Dr. Friedemann Kainer*

Nationale Preisregelungen im Binnenmarktrecht – am Beispiel von Gebührenordnungen für Rechtsanwälte

Abstract

Staaten nehmen in vielfacher Weise auf das Wirtschaftsgeschehen Einfluss. Dahinter stehen regelmäßig Ziele des Gemeinwohls, manchmal aber auch Interessengruppen, die ihre Partikularinteressen im Gewande staatlicher Regelsetzung zu erreichen suchen. Ein probates Mittel hierzu sind Preisvorschriften, die in verschiedenerlei Gestalt erscheinen können. Preisvorschriften aber stehen in einem diametralen Gegensatz zu einer wettbewerbsbestimmten Marktwirtschaft. Im europäischen Binnenmarktrecht sind sie nur begrenzt zulässig. Der nachstehende Beitrag erörtert den wettbewerbsverfassungsrechtlichen Rahmen in der Europäischen Gemeinschaft sowie – am Beispiel einer aktuellen Entscheidung des EuGH – spezifische Grenzen für staatliche Einflussnahme auf die autonome Preisbildung.

* Der *Verf.* ist Wiss. Assistent am Institut für deutsches und Europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht

I. Einleitung

Eine der wesentlichen Charakteristika einer wettbewerbsorientierten Marktwirtschaft, wie sie der deutschen und der europäischen Rechtsordnung zugrunde liegt, ist die freie und autonome Festsetzung von Preisen durch die Marktteilnehmer. Unternehmen pflegen Preise gewinnoptimiert (hoch) anzusetzen, die Marktgegenseite versucht ihrerseits, möglichst niedrig nachzufragen. Aus diesem Spiel von Angebot und Nachfrage entwickeln sich Marktpreise prozessförmig, wobei ein funktionierender Wettbewerb sowohl Anbieter als auch Nachfrager vor Ausbeutungspreisen schützt. Die volkswirtschaftliche Preistheorie vermag zu zeigen, dass die ungehinderte Preisbildung die gesamtwirtschaftliche Effizienz maximiert; umgekehrt wäre jeder staatliche Eingriff zur Effizienzmaximierung eine „Anmaßung von Wissen" (*v. Hayek*), das – in Form des „richtigen" Preises[1] erst durch den Wettbewerb generiert wird. Die Folge solcher Eingriffe sind „falsche" Preise: sind sie zu hoch, lässt die Nachfrage nach, sind sie zu niedrig, fehlt ein Anreiz zum Angebot von Produkten, der Marktzutritt neuer Wettbewerber oder Innovationen lohnen sich nicht.

Ein Beispiel für das staatliche Einwirken auf die privatautonome Preisbildung sind Gebührenordnungen für Rechtsanwälte. Der Staat versucht durch fixe Gebühren, Höchst- oder Mindestpreise und andere Preisregelungen den Zugang zum Rechtssystem und seine Funktionsfähigkeit zu sichern. Solche Regelungen finden aber im europäischen Binnenmarktrecht Grenzen. Der europäische Gerichtshof (EuGH) hat sich kürzlich in der Rechtssache *Cipolla*[2] mit der Zulässigkeit einer Gebührenordnung beschäftigt und Preisregelungen einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung unterzogen.

Die folgenden Überlegungen gehen – prototypisch anhand der italienischen Rechtsanwaltsgebühren – den Grenzen von Preisregelungen im europäischen Binnenmarktrecht nach. Hierzu soll zunächst in die verschiedenen Preisregelungen und in den Sachverhalt der Rechtssache *Cipolla* eingeführt (II) und sodann der Wettbewerb als Regelungsziel des europäischen Binnenmarktrechts (III) dargestellt werden, bevor die Preisregelungen am Maßstab der binnenmarktlichen Marktordnungsregeln gemessen werden (IV). Am Ende steht eine thesenförmige Zusammenfassung (V).

II. Staatliche Preisregelungen am Beispiel von Rechtsanwaltsgebührenordnungen

Staaten greifen in vielfältiger Weise in den Wettbewerbsprozess ein: z. B. aus sozialen Gründen, zur Erhaltung der Umwelt oder zum Schutz der Gesundheit, zur Siche-

1 Vgl. zur Bedeutung des Wettbewerbspreises für die Ermittlung des Unternehmenswerts für die Abfindung eines ausscheidenden Gesellschafters BVerfGE 100, 289, 305 ff., 307 ff.; dazu *Großfeld*, Börsenkurs und Unternehmenswert, BB 2000, 261 ff.; *Wilm*, Abfindung zum Börsenkurs – Konsequenzen der Entscheidung des BVerfG, NZG 2000, 234 ff.

