. 13 RL 2015/849/EU). Die Richt-

183 EuGH 18.5.1982 – Rs. 155/79, Slg 1982, 1575 Rn. 20–24 – AM & S.

184 EuGH 14.9.2010 – C-550/07 P, Slg 2010, I-8301 Rn. 44 – Akzo Nobel.

185 Krit. Moosmayer NJW 2010, 3548 (3550); anders: Schnichels/Resch EuZW 2011, 47 (49).

186 Art. 2 Abs. 1 Nr. 3 lit. b und c RL 2015/849/EU.

linie unterscheidet je nach Risiko zwischen vereinfachten und verstärkten Sorgfaltspflichten. Sollten die Rechtsanwälte ihren Sorgfaltspflichten gegenüber den Kunden nicht nachkommen können, dürfen sie keine Transaktion über ein Bankkonto vornehmen, keine Geschäftsbeziehung begründen und keine Transaktionen ausführen. Sie müssen die Geschäftsbeziehung ggf. beenden und in Erwägung ziehen, eine Verdachtsmeldung an die zentrale Meldestelle zu erstatten. Für Notare, Rechtsanwälte und andere kann davon eine Ausnahme gemacht werden, wenn diese die Rechtslage für einen Klienten beurteilen oder ihn in oder im Zusammenhang mit einem Gerichtsverfahren verteidigen oder vertreten, wozu auch eine Beratung über das Betreiben oder Vermeiden eines Verfahrens zählt (Art. 14 Abs. 4 RL 2015/849/EU). Die besonderen Informations- und Zusammenarbeitsverpflichtungen mit den für die Bekämpfung der Geldwäsche zuständigen Behörden verletzen das Recht auf ein faires Verfahren, wie es durch Art. 6 EMRK iVm Art. 6 Abs. 2 EUV gewährleistet wird, nicht.<sup>187</sup>

### c) Anwaltsgebührenrecht

- 68 Für das Anwaltsgebührenrecht ist das Urteil „Cipolla und Meloni“<sup>188</sup> wegweisend, in dem der EuGH über das in einer (von einer berufsständischen Vertretung von Rechtsanwälten vorgeschlagenen und von staatlicher Seite genehmigten (→ Rn. 97 ff.)<sup>189</sup> Gebührenordnung geregelte Verbot, von Mindesthonoraren abzuweichen, entschied. In einer Gebührenordnung kann eine Verletzung der aktiven Dienstleistungsfreiheit liegen, weil Rechtsanwälten aus anderen Mitgliedstaaten die Möglichkeit genommen wird, durch geringere Honorarforderungen mit den inländischen Rechtsanwälten wirksam in Konkurrenz zu treten, denen es grundsätzlich leichter fällt als niedergelassenen Rechtsanwälten, sich einen Mandantenstamm aufzubauen. Eine Verletzung der passiven Dienstleistungsfreiheit kann vorliegen, weil für Dienstleistungsempfänger mittelbar die Möglichkeit eingeschränkt wird, Dienstleistungen ausländischer Rechtsanwälte in Anspruch zu nehmen, die bereit sind, für einen geringeren Preis tätig zu werden. In der Tat fordert nun auch die Dienstleistungsrichtlinie von den Mitgliedstaaten ein Screening, ob ihre Vorschriften die Aufnahme oder Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit von der „diskriminierenden Anforderung“ festgesetzter Mindest- und/oder Höchstpreise durch den Dienstleistungserbringer abhängig macht.<sup>190</sup>
- 69 Eine **Mindestgebühr** kann aus Gründen des Verbraucherschutzes und einer geordneten Rechtspflege gerechtfertigt sein, um also eine gewisse Qualität anwaltlicher Dienstleistungen zu gewährleisten. Dann muss aber auch sichergestellt sein, dass das Verbot, niedrigere Preise zu verlangen, zum einen geeignet ist, die Verwirklichung des verfolgten Zieles zu garantieren, und zum anderen nicht über das zur Erreichung dieses Zieles Erforderliche hinausgeht. Es kommt insbes. darauf an, ob es eine Wechselbeziehung zwischen der Honorarhöhe und der Qualität der von den Rechtsanwälten erbrachten Dienstleistungen gibt und ob die Festsetzung derartiger Mindesthonorare geeignet ist, die verfolgten Ziele, nämlich den Schutz der Verbraucher und die geordnete Rechtspflege, zu erreichen.<sup>191</sup> Der

187 Sa EuGH 26.6.2007 – C-305/05, Slg 2007, I-5301 – Ordre des barreaux francophones et germanophone.

188 EuGH 5.12.2006 – C-94/04 und C-202/04, Slg 2006, I-11421 – Cipolla und Meloni.

189 Irrelevant allerdings für Deutschland: Nuckelt in *Kluth*, Jahrbuch, S. 294; anders für Österreich, wo neben dem Rechtsanwaltsstarifgesetz die Allgemeinen Honorar-Kriterien (AHK) des Österreichischen Rechtsanwaltskammertages gelten.

190 Art. 15 Abs. 2 lit. g RL 2006/123/EG; vgl. die Kritik der Monopolkommission an Gebührenordnungen für Rechtsanwälte: Sechzehntes Hauptgutachten der Monopolkommission 2004/2005 v. 25.8.2006, BT-Drs. 16/2460, 396 f.

191 Ausdrücklich EuGH 5.12.2006 – C-94/04 und C-202/04, Slg I-11421 Rn. 64 f. – Cipolla und Meloni; sa EuGH 23.11.2017 – C-427/16, ECLI:EU:C:2017:890 – CHEZ Elektro Bulgaria.

EuGH legt Wert auf die Feststellung, dass hohe Mindesthonorare die Mitglieder des Berufsstands nicht davon abhalten, minderwertige Dienstleistungen zu erbringen, meint aber, dass nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann, dass durch solche Honorare ein Konkurrenzkampf zwischen Anwälten vermieden wird, der zu Billigangeboten führt, was das Risiko eines Verfalls der Qualität der erbrachten Dienstleistungen zur Folge haben kann. Das gilt jedenfalls, wenn sich der betreffende Markt durch eine große Anzahl zugelassener und praktizierender Anwälte auszeichnet. Außerdem erkennt der EuGH, dass eine Bewertung der juristischen Dienstleistungen für den Verbraucher regelmäßig nur schwer möglich ist, weil dieser das erforderliche Fachwissen nicht hat (Asymmetrie der Information). Jedoch sind pauschale Antworten nicht möglich. Es muss im Einzelfall geklärt werden, ob die geltenden Berufsregeln, insbes. die Vorschriften über die Organisation, die Qualifikation, das Standesrecht, die Kontrolle und die Haftung erforderlich sind, um die Ziele des Verbraucherschutzes und der geordneten Rechtspflege zu erreichen.

Gesetzlich festgelegte **Höchsthonorare** sind nicht von vornherein eine Beeinträchtigung der Grundfreiheiten, etwa weil ausländische Rechtsanwälte Zusatzkosten nicht abrechnen können, somit ihre Gewinnspannen reduziert werden und ihre Wettbewerbsfähigkeit damit Einbußen erleidet. Das gilt jedenfalls dann nicht, wenn die Gebührenordnung so flexibel ist, dass der Zugang unter den Bedingungen eines „normalen“ und „wirksamen“ Wettbewerbs nicht beeinträchtigt wird. Das kann der Fall sein, weil Rechtsanwälte besondere Vereinbarungen mit ihren Mandanten zur Gebührenhöhe schließen oder angemessene Gebühren für umfangreiche, komplexe und schwierige Angelegenheiten oder für Fälle außergewöhnlicher Belastung geltend machen können.<sup>192</sup> 70

#### d) Vorbereitungsdienst und universitäre Ausbildung

Der Rechtsreferendar ist Arbeitnehmer iSv Art. 45 AEUV. Die Ausbildung als Rechtsreferendar ist aber **keine Ausübung öffentlicher Gewalt** (Art. 45 Abs. 4 AEUV), weil Rechtsreferendare nach Weisung und unter Aufsicht eines Ausbilders tätig werden, ihre Tätigkeiten nicht zur öffentlichen Verwaltung im eigentlichen Sinne gehören und keine unmittelbare und spezifische Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt darstellen.<sup>193</sup> 71

Mangels einer europarechtlichen Harmonisierung der praktischen Vorbereitungszeit – insbes. sind die RL 98/5/EG und die RL 2005/36/EG<sup>194</sup> nicht einschlägig – können die Mitgliedstaaten grundsätzlich selbst festlegen, welche Kenntnisse und Fähigkeiten zur Ausübung eines Berufs erforderlich sind. Diese Voraussetzungen dürfen aber **keine ungerechtfertigte Behinderung** bei der tatsächlichen Ausübung der Grundfreiheiten darstellen. Deshalb müssen die in anderen Mitgliedstaaten bereits erworbenen Kenntnisse und Fähigkeiten berücksichtigt werden. Das Prüfungsverfahren muss so ausgestaltet sein, dass es den Behörden des Aufnahmestaats möglich ist, objektiv festzustellen, ob ein ausländisches Diplom seinem Inhaber die gleichen oder zumindest gleichwertige Kenntnisse und Fähigkeiten wie das innerstaatliche Diplom bescheinigt (sog Äquivalenzprüfung). Erforderlich ist eine „Gesamtbeurteilung“.<sup>195</sup> Diese Beurteilung muss ausschließlich danach erfolgen, welches Maß an Kenntnissen und Fähigkeiten dieses Diplom unter Berücksichtigung von Art und Dauer des Studiums und der praktischen Ausbildung, auf die es sich bezieht, bei seinem Besitzer „vermuten“ lässt.<sup>196</sup> Objektiven Unterschieden hinsichtlich des im Herkunftsstaat für den betreffenden Beruf bestehenden rechtlichen Rahmens sowie des Tätig-

192 EuGH 29.3.2011 – C-565/08, Slg 2010, I-4341 Rn. 53 – Kommission/Italien.

193 EuGH 10.10.2009 – C-345/08, Slg 2009, I-11677 Rn. 30 f. – Pesla.

194 Zur Vorgängervorschrift: EuGH 13.11.2003 – C-313/01, Slg 2003, I-13467 Rn. 52 – Morgenbesser.

195 EuGH 13.11.2003 – C-313/01, Slg 2003, I-13467 Rn. 66 – Morgenbesser.

196 EuGH 13.11.2003 – C-313/01, Slg 2003, I-13467 Rn. 68 – Morgenbesser.

keitsbereichs dieses Berufes kann Rechnung getragen werden. Im Falle des Anwaltsberufes darf ein Mitgliedstaat somit eine vergleichende Prüfung der Diplome unter Berücksichtigung der festgestellten Unterschiede zwischen den betroffenen nationalen Rechtsordnungen vornehmen.<sup>197</sup> Der Aufnahmestaat muss nicht niedrigere Anforderungen an die juristischen Kenntnisse des Bewerbers stellen als sie in dem Zeugnis ausgewiesen werden, die der Aufnahmestaat für die Zulassung zum Vorbereitungsdienst verlangt. Kann aber nur eine Teilkenntnis oder -fähigkeit festgestellt werden, darf der Aufnahmestaat keine vollständige Prüfung verlangen, sondern nur soweit Kenntnisse und Fähigkeiten nicht nachgewiesen sind.