2 Rs. C-94/04 (Cipolla) ist verbunden mit Rs. C-202 (Meloni), noch nicht in Slg.

rung oder Protektion eines Berufszweiges oder einer Industrie oder auch zur Finanzierung des staatlichen Haushalts.

1. Typische Preisregelungen im Überblick

Führen solche Eingriffe zu einer Beschränkung der privatautonomen Preisgestaltung, können wir sie *Preisregelungen* nennen. Die Instrumente hierzu sind vielfältig. Staaten können Preise vorschreiben (Festpreise) oder Mindest- oder Höchstpreise (Grenzpreise) festsetzen. Dann soll im folgenden von *unmittelbaren Preisregelungen* die Rede sein. Häufig greift der Staat in die Preisbildung ein, indem er etwa feste oder maximale Handelsspannen festlegt, den Verkauf unter Einstandspreis verbietet oder Preiserhöhungen oder Rabatte beschränkt. Hier schreibt der Staat zwar keine Preise vor, er greift aber in den freien Preisbildungsmechanismus durch *mittelbare Preisregelungen* ein. Es kommt schliesslich auch vor, dass der Staat Kartelle oder Preisbindungen zulässt oder vorschreibt. Nicht zu den Preisregelungen im engeren Sinne gehören dagegen Eingriffe, die lediglich dadurch Einfluss auf die Preise nehmen, dass sie die Kostenstruktur der Unternehmen verändern. Steuern, Gebühren oder kostenerhöhende Regelungen sonstiger Art stehen dabei Subventionen, Gebührenerlassen oder Steuerausnahmen gegenüber, die ebenfalls binnenmarktwidrig sein können, hier aber nur am Rande erörtert werden sollen.

2. Preisregelungen in der Rechtssache *Cipolla*

In der Rechtssache *Cipolla* lag dem EuGH ein Auslegungsersuchen im Hinblick auf die Dienstleistungsfreiheit zugrunde. In dem Verfahren ging es um die Frage, ob die italienische Honorarregelung für Rechtsanwälte mit europäischem Recht vereinbar ist. Die Honorarsätze werden in Italien vom Consiglio nazionale forense (Nationaler Rat der Rechtsanwälte, mit gewählten Mitgliedern) alle zwei Jahre durch Beschluss ausgearbeitet und sodann, nachdem der Comitato interministeriale dei prezzi (Interministerieller Preisausschuss) eine Stellungnahme und der Consiglio di Stato (Staatsrat) ein Gutachten abgegeben haben, vom Justizminister genehmigt. Im einzelnen sehen die Honorarregelungen sowohl Mindest- wie Höchstpreise vor, die von den Parteien nicht abbedungen werden können.

In dem einen den Vorabentscheidungsverfahren zugrunde liegenden Sachverhalten klagte ein Rechtsanwalt (*Cipolla*) gegen seine Mandantin. Dessen Honorarverlangen setzte die Beklagte eine angeblich ausgehandelte Vereinbarung mit niedrigerer Vergütung entgegen. RA *Cipolla* machte hiergegen u. a. geltend, dass die Vereinbarung gegen die italienische Rechtsanwaltsgebührenordnung verstieß und damit unwirksam war. Der andere Sachverhalt lag ähnlich: dort hatte RA *Meloni* gegen seine Mandanten einen Vollstreckungsbescheid erwirkt, um seine Honorarforderung durchzusetzen. Auch hier ging es um die Wirksamkeit einer gegen italienische Preisregelungen verstoßenden Honorarvereinbarung.

Die Corte d'apello di Torino bzw. das Tribunale di Roma setzten die Verfahren aus und legten dem Gerichtshof diverse Fragen vor. Sie betreffen die Vereinbarkeit der

Preisregelungen mit Gemeinschaftsrecht, nämlich zum einen mit Art. 81 i. V. m. Art. 10 EG und zum anderen mit der Dienstleistungsfreiheit, Art. 49 EG.

3. Die deutschen Regelungen zur Rechtsanwaltsvergütung

Eine Gebührenordnung gibt es schließlich auch für die Ausübung anwaltlicher Tätigkeit in Deutschland. Die BRAO und das RGV sehen im Grundsatz zwar eine freie Gebührenvereinbarung vor: Im Rahmen von aussergerichtlichen Angelegenheiten[3] sind die Parteien frei in der Vereinbarung einer Vergütung;[4] Mindest- oder Höchstpreise sind nicht vorgesehen, allerdings kann eine unangemessen hohe Vereinbarung gerichtlich korrigiert werden (§ 4 Abs. 4 RVG). Im Rahmen der forensischen Tätigkeit sind der Vergütungsvereinbarung in § 4 Abs. 1, 2 RVG i. V. m. § 49 Abs. 1 BRAO Grenzen gesetzt.[5] § 49b Abs. 1 BRAO verbietet geringere Gebühren, als sie im Rechtsanwaltsvergütungsgesetz (RVG) vorgesehen sind. Hierzu liegt dem RVG ein ausgefeiltes Gebührenverzeichnis bei, das auch bestimmt, was die unterlegene der siegreichen Partei an Rechtsanwaltsgebühren zu erstatten hat. Diese Mindestpreisregelung, die der Qualitätssicherung der Rechtsberatung dienen soll, entspricht der italienischen Regelung. Daneben gibt es ein Verbot von Erfolgshonoraren in § 49b Abs. 2 BRAO. Unzulässig ist es daher insbesondere, die Höhe des Honorars an den Ausgang eines Verfahrens zu koppeln.

III. Wettbewerb als Regelungsziel des europäischen Binnenmarkts

Staatliche Preisregelungen bilden einen Fremdkörper in der Wirtschaftsverfassung der EG. Ihre Grundlage ist die Schaffung eines Gemeinsamen Marktes (Art. 2 EG), der mit der Einheitlichen Europäischen Akte 1987 zum Binnenmarktziel verdichtet wurde.[6] Art. 14 Abs. 2 EG definiert den Binnenmarkt durch den freien Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital. Der Gerichtshof hat diesen Begriff in ständiger Rechtsprechung auf den Schutz des Wettbewerbs vor Verzerrungen erweitert,[7] was im Vertrag etwa in Art. 3 Abs. 1 lit. g EG zum Ausdruck kommt. Wettbewerbsverzerrungen bekämpft das Primärrecht mit den Vorschriften gegen Kartelle und Marktmachtmissbrauch (Art. 81 f. EG) sowie mit der Beihilfeaufsicht (Art. 87

3 Zum Begriff der aussergerichtlichen Tätigkeit näher *Teubel*, in: Mayer/Kroiß, Rechtsanwaltsvergütungsgesetz, 2. A. 2006, § 4 Rn. 65 f.

4 Gem. § 34 Abs. 1 RVG soll der Rechtsanwalt auf eine Gebührenvereinbarung hinwirken.

5 S. *Hennsler*, Der europäische Rechtsanwalt zwischen Rechtspflege und Dienstleistung, ZZP 115 (2002), 321, 336.

6 Vgl. zum Verhältnis zwischen Gemeinsamen Markt und Binnenmarkt *Müller-Graff*, in: Dauses, Hdb. EU-Wirtschaftsrecht, Stand August 2006, A. I. Rn. 141 f.; *ders.*, Die Rechtsangleichung zur Verwirklichung des Binnenmarktes, EuR 1989, 107, 122 ff.

7 S. EuGH, Rs. C-300/89, Kommission/Rat (Titandioxyd), Slg. 1991, I-2867; *Leible*, in Streinz, EUV/EGV, 2003, Art. 14 EGV Rn. 25 m. w. N.

EG). Der Gerichtshof hat gegen staatliche Wettbewerbsverzerrungen zusätzlich das Diskriminierungsverbot der Grundfreiheiten in Stellung gebracht (dazu sub IV) sowie staatliche Begünstigungen privater Wettbewerbsbehinderungen durch eine weite Auslegung der Art. 81 i. V. m. Art. 10 EG sanktioniert (dazu sub V).

Grundfreiheiten und Wettbewerbsrecht kommt dabei eine Arbeitsteilung zu: Erstere sollen als Freiheitsrechte den grenzüberschreitenden Wettbewerb ermöglichen, indem sie die privatautonome Entscheidung zu binnenmarktweitem Wirtschaften gegen staatliche Eingriffe[8] gewährleisten.[9] Ohne umfassende, aber auch unmittelbar[10] und vorrangig[11] anwendbare Freiheitsverbürgungen bliebe die Entstehung eines gemeinschaftsweiten Wettbewerbs abhängig vom Belieben der Mitgliedstaaten, ihre Märkte zu entgrenzen und protektionistische Handelsschranken aufzubauen. Auf einer zweiten Stufe schränkt das Wettbewerbsrecht private und staatliche Handlungsspielräume für Verzerrungen und Beschränkungen des Wettbewerbs wieder ein: indem etwa Preisabsprachen zwischen selbständigen Unternehmen verboten und nichtig (Art. 81 Abs. 1, 2 EG), missbräuchliche Machtausübung marktbeherrschender Unternehmen (Art. 82 EG) und wettbewerbsverzerrende Subventionen durch den Staat unzulässig sind. Zu all dem kommen die binnenmarktliche Rechtsangleichung, die der Verwirklichung der Grundfreiheiten dient, sowie das wettbewerbsrechtliche Sekundärrecht, u. a. die Fusionskontrollverordnung.[12]