- 73 Anders stellt sich die Situation dar, wenn der Antragsteller die Zulassung zum Rechtsanwaltsberuf in einem Mitgliedstaat beantragt, der ein universitäres Studium und eine praktische Vorbereitungszeit verlangt, er in diesem Aufnahmestaat aber nur ein universitäres Studium abgeschlossen hat, dann aber in einem anderen Mitgliedstaat nach Belegung einiger Lehrgänge und Ergänzungsprüfungen den Nachweis für die Zulassung zum Rechtsanwaltsberuf erlangt hat, weil dort, also in diesem Herkunftsstaat, eine praktische Vorbereitungszeit nicht vorgesehen ist. Nach dem Urteil „Koller“<sup>198</sup> zur RL 89/48/EWG hat der Antragsteller eine Zulassung zum Rechtsanwaltsberuf in einem Mitgliedstaat erlangt, die von dem Aufnahmestaat zu berücksichtigen ist. Dh weder, dass die Anerkennung eines Studienabschlusses (Homologation) selbst als Diplom iSd Berufsanerkenntnisrichtlinie<sup>199</sup> zu qualifizieren ist, auf die sich der Bewerber berufen könnte, noch dass der Aufnahmestaat keine Eignungsprüfung verlangen kann. Der Aufnahmestaat darf aber den Zugang zur Eignungsprüfung nicht deshalb versagen, weil der Nachweis fehlt, dass der Bewerber die nach den Rechtsvorschriften des Aufnahmestaats geforderte praktische Verwendung absolviert hat. Der Aufnahmestaat hat zuvor zu prüfen, ob die vom Bewerber im Rahmen seiner Berufspraxis erworbenen Kenntnisse die wesentlichen Unterschiede beider Ausbildungssysteme ganz oder teilweise ausgleichen können. Allein, dass ein Angehöriger eines Mitgliedstaats, der in diesem Staat einen Universitätsabschluss erworben hat, sich in einen anderen Mitgliedstaat begibt, um dort die Qualifikation für den Rechtsanwaltsberuf zu erwerben, und danach in den Mitgliedstaat, dem er angehört, zurückkehrt, um dort den Rechtsanwaltsberuf unter der Berufsbezeichnung auszuüben, die er in dem Mitgliedstaat erlangt hat, in dem er auch die betreffende Qualifikation erworben hat, liegt noch keine missbräuchliche Ausnutzung des Niederlassungsrechts nach Art. 3 RL 98/5/EG. Das ist nach EuGH selbst dann der Fall, wenn die Eintragung in das Verzeichnis der niedergelassenen Rechtsanwälte im Aufnahmemitgliedstaat kurze Zeit nach dem Erwerb der Berufsbezeichnung im Herkunftsmitgliedstaat beantragt wurde.<sup>200</sup> Vielmehr wird gerade eines der Ziele der RL 98/5/EG erreicht, nämlich die ständige Ausübung des Rechtsanwaltsberufs in einem anderen Mitgliedstaat als dem, in dem die Berufsqualifikation erworben wurde, zu erleichtern.

### *e) Rechtsschutzversicherung*

- 74 Für die Rechtsschutzversicherung gilt die RL 2009/138/EG betreffend die Aufnahme und Ausübung der Versicherungs- und der Rückversicherungstätigkeit (Solvabilität II. Aus Art. 201 RL 2009/138/EG folgt das Recht der Versicherten, **ihren Rechtsanwalt grund-**

---

197 EuGH 7.5.1991 – C-340/89, Slg 1991, I-2379 Rn. 18 – Vlassopoulou; EuGH 10.10.2009 – C-345/08, Slg 2009, I-11677 Rn. 34 f. – Pesla.

198 EuGH 22.12.2010 – C-118/09, Slg 2010, I-13627 – Koller; dazu *Frenz/Wübbenhorst* NJW 2011, 2849 ff.

199 Zur RL 89/48/EWG: EuGH 29.9.2009 – C-311/06, Slg 2009, I-415 Rn. 57 – Consiglio Nazionale degli Ingegneri.

200 EuGH 17.7.2014 – C-58/13, ECLI:EU:C:2014:2088 Rn. 50, 51 – Torresi.

sätzlich frei zu wählen. Deshalb kann sich der Rechtsschutzversicherer für den Fall, dass eine größere Anzahl von Versicherungsnehmern durch dasselbe Ereignis geschädigt ist, nicht das Recht vorbehalten, selbst den Rechtsvertreter aller betroffenen Versicherungsnehmer auszuwählen.<sup>201</sup> Allerdings bezweckt die Richtlinie keine vollständige Harmonisierung der Rechtsschutzversicherungsverträge der Mitgliedstaaten. Die RL 2009/138/EG schließt eine Regelung nicht aus, wonach eine Versicherung nur für Fälle gilt, die sich aus dem Einsatz von Straßenfahrzeugen im Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaats ergeben, die Versicherung an einen Vertrag über den Beistand gebunden ist, der bei einem Unfall mit oder einem Schaden an einem Straßenfahrzeug zu gewähren ist, weder das Rechtsschutzversicherungsunternehmen noch der Beistandsversicherer Haftpflichtversicherungszweige abdecken und Vorkehrungen getroffen werden, damit die Rechtsberatung und die Vertretung der Parteien in einem Streitfall durch völlig unabhängige Rechtsanwälte sichergestellt wird, wenn diese Parteien bei ein und demselben Versicherungsunternehmen rechtsschutzversichert sind.<sup>202</sup>