Beide Regelungskomplexe verfolgen zusammen das Ziel, im Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts den Primat marktgemäßer Selbststeuerung zu verwirklichen.[13] Dass dem EG-Vertrag dieses Modell zugrunde liegt, zeigt sich neben den binnenmarktlichen Grundkonstanten (Grundfreiheiten und Wettbewerbsrecht) auch im recht klaren Bekenntnis des Primärrechts zu einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb (Art. 4 Abs. 1, 96 und 157 Abs. 1 UAbs. 2 EG). Die damit implizierte Selbststeuerung der Wirtschaftsprozesse steht im Gegensatz zu staatlicher Planung. Während in der Planwirtschaft Grunddaten der Produktion von Waren und Dienstleistungen (insb. Mengen und Preise) in einer Planungsbehörde zentral vorgegeben sind, überlässt die Marktwirtschaft diese Steuerung dem Markt. Mengen und Preise (sowie alle anderen Bedingungen für Angebot und Nachfrage) werden hier von den

8 Grundfreiheiten erfassen im Grundsatz staatliche Maßnahmen, ausnahmsweise unter bislang von der Rechtsprechung nicht abschließend geklärten Umständen aber auch private Behinderungen oder Diskriminierungen, dazu näher *Ganten*, Die Drittwirkung der Grundfreiheiten, 2000; *Kainer*, Unternehmensübernahmen im Binnenmarktrecht. Zugleich ein Beitrag zur Privatrechtswirkung der Grundfreiheiten, 2004, S. 208 ff.

9 Vgl. *Müller-Graff*, in: Groeben/Schwarze, EU-/EG-Kommentar, 6. A. 2003, Art. 28 EG Rn. 2; *Leible*, in: Streinz (o. Fn. 7), Art. 14 EGV Rn. 25. S. auch in grösserem Zusammenhang *Müller-Graff*, in: Dauses (o. Fn. 6), A. I Rn. 122 ff.

10 Dazu EuGH, Rs. 26/62, Van Gend & Loos, Slg. 1963, 1, 24 ff.

11 EuGH, Rs. 6/64, Costa/ENEL, Slg. 1964, 1251, 1269.

12 Verordnung Nr. 139/2004 vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. EG 2004 Nr. L 24/1, löst Verordnung Nr. 4064/89, ABl. EG 1989 Nr. L 395/1 ab.

13 Dazu ausführlich *Müller-Graff*, Unternehmensinvestitionen und Investitionssteuerung im Marktrecht, 1984, S. 280 ff.

Marktteilnehmern (Unternehmen und Verbraucher) im Rahmen allgemeiner Regeln selbständig festgelegt und akzeptiert. Wettbewerbstheoretisch steht für das Konzept der Selbststeuerung ihre praktisch erwiesene und theoretisch u. a. von *v. Hayek* fundierte Überlegenheit vor staatlichen Koordinierungen;[14] zugleich passt sie besser zu einem aufgeklärten und freiheitlichen Menschenbild,[15] wie es sowohl in den deutschen Grundrechten wie auch in der europäischen Grundrechtecharta zum Ausdruck kommt.

Abweichungen vom Leitbild der marktgemäßen Selbststeuerung steht der europäische Binnenmarkt dabei keineswegs generell ablehnend gegenüber. Eingriffe in die privatautonome Koordinierung der Marktteilnehmer (und damit etwa in ihr Recht, Preise selbst festzulegen), bedürfen allerdings ggf. einer Rechtfertigung durch übergeordnete Gemeinwohlgründe.[16] Sowohl die Grundfreiheiten wie auch das Wettbewerbsrecht erlauben ausnahmsweise staatliche Beschränkungen der Wettbewerbsfreiheit; Art. 86 Abs. 2 EG sieht eine allgemeine Rechtfertigung für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse vor. Diese Ausnahmen setzen indes voraus, dass die Eingriffe verhältnismäßig sind; im Zweifel muss der Staat den Allgemeinwohlgewinn und die Notwendigkeit der Maßnahme beweisen. Dem soll im Folgenden näher nachgegangen werden.