## II. Notare

### 1. Notariat: öffentliches Amt, aber keine Ausübung öffentlicher Gewalt

In den meisten europäischen Ländern gilt das „lateinische Notariat“, dh dass der Notar ein öffentliches Amt ausübt. Ausdrücklich ist das in Deutschland<sup>203</sup> und in Österreich<sup>204</sup> („vom Staat bestellt und in ihr öffentliches Amt eingeführt“) geregelt, außerdem in Frankreich,<sup>205</sup> Luxemburg<sup>206</sup> („officiers publics“), in Belgien<sup>207</sup> („fonctionnaires publics“), in Portugal<sup>208</sup> („oficial público“), in Lettland<sup>209</sup> und in Griechenland,<sup>210</sup> wo Notare als „unentgeltlich tätige öffentliche Bedienstete“ bezeichnet werden. Das Notariat wird in diesen Ländern freiberuflich ausgeübt.<sup>211</sup> Damit ist die für das Notariat wesentliche Frage bereits aufgeworfen, nämlich ob die notarielle Tätigkeit eine die Anwendbarkeit der Niederlassungsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit ausschließende öffentliche Gewalt iSv Art. 51 AEUV ist. Die Diskussion über die Möglichkeit einer unionsrechtlichen Liberalisierung des Notariatswesens ist jahrelang geführt worden.<sup>212</sup> Das Europäische Parlament hatte in mehreren Entschlüssen seine Auffassung bekräftigt, dass es sich bei notariellen Tätigkeiten um Ausübung öffentlicher Gewalt handeln soll.<sup>213</sup>

201 EuGH 10.9.2009 – C-199/08, Slg 2009, I-8295 Rn. 68 – Eschig – zur RL 87/344/EWG.

202 Art. 202 Abs. 1 RL 2009/138/EU.

203 Bundesnotarordnung v. 24.2.1961, BGBl. 1961 I 97.

204 Notariatsordnung v. 25.7.1871, RGBl. Nr. 75/1871 idF des BGBl. I Nr. 164/2005.

205 Ordonnance Nr. 45-2590 v. 2.11.1945 über die Stellung des Notariats, JORF v. 3.11.1945, S. 7160 idF GesetzNr. 2004-130 v. 11.2.2004, JORF v. 12.2.2004, S. 2847.

206 Gesetz v. 9.12.1976 zur Ausgestaltung des Notariats (Mémorial A 1976, S. 1230).

207 Gesetz v. 25. Ventôse des Jahres XI zur Organisation des Notariats in der Fassung des Gesetzes v. 4.5.1999.

208 Decreto-Lei Nr. 26/2004 vom 4. Februar 2004 zum Erlass des Notariatsstatuts (*Diário da República* I, Serie A, Nr. 29, vom 4. Februar 2004).

209 Art. 238 Notariāta likums v. 9.7.1993, Latvijas Vēstnesis, 1993, Nr. 48.

210 Gesetz 2830/2000 v. 16.3.2000 (FEK A' 96/16.3.2000).

211 EuGH 24.5.2011 – C-47/08, Rn. 8 – belgische Notare; EuGH 24.5.2011 – C-50/08, Rn. 2 – französische Notare; EuGH 24.5.2011 – C-51/08, Rn. 8 – luxemburgische Notare; EuGH 24.5.2011 – C-52/08, Rn. 8 – portugiesische Notare; EuGH 24.5.2011 – C-53/08, Rn. 10 – österreichische Notare; EuGH 24.5.2011 – C-54/08, Rn. 10 – deutsche Notare; EuGH 24.5.2011 – C-61/08, Rn. 8 – griechische Notare; EuGH 10.9.2015 – C-151/14, Rn. 3 – lettische Notare.

212 Vgl. nur *Schmid/Pinkel* HanselR 2009, 129 ff. mwN

213 Entschließung des Europäischen Parlaments v. 23.3.2006 zu den Rechtsberufen und dem allgemeinen Interesse an der Funktionsweise der Rechtssysteme, ABl. C 292E, 105, Nr. 17; Entschließung v.

- 76 1987 hatte der EuGH Gelegenheit, die Tätigkeit der niederländischen Notare umsatzsteuerrechtlich zu würdigen und festgestellt, dass sie nicht in einem Unterordnungsverhältnis zum Staat stehen, „da sie nicht in die öffentliche Verwaltung eingegliedert sind.“ Nach der streitmaßgeblichen Umsatzsteuerrechtlinie waren unselbstständige Tätigkeiten nicht umsatzsteuerpflichtig: Der EuGH verwies darauf, dass sie ihre Tätigkeit für eigene Rechnung und in eigener Verantwortung ausübten, dass sie in bestimmten, gesetzlich festgelegten Grenzen frei die Modalitäten der Ausübung ihrer Arbeit regelten und das Entgelt selbst, das ihr Einkommen darstellte, vereinnahmten.<sup>214</sup> Erst im Jahr 2011 nahm der EuGH dann ausdrücklich zu dieser Frage Stellung und hielt fest, dass die Beurkundungstätigkeit von Notaren in Deutschland, Portugal, Österreich, Luxemburg, Belgien, Frankreich und Griechenland **keine Ausübung „öffentlicher Gewalt“** ist: Die Ausnahmeregelung des Art. 51 AEUV muss auf Tätigkeiten beschränkt werden, die als solche „unmittelbar und spezifisch mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind“.<sup>215</sup> Für das Verfassen von Privaturkunden und die Vertretung von Parteien in bestimmten Fällen ist das offensichtlich nicht der Fall, für die Errichtung öffentlicher Urkunden stellte er auf die erforderliche Zustimmung der Parteien ab sowie darauf, dass sich die Parteien einer Beurkundung freiwillig unterwerfen. Als Gerichtskommissär, zB in Verlassenschaftssachen (etwa Erbschaftsangelegenheiten), scheidet seine Tätigkeit als Ausübung öffentlicher Gewalt aus, weil diese unter Aufsicht eines Gerichts ausgeübt wird, dem auch Letztentscheidungsbefugnis zukommt.

### 2. Zur Geltung der Dienstleistungsrichtlinie und der Berufsankennungsrichtlinie

- 77 Die **Dienstleistungsrichtlinie** findet auf „Tätigkeiten von Notaren ..., die durch staatliche Stellen bestellt werden“, keine Anwendung.<sup>216</sup> Darüber hinaus gelten die Vorgaben der Dienstleistungsfreiheit nach Maßgabe des Art. 16 Dienstleistungsrichtlinie nicht für Handlungen, für die die Mitwirkung eines Notars gesetzlich vorgeschrieben ist.<sup>217</sup>
- 78 Es ist davon auszugehen, dass auch die **Berufsankennungsrichtlinie** nicht auf Notare anzuwenden ist.<sup>218</sup> Das hat der Richtliniengesetzgeber zwar nicht ausdrücklich geregelt, in Erwägungsgrund 41 der Berufsankennungsrichtlinie wird aber ausgeführt, dass „diese Richtlinie ... nicht die Anwendung des Artikels 39 Absatz 4 [jetzt Art. 45 Abs. 4 AEUV] und des Artikels 45 [jetzt Art. 51 AEUV] des Vertrags, insbesondere auf Notare“ berührt. Im Gesetzgebungsverfahren hatte das Europäische Parlament in seiner legislativen Entschließung vorgeschlagen, ausdrücklich anzugeben, dass sie nicht für Notare gilt. Dieser Vorschlag wurde aber weder im geänderten Vorschlag des Europäischen Parlaments und des Rates<sup>219</sup> noch im Gemeinsamen Standpunkt<sup>220</sup> übernommen, was seinen Grund aber darin hatte, dass die betreffenden Organe davon ausgingen, dass notarielle Tätigkeiten bereits durch Art. 51 AEUV ausgeschlossen sind. Aufgrund dieser Entstehungsgeschichte und wegen der systematischen Unsicherheit – so der EuGH – war es nicht möglich festzu-

18.1.1994 zur Lage und Organisation des Notarstands in den zwölf Mitgliedstaaten der Gemeinschaft, ABl. C 44, 36, Nr. 2.

214 EuGH 26.3.1987 – Rs. 235/85, Slg 1984, I-1471. Rn. 14 – niederländische Notare und Gerichtsvollzieher.

215 EuGH 24.5.2011 – C-53/08, Rn. 87 – österreichische Notare; EuGH 9.3.2017 – C-342/15, ECLI:EU:C:2017:196 Rn. 54 – Piringen.

216 Art. 2 Abs. 2 lit. 1 RL 2006/123/EG.

217 Art. 17 Ziff. 12 RL 2006/123/EG.

218 Wie hier *Gärditz* EWS 2012, 209 (212); aA *Schmid/Pinkel* NJW 2011, 2928 (2929); iErg wie hier wohl *Henssler/Kilian* NJW 2012, 481 (486).

219 Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Anerkennung von Berufsqualifikationen (KOM[2004] 317 endg.).

220 Gemeinsamen Standpunkt (EG) Nr. 10/2005 v. 21.12.2004.

stellen, dass bei Ablauf der in der mit Gründen versehenen Stellungnahme gesetzten Frist eine hinreichend klare Verpflichtung für die Mitgliedstaaten bestanden hatte, die Berufsanerkennungsrichtlinie in Bezug auf den Beruf des Notars umzusetzen.<sup>221</sup> Nach einem Vorschlag der Kommission aus dem Jahr 2011 sollte der Beruf des Notars in den Anwendungsbereich der Berufsanerkennungsrichtlinie ausdrücklich aufgenommen werden. Bei Anträgen auf Anerkennung einer Niederlassung sollten die Mitgliedstaaten die erforderliche Eignungsprüfung oder den erforderlichen Anpassungslehrgang vorschreiben können, „damit jegliche Diskriminierung in den einzelstaatlichen Auswahl- und Ernennungsverfahren vermieden wird“. Allerdings sollten Notare im freien Dienstleistungsverkehr keine öffentlichen Urkunden anfertigen oder sonstige das Siegel des Aufnahmemitgliedstaats bedürftige Beglaubigungen durchführen können.<sup>222</sup>