IV. Staatliche Preisregelungen auf dem binnenmarktlichen Prüfstand

Preisregelungen greifen in den oben beschriebenen Mechanismus der wettbewerblichen Preisfindung und damit in das dem europäischen Binnenmarkt zugrundeliegende Leitbild der markgemäßen Selbststeuerung ein. Eine Gebührenordnung, wie sie etwa in Italien oder auch in Deutschland besteht, kann – je nachdem, wie sie ausgestaltet ist – zu Fehlallokationen führen, etwa bestimmte Marktsegmente bevorzugen oder andere benachteiligen. Vor allem aber kann der binnengrenzüberschreitende Wettbewerb dadurch beeinträchtigt werden, dass grenzüberschreitende Dienstleistungen aus Mitgliedstaaten mit einem höheren Gebührenniveau erst gar nicht erbracht werden, weil ihre Preise über den festgelegten Höchstsätzen im Erbringungsstaat liegen; umgekehrt könnten Dienstleistungen aus Mitgliedstaaten mit sehr niedrigen Anwaltsgebühren ihren Wettbewerbsvorteil verlieren, wenn sie sich an das vorgeschriebene höhere Preisniveau im Empfängerstaat anpassen müssten.

---

14 Vgl. zur Koordinierung durch Wettbewerb *v. Hayek*, Die Anmaßung von Wissen, ORDO 26 (1975), 12 ff., 19 f.

15 Dazu *Hoppmann*, Prinzipien freiheitlicher Wirtschaftspolitik, 1993, S. 8 ff. Zu Begründungen aus der Lehre vom Gesellschaftsvertrag kritisch *Kliemt*, in: Walther Eucken Institut, Ordnung in Freiheit, 1992, S. 31, 32 ff.

16 Vgl. zur Einschränkbarkeit der Warenverkehrsfreiheit durch Ziele des allgemeinen Interesses grundlegend EuGH, Rs. 120/78, Rewe-Zentral-AG/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, Slg. 1979, 649.

1. Ansätze zur binnenmarktrechtlichen Kontrolle von Preisregelungen

Im Binnenmarktrecht gibt es drei Ansätze, Preisregelungen zu kontrollieren. Ist der Eingriff staatlicher Natur[17], so kommt zunächst eine Kontrolle durch die Grundfreiheiten (z. B. Dienstleistungsfreiheit, Art. 49 EG) in Betracht. Ansatz für die Prüfung des Gerichtshofs ist der Eingriff in die private Preisbildungsautonomie, also in die Wettbewerbsfreiheit, oder, bei Diskriminierungen, in die Wettbewerbsgleichheit (u. sub 2).

Preisregelungen können auf privaten Abreden zwischen Unternehmen beruhen. Als wettbewerbsbeschränkende Kartellabsprachen unterfallen sie dem Kartellverbot gemäß Art. 81 Abs. 1 EG und sind unmittelbar nichtig (Art. 81 Abs. 2 EG).[18] Da der Untersuchungsfokus hier auf staatliche Preisregelungen konzentriert ist, können private Abreden im folgenden ausser Betracht bleiben.

Schliesslich gibt es eine Mischform, bei welcher der Staat dem Kartellverbot (oder auch dem Verbot marktmachtmissbräuchlichen Verhaltens) seine praktische Wirksamkeit dadurch nimmt, dass er private Preisabsprachen fördert, ermöglicht oder durchsetzt und damit zugleich – indirekt – den Wettbewerb verfälscht (u. sub 3). Der Gerichtshof misst entsprechende staatliche Regulierungen zwar nicht unmittelbar an dem nur an Unternehmen adressierten Art. 81 EG, sieht darin aber u. U. einen Verstoß gegen die Gemeinschaftstreue (Art. 10 EG). In der Rs. *Cipolla* fragten beide Vorlagegerichte auch nach der Vereinbarkeit der italienischen Honorarregelung mit Art. 81 i. V. m. Art. 10 EG.

2. Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit: Die Dienstleistungsfreiheit

Eine Preisregelung verstösst gegen die Grundfreiheiten, wenn sie den Tatbestand beschränkt (b) und nicht gerechtfertigt werden kann (c). Besonderheiten ergeben sich für die Rechtsanwaltsvergütung (d). Zu prüfen ist darüber hinaus die Anwendbarkeit der Dienstleistungsfreiheit (a).

a) Anwendbarkeit der Dienstleistungsfreiheit

Voraussetzung ist zunächst, dass die entsprechende Maßnahme in den sachlichen und persönlichen Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit fällt. Dies hat der Gerichtshof in *Cipolla* für die Beschränkung von rechtsanwaltlichen Dienstleistungen[19] mit der ständigen Rechtsprechung bejaht.[20] In den zugrundeliegenden Sachverhalten fehlte es allerdings an einem (notwendigen[21]) grenzüberschreitenden Sachverhalt.