### 3. Die Grundfreiheiten als maßgeblicher Rechtsrahmen

Damit wird der maßgebliche Rechtsrahmen für Notare durch die Grundfreiheiten bestimmt,<sup>223</sup> insbes. durch die Niederlassungsfreiheit, die Dienstleistungsfreiheit und die Arbeitnehmerfreizügigkeit. Weil mit den notariellen Tätigkeiten im Allgemeininteresse liegende Ziele verfolgt werden, die insbes. dazu dienen, die Rechtmäßigkeit und die Rechtssicherheit von Akten zwischen Privatpersonen zu gewährleisten, also aus „**zwingenden Gründen des Allgemeininteresses**“ iSd „Cassis“-Rechtsprechung des EuGH, können nationale Gesetze grenzüberschreitende notarielle Tätigkeiten beschränken. Was zB die Erstellung von Urkunden betrifft, können die Funktionsfähigkeit des Grundbuchsystems und die Rechtmäßigkeit und die Rechtssicherheit von Akten zwischen Privatpersonen zwingende Gründe des Allgemeinwohls sein, um diese Tätigkeiten einer bestimmten Berufsgruppe vorzubehalten, „die öffentliches Vertrauen genießt und über die der betreffende Mitgliedstaat eine besondere Kontrolle ausübt.“<sup>224</sup> Damit können bestimmte Tätigkeiten also dem Notariat vorbehalten bleiben. Diese Tätigkeiten dürfen aber nicht auf eine bloße Bestätigung der Echtheit von Unterschriften beschränkt sein, sondern müssen auch mit einer Prüfung des Vorgangs einhergehen<sup>225</sup> (zB Vergewisserung der Ordnungsmäßigkeit der geplanten Transaktion, Feststellung der Geschäftsfähigkeit der Parteien etc).<sup>226</sup> Ausdrücklich hat der EuGH zugelassen: die besonderen Vergabeverfahren zu ihrer Bestellung, die Beschränkung ihrer Zahl und ihrer örtlichen Zuständigkeit sowie Regelungen, die ihre Bezüge betreffen, ihre Unabhängigkeit und die Unvereinbarkeit mit Ämtern und ihre Unabsetzbarkeit, soweit diese Beschränkungen zur Erreichung der genannten Ziele geeignet und erforderlich sind.<sup>227</sup> Unzulässig – weil eine direkte Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit – ist aber der in einigen mitgliedstaatlichen Notariatsgesetzen geregelte Staatsangehörigkeitsvorbehalt. Umgekehrt kann es aber – je nach mitgliedstaatlicher Regelung – zulässig sein, dass Notare Schriftstücke im Ausland beurkunden.

221 EuGH 24.5.2011 – C-53/08, Rn. 144, 145 – österreichische Notare.

222 Vorschlag zur Änderung der Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen und der Verordnung über die Verwaltungszusammenarbeit mithilfe des Binnenmarktinformationssystems, KOM(2011)0883 endg.

223 Lorz DNotZ 2011, 491 (497); Fuchs Urteilsanmerkung EuZW 2011, 475; Waldhoff EuZW 2017, 382 (385).

224 EuGH 9.3.2017 – C-342/15, ECLI:EU:C:2017:196 Rn. 65 – Piringer.

225 Stöger NZ 2017, 161 (165 f.)

226 EuGH 9.3.2017 – C-342/15, ECLI:EU:C:2017:196 Rn. 64 – Piringer.

227 EuGH 24.5.2011 – C-54/08, Rn. 98 – deutsche Notare.

### III. Heilberufe

#### 1. Überblick

- 80 Wegen Fehlens sekundärrechtlicher Berufsanerkennungsvorschriften mussten Ärzte in jedem Einzelfall nachweisen, dass ihre Ausbildung im Herkunftsstaat der des Aufnahme- staats entspricht. Erst mit der Richtlinie 75/363/EWG zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Tätigkeiten des **Arztes**<sup>228</sup> und der Richtlinie 75/362/EWG für die gegenseitige Anerkennung der Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise des Arztes und für Maßnahmen zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des Niederlassungsrechts und des Rechts auf freien Dienstleistungsverkehr<sup>229</sup> konnten wichtige Harmonisierungsmaßnahmen durchgesetzt werden. Es folgten die Richtlinie 86/457/EWG über eine spezifische Ausbildung in der Allgemeinmedizin<sup>230</sup> und die Richtlinie 93/16/EWG zur Erleichterung der Freizügigkeit für Ärzte und zur gegenseitigen Anerkennung ihrer Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise,<sup>231</sup> die im Jahr 2005 durch die Berufsanerkennungsrichtlinie 2005/36/EG abgelöst wurde, die die bisherigen Vorschriften aber im Wesentlichen weiterführt.
- 81 Für eine Niederlassung werden folgende Diplome für Heilberufe grundsätzlich „**automatisch**“ iSv Art. 21 RL 2005/36/EG anerkannt:
- Ausbildungsnachweise für die **ärztliche Grundausbildung** (Anhang V Nr. 5.1.1. RL 2005/36/EG)
  - Ausbildungsnachweise für den **Facharzt** (Anhang V Nr. 5.1.2. RL 2005/36/EG)
  - Ausbildungsnachweise für Krankenschwestern und Krankenpfleger (Anhang V Nr. 5.2.2. Berufsanerkennungsrichtlinie)
  - Ausbildungsnachweise des **Zahnarztes** (Grundausbildung) (Anhang V Nr. 5.3.2. Berufsanerkennungsrichtlinie)
  - Ausbildungsnachweise der **Fachzahnärzte** (Anhang V Nr. 5.3.3. Berufsanerkennungsrichtlinie)
  - Ausbildungsnachweise für den **Tierarzt** (Anhang V Nr. 5.4.2. Berufsanerkennungsrichtlinie)

Allerdings müssen weitere, berufsspezifische Voraussetzungen (→ Rn. 84 ff.) erfüllt sein.

- 82 Liegen die Voraussetzungen für eine automatische Anerkennung nicht vor, ist eine **erleichterte Anerkennung** nach Art. 10 ff. Berufsanerkennungsrichtlinie möglich. Dafür ist zB ein Diplom vorzulegen, mit dem nachgewiesen wird, dass der Inhaber einen postsekundären Ausbildungsgang von mindestens vier Jahren oder eine Teilzeitausbildung von entsprechender Dauer, die zusätzlich in der entsprechenden Anzahl an ECTS-Punkten ausgedrückt werden kann, an einer Universität oder einer anderen Hochschule oder in einer anderen Ausbildungseinrichtung mit gleichwertigem Ausbildungsniveau erfolgreich abgeschlossen sowie gegebenenfalls die Berufsausbildung, die neben dem Studium gefordert wird, erfolgreich abgeschlossen hat.<sup>232</sup> Für andere Diplome, Zeugnisse und Bescheinigun-

228 Richtlinie 75/363/EWG des Rates v. 16.6.1975 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Tätigkeiten des Arztes, ABl. L 167 v. 30.6.1975, 14.