17 Dazu oben, Fn. 8.

18 Zu den Rechtsfolgen eines Kartellverstosses näher *Schröter*, in: Groeben/Schwarze (o. Fn. 9), Art. 81 EG Rn. 224 ff.; zur Festlegung von Kartellstrafen *Sünner*, Das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen nach Art. 23 Abs. 2 lit. a der Kartellverfahrensordnung (VerfVO), EuZW 2007, 8 ff.

19 Näher zum Begriff der Dienstleistung *Müller-Graff*, in: Streinz (o. Fn. 7), Art. 49 EG Rn. 14 ff. m. w. N.

20 Vgl. EuGH, Rs. 33/74, Van Binsbergen, Slg. 1974, 1299 Rn. 10/12; verb. Rs. C-94 und 202/04, Cipolla, nicht in Slg., Rn. 55 ff.

21 Dazu näher *Kainer* (o. Fn. 8), S. 142 ff.

Der Gerichtshof hat die Zulässigkeit der Vorlagefrage[22] dagegen mit der Argumentation bejaht, dass ihre Beantwortung dem vorlegenden Gericht gleichwohl von Nutzen sein könne.[23] Dies sei dann der Fall, wenn das italienische Recht vorschriebe, einen Rechtsanwalt mit Sitz in Italien im Ergebnis genauso zu behandeln wie einen grenzüberschreitend tätigen ausländischen Rechtsanwalt. Ob eine solche Pflicht bestehe, müsse allerdings das erkennende nationale Gericht entscheiden. Diese Rechtsprechung ist einerseits nicht neu,[24] andererseits verdeutlicht sie die Funktion des Vorabentscheidungsverfahrens als ein Mittel zur Kooperation der Gerichte in Europa.[25] Nur bei offensichtlicher Unerheblichkeit der Vorabentscheidungsfrage für den zu entscheidenden Sachverhalt verneint der Gerichtshof die Zulässigkeit.[26] Dies zeigt aber auch die Grenzen der grundfreiheitlichen Preisregelungskontrolle: Aus Art. 49 Abs. 2 EG *selbst* können die Beteiligten in der Rs. *Cipolla* keine Rechte geltend machen, da es an einem grenzüberschreitenden Sachverhalt fehlt.

b) Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit

(1) Der Prüfungsmaßstab: Art. 49 EG als Diskriminierungs- und marktzugangsbezogenes Beschränkungsverbot

Nach ständiger Rechtsprechung erfasst Art. 49 EG (wie auch die anderen Grundfreiheiten) Diskriminierungen und einfache Beschränkungen.[27] Eine Diskriminierung liegt dann vor, wenn ausländische Dienstleistungserbringer gegenüber ihren inländischen Konkurrenten schlechter behandelt werden, sei es, dass die Schlechterbehandlung an die Staatsangehörigkeit anknüpft (offene bzw. direkte Diskriminierung),[28] sei es, dass die Differenzierung an einem Merkmal ansetzt, mit dem im Ergebnis typischerweise Ausländer getroffen werden (versteckte bzw. indirekte Diskriminierung).[29] Diskriminierungen verletzen die Wettbewerbsgleichheit, wirken protektio-

22 Voraussetzung für die Zulässigkeit ist insbesondere auch die Entscheidungserheblichkeit; daran könnte man zweifeln, wenn die Dienstleistungsfreiheit gar nicht anwendbar ist.

23 EuGH, verb. Rs. C-94 und 202/04, Cipolla, noch nicht in Slg., Rn. 30; ebs. GA *Poiares Maduro*, Rs. 94/04, Cipolla, noch nicht in Slg., Nr. 19.

24 Zuvor schon ähnlich EuGH, Rs. C-6/01, Anomar u. a., Slg. 2003, I-8621 Rn. 41. Zur Warenverkehrsfreiheit: Rs. C-448/98, Guimont, Slg. 2000, I-10663 Rn. 23; Rs. C-451/03, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, Slg. 2006, I-2941 Rn. 29. Siehe auch schon Rs. C.281/98, Angonese, Slg. 2000, I-4139 Rn. 18.

25 Vgl. zum Kooperationsverhältnis *Arnull*, The European Union and its Court of Justice, 1999, S. 51; allgemeiner zur Funktion des Vorabentscheidungsverfahrens *Malferrari*, Zurückweisung von Vorabentscheidungsersuchen durch den EuGH, 2003, S. 21 ff.

26 Ausführlich *Malferrari* (o. Fn. 25) S. 163 ff.

27 Dazu *Müller-Graff*, in: Streinz (o. Fn. 7), Art. 49 EGV Rn. 70 ff.

28 Bspw. Inländervorbehalte für bestimmte Berufsgruppen, etwa Fremdenführer (EuGH, Rs. C-375/92, Kommission/Spanien, Slg. 1994, I-923 Rn. 10) oder private Sicherheitsdienste (EuGH, Rs. C-114/97, Kommission/Spanien, Slg. 1998, I-6717; Rs. C-283/99, Kommission/Italien, Slg. 2001, I-4363).