229 Richtlinie 75/362/EWG des Rates v. 16.6.1975 für die gegenseitige Anerkennung der Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise des Arztes und für Maßnahmen zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des Niederlassungsrechts und des Rechts auf freien Dienstleistungsverkehr, ABl. L 167 v. 30.6.1975, 1.

230 Richtlinie 86/457/EWG des Rates v. 15.9.1986 über eine spezifische Ausbildung in der Allgemeinmedizin, ABl. L 267 v. 19.9.1986, 26.

231 Richtlinie 93/16/EWG des Rates v. 5.4.1993 zur Erleichterung der Freizügigkeit für Ärzte und zur gegenseitigen Anerkennung ihrer Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise, ABl. L 165 v. 7.7.1993, 1.

232 Art. 11 lit. e RL 2005/36/EG.

gen gelten weitere Voraussetzungen.<sup>233</sup> Gleichgestellt sind Ausbildungsnachweise, die den erfolgreichen Abschluss einer in der EU erworbenen Ausbildung bescheinigen, von diesem Mitgliedstaat als gleichwertig anerkannt werden und die in Bezug auf die Aufnahme oder Ausübung eines Berufs dieselben Rechte verleihen oder auf die Ausübung dieses Berufs vorbereiten. Unter diesen Voraussetzungen sind auch solche Ausbildungsnachweise den Berufsqualifikationen gleichgestellt, die zwar nicht den Erfordernissen der Rechts- oder Verwaltungsvorschriften des Herkunftsmitgliedstaats für die Aufnahme oder Ausübung eines Berufs entsprechen, ihrem Inhaber jedoch erworbene Rechte verleihen.<sup>234</sup> Wenn die Aufnahme oder Ausübung eines reglementierten Berufs in einem Aufnahmemitgliedstaat den Besitz bestimmter Berufsqualifikationen voraussetzt, gestattet dieser den Antragstellern die Aufnahme oder Ausübung dieses Berufs unter denselben Voraussetzungen wie Inländern, sofern diese den Befähigungs- oder Ausbildungsnachweis nach Art. 11 Berufsankennungsrichtlinie besitzen.<sup>235</sup> Die Aufnahme und Ausübung eines Berufs müssen auch den Antragstellern gestattet werden, die den betreffenden Beruf ein Jahr lang in Vollzeit oder während einer entsprechender Gesamtdauer in Teilzeit in den vorangegangenen zehn Jahren in einem anderen Mitgliedstaat, in dem dieser Beruf nicht reglementiert ist, ausgeübt haben und die im Besitz eines oder mehrerer in einem anderen Mitgliedstaat, in dem dieser Beruf nicht reglementiert ist, ausgestellten Befähigungs- oder Ausbildungsnachweise sind.<sup>236</sup> Wenn die Voraussetzung für eine Gleichstellung nicht erfüllt sind, können Ausgleichsmaßnahmen verlangt werden, dh ein Anpassungslehrgang oder eine Eignungsprüfung.<sup>237</sup> Bei der Festsetzung von **Ausgleichsmaßnahmen** zur Beseitigung wesentlicher Unterschiede zwischen der Ausbildung eines Antragstellers und der im Aufnahmemitgliedstaat erforderlichen Ausbildung muss der Mitgliedstaat jede praktische Erfahrung berücksichtigen, die diese Unterschiede ganz oder teilweise ausgleichen kann.<sup>238</sup> Die Berufsbezeichnung ist dann in der Amtssprache des Niederlassungsmemberstaats zu führen, und zwar so, dass keine Verwechslung mit der Berufsbezeichnung des Aufnahmemitgliedstaats möglich ist.<sup>239</sup>

Nur subsidiär kommt nach Maßgabe der „Vlassopoulou“-Rechtsprechung<sup>240</sup> eine **Anerkennung nach primärrechtlichen Grundsätzen** in Betracht. Dann müssen die Mitgliedstaaten, die mit einem Antrag eines Gemeinschaftsangehörigen auf Zulassung zu einem Beruf befasst sind, dessen Aufnahme nach nationalem Recht vom Besitz eines Diploms oder einer beruflichen Qualifikation oder von Zeiten praktischer Erfahrungen abhängt, sämtliche Diplome, Prüfungszeugnisse oder sonstige Befähigungsnachweise sowie die einschlägige Erfahrung des Betroffenen in der Weise berücksichtigen, dass sie die durch diese Nachweise und diese Erfahrung belegten Fachkenntnisse mit den nach nationalem Recht vorgeschriebenen Kenntnissen und Fähigkeiten vergleichen.<sup>241</sup> 83

## 2. Ärzte

Für die automatische Anerkennung ist eine **Grundausbildung** erforderlich. Die Zulassung zur ärztlichen Grundausbildung setzt den Besitz eines Diploms oder eines Prüfungszeug- 84

233 Art. 11 lit. a–d RL 2005/36/EG.

234 Art. 12 RL 2005/36/EG.

235 Art. 13 Abs. 1 RL 2005/36/EG.

236 Art. 14 Abs. 1 RL 2005/36/EG.

237 Art. 14 Abs. 2, 3 UAbs. 2 RL 2005/36/EG.

238 EuGH 2.12.2010 – C-422/09, Slg 2010, I-12411 Rn. 72 – Vandorou.

239 Art. 7 Abs. 3 S. 2 RL 2005/36/EG.

240 EuGH 7.5.1991 – C-340/89, Slg 1991, I-2379 Rn. 16 – Vlassopoulou; s. auch EuGH 21.9.2017 – C-125/16, ECLI:EU:C:2017:707 Rn. 53 – Malta Dental Technologists Association.

241 EuGH 14.9.2000 – C-238/98, Slg 2000, I-6640 Rn. 23 – Hocsman.

nisses voraus, das für das betreffende Studium die Zulassung zu den Universitäten ermöglicht (Art. 24 Berufsanerkenntnisrichtlinie). Die ärztliche Grundausbildung umfasst mindestens fünf Jahre und besteht aus mindestens 5.500 Stunden theoretischer und praktischer Ausbildung an einer Universität oder unter Aufsicht einer Universität.<sup>242</sup> In inhaltlicher Hinsicht gewährleistet die ärztliche Grundausbildung, dass die betreffende Person angemessene Kenntnisse in den Wissenschaften, auf denen die Medizin beruht, und ein gutes Verständnis für die wissenschaftlichen Methoden, einschließlich der Grundsätze der Messung biologischer Funktionen, der Bewertung wissenschaftlich festgestellter Sachverhalte sowie der Analyse von Daten und angemessene Kenntnisse über die Struktur, die Funktionen und das Verhalten gesunder und kranker Menschen sowie über die Einflüsse der physischen und sozialen Umwelt auf die Gesundheit des Menschen erworben hat. Ferner wird gewährleistet, dass der Betreffende angemessene Kenntnisse hinsichtlich der klinischen Sachgebiete und Praktiken, die ihm ein zusammenhängendes Bild von den geistigen und körperlichen Krankheiten, von der Medizin unter den Aspekten der Vorbeugung, der Diagnostik und der Therapeutik sowie von der menschlichen Fortpflanzung vermitteln, und angemessene klinische Erfahrung unter entsprechender Leitung in Krankenhäusern erworben hat.<sup>243</sup> Die Ausbildung kann teilweise in einem Drittland erfolgen, sofern die zuständige Behörde des Mitgliedstaats, die das Diplom erteilt, diese Ausbildung anzuerkennen und dementsprechend festzustellen in der Lage ist, dass diese Ausbildung tatsächlich zur Erfüllung der in der Berufsanerkenntnisrichtlinie normierten Anforderungen an die ärztliche Ausbildung beiträgt.<sup>244</sup> Dabei sind die Behörden des aufnehmenden Mitgliedstaats an eine Anerkennungsbescheinigung gebunden, sofern keine neuen Gesichtspunkte auftreten, die ernste Zweifel daran begründen, ob das ihnen vorgelegte Diplom echt ist oder den einschlägigen Vorschriften entspricht.<sup>245</sup>

- 85 Die Zulassung zur **fachärztlichen Weiterbildung**<sup>246</sup> darf erfolgen (vgl. Art. 25 Berufsanerkenntnisrichtlinie), wenn eine ärztliche Grundausbildung abgeschlossen und als gültig anerkannt worden ist und angemessene medizinische Grundkenntnisse erworben wurden. Die Berufsanerkenntnisrichtlinie behält alle Fachrichtungen bei, die zum Zeitpunkt des Erlasses dieser Richtlinie in mindestens zwei Mitgliedstaaten gemeinsam sind. Neue medizinische Fachrichtungen müssen in mindestens zwei Fünfteln der Mitgliedstaaten vertreten sein.<sup>247</sup> Die Weiterbildung zum Facharzt umfasst eine theoretische und praktische Ausbildung an einem Universitätszentrum, einer Universitätsklinik oder gegebenenfalls in einer hierzu von den zuständigen Behörden oder Stellen zugelassenen Einrichtung der ärztlichen Versorgung. Einzelheiten zu den konkreten Facharztausbildungen sind in Anhang V 5.1.3. der Berufsanerkenntnisrichtlinie festgelegt. Die Facharztanwärter müssen in den betreffenden Abteilungen persönlich zur Mitarbeit herangezogen werden und Verantwortung übernehmen. Die Berufsanerkenntnisrichtlinie sieht vor, dass die Weiterbildung als Vollzeitausbildung an besonderen Weiterbildungsstellen erfolgt und schließt die Beteiligung an sämtlichen ärztlichen Tätigkeiten in dem Bereich ein. Art. 25 Abs. 3 S. 3 Berufsanerkenntnisrichtlinie schreibt dafür eine angemessene Vergütung vor. Die Ausstellung eines Ausbildungsnachweises des Facharztes ist nur zulässig, wenn ein Ausbildungsnachweis für die

242 Bei Berufsangehörigen, die ihre Ausbildung vor dem 1.1.1972 begonnen haben, kann die in UAbs. 1 genannte Ausbildung eine praktische Vollzeitausbildung von sechs Monaten auf Universitätsniveau unter Aufsicht der zuständigen Behörden umfassen: Art. 24 Abs. 2 S. 2 RL 2005/36/EG.

243 Im Einzelnen s. Art. 24 Abs. 3 RL 2005/36/EG.

244 EuGH 19.6.2003 – C-110/01, Slg 2003 I-6258 Rn. 70 – Tennah-Durez.

245 EuGH 19.6.2003 – C-110/01, Slg 2003 I-6258 Rn. 81 – Tennah-Durez.

246 S. Art. 25 RL 2005/36/EG.

247 Erwägungsgrund 20 RL 2005/36/EG.