29 Hierzu gehören etwa Niederlassungserfordernisse im Erbringungsstaat (EuGH, Rs. C-493/99, Kommission/Deutschland, Slg. 2001, I-8163 Rn. 17 ff.; ähnlich schon Rs. 33/74, van Binsbergen, Slg. 1974, 1299) oder Zweitkanzleiverbote (EuGH, Rs. C-145/99, Kommission/Italien, Slg. 2002, I-2235 Rn. 20 ff.).

nistisch und sind daher grundsätzlich verboten. Art. 49 EG verbietet darüber hinaus auch solche staatlichen[30] Maßnahmen, welche „geeignet sind, die Tätigkeiten des Dienstleistenden, der in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist und dort regelmäßig ähnliche Dienstleistungen erbringt, zu unterbinden oder zu behindern", „selbst wenn sie unterschiedslos für inländische Dienstleistende wie für solche aus anderen Mitgliedstaaten gelten".[31] Dazu gehört für den Gerichtshof jede nationale Regelung, welche die Erbringung von grenzüberschreitenden Dienstleistungen gegenüber rein innerstaatlichen Dienstleistungen erschwert.[32] Zutreffenderweise kommt es auf diese Schlechterstellung jedoch nicht an.

Dies entspricht Sinn und Zweck der Grundfreiheiten: Einerseits sollen sie offenen oder verdeckten Protektionismus verhindern und damit die Wettbewerbschancen ausländischer Konkurrenten gegenüber inländischen Produzenten vor jeglichen Benachteiligungen schützen.[33] Darüber hinaus dienen die Grundfreiheiten aber auch der Verwirklichung des Grundsatzes vom absoluten und komparativen Kostenvorteil: Unternehmen lassen sich dort nieder, wo die günstigsten Standortbedingungen bestehen.[34] Jeder Produzent soll im ganzen Gemeinschaftsgebiet seine Waren oder Dienstleistungen so anbieten können, wie es den heimischen Standortbedingungen entspricht. Dies ist nur dann möglich, wenn die Produktfreiheiten den Marktzugang gegen sämtliche sonstigen Einfuhrerschwernisse schützen.[35] Regelungen, die das Angebot juristisch[36] oder tatsächlich[37] verhindern oder weniger attraktiv machen, unterfallen grundsätzlich dem Beschränkungsverbot.

---

30 Vgl. zu privaten Maßnahmen o. Fn. 8.

31 EuGH, verb. Rs. C-94 und 202/04, Cipolla, noch nicht in Slg., Rn. 55; so schon EuGH, Rs. 33/74, van Binsbergen, Slg. 1974, 1299 Rn. 10/12 – st. Rspr. Näher *Müller-Graff*, in: Streinz, (o. Fn. 7), Art. 49 EGV Rn. 84 ff.

32 In seinen Schlussanträgen hat GA *Poiares Maduro* den Schutzbereich der Dienstleistungsfreiheit auf ein Diskriminierungsverbot reduziert (verb. Rs. C-94 und 202/04, Cipolla, noch nicht in Slg., Nr. 55 ff., insb. Nr. 58) und folgerichtig die italienische Honorarregelung nur unter dem Gesichtspunkt einer direkten und indirekten Diskriminierung geprüft (Schlussanträge, Nr. 60 ff.).

33 S. *Müller-Graff*, in: Groeben/Schwarze (o. Fn. 9), Art. 28 EG Rn. 32 f.

34 S. *Müller-Graff*, Wettbewerbsregeln des Gemeineuropäischen Binnenmarkts, 1991, S. 4 ff.; zur Niederlassungsfreiheit näher *Hallstein*, Die Europäische Gemeinschaft, 1973, S. 121; *Everling*, Vertragsverhandlungen 1957 und Vertragspraxis 1987 – dargestellt an den Kapiteln Niederlassungsrecht und Dienstleistungen des EWG-Vertrages, in: FS von der Groeben, 1987, Vertragsverhandlungen 1957 und Vertragspraxis 1987 dargestellt an den Kapiteln Niederlassungsrecht und Dienstleistungen des EWG-Vertrages, S. 111, 113 ff.; *W.-H. Roth*, Die Niederlassungsfreiheit zwischen Beschränkungs- und Diskriminierungsverbot, in: GS Knobbe-Keuk (1997), Die Niederlassungsfreiheit zwischen Beschränkungs- und Diskriminierungsverbot, S. 729, 737 ff.; *Troberg/Tiedje*, in: Groeben/Schwarze (o. Fn. 9), Vorb. Art. 43 Rdnr. 10; *Lackhoff*, Die Niederlassungsfreiheit des EG – nur ein Gleichheits- oder auch ein Freiheitsrecht, 2000, S. 29; *Schnichels*, Die Reichweite der Niederlassungsfreiheit, 1995, S. 26 f.

35 *Müller-Graff*, in: Groeben/Schwarze (o. Fn. 9), Art. 28 EG Rn. 5, 34 f.

36 Z. B. durch das zwingende Erfordernis einer Niederlassung oder eines Diploms im Erbringungsstaat, bei Waren Produktvorschriften u. ä.

Allerdings ist nicht *jede* irgendwie geartete Behinderung der Wirtschaftsfreiheit eine gemäß Art. 49 EG relevante Behinderung. *Nichtbenachteiligende* staatliche Maßnahmen, die sich nicht auf den Marktzugang beziehen, sind grundsätzlich selbst dann mit den Grundfreiheiten vereinbar, wenn sie die wirtschaftlichen Freiheiten einschränken; diese Begrenzung des Behinderungsverbots resultiert aus der normativen Unvollkommenheit des Binnenmarkts: Die Mitgliedstaaten sollen in ihrem innerstaatlichen Bereich einen von den Grundfreiheiten reservierten Bereich eigener Regelungshoheit behalten.[38] Daher ist der Schutzbereich des Beschränkungsverbots der Grundfreiheiten primär auf den Marktzugang konzentriert.[39]

Entwickelt wurde diese Einschränkung des Schutzbereichs der Grundfreiheiten in der *Keck*-Entscheidung, welche die Auslegung des Art. 28 EG (Warenverkehrsfreiheit) gegenüber einer französischen Preisregelung betraf. Nach französischem Recht war es Endverkäufern untersagt, ihre Produkte unter ihrem Einkaufspreis zu verkaufen. Ein solches Verbot könnte höhere Durchschnittspreise zur Folge haben und damit den Verkauf und folglich auch den Import von Produkten beeinflussen.[40] Der Gerichtshof verneinte gleichwohl eine Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit, da das unterschiedslos wirkende französische Verbot als „bestimmte Verkaufsmodalität"[41] nicht den Marktzugang versperrte oder stärker behinderte.[42] Ähnlich hat der Gerichtshof in *Belgapom* entschieden.[43] Die dort sachgegenständliche belgische Rechtsnorm verbot Händlern den Verkauf von Erzeugnissen zum Verlustpreis oder mit nur geringer Gewinnspanne. Auch hierin sah der Gerichtshof lediglich eine „bestimmte Verkaufsmodalität", die sich nicht auf den Marktzugang auswirkte.

Der EuGH hat in diesen knapp begründeten Entscheidungen, die in ihrem Kern (nicht im Hinblick auf die *Keck*-Formel[44]) jedenfalls auf die ähnlich gelagerte Dienst-

---

37 Z. B. Nutzungsbeschränkungen, die den Verkauf einer Ware praktisch unmöglich machen, dazu GA Kokott, Rs. C-142/05, Åklagaren/Mickelsson, noch nicht in Slg., 47 ff., 64 ff.

38 Hierzu *Steindorff*, Unvollkommener Binnenmarkt, ZHR 158 (1994), 149, 162 f.; *Kainer* (o. Fn. 8), S. 140 ff. Zum Fortbestehen von Rechtsunterschieden als Kennzeichen des europäischen Binnenmarkts s. nur *Rittner*, Die wirtschaftsrechtliche Ordnung der EG und das Privatrecht, JZ 1990, 838, 842; ferner *Wesser*, Grenzen zulässiger Inländerdiskriminierung, 1995, S. 65 ff., 83 ff.; *Kingreen*, Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts, 1999, S. 87 ff.; *Everling*, Das Niederlassungsrecht in der Europäischen Gemeinschaft, DB 1990, 1853, 1857 f.

39 Deutlich in EuGH, verb. Rs. C-267 und 268/91, Keck und Mithouard, Slg. 1993, I-6097 Rn. 17; ähnlich, wenn auch ohne den nicht weiterführenden Begriff der „bestimmten Verkaufsmodalitäten" Rs. C-384/93, Alpine Investments, Slg. 1995, I-1141 Rn. 38 f. Ausführlich dazu *Kainer* (o. Fn. 8), S. 98 ff., 119; *W.-H. Roth*, in: Gedächtnisschrift für Knobbe-Keuk (o. Fn. 34), S. 729, 737 ff.;

40 Vgl. GA *Van Gerven*, verb. Rs. C-267 und 268/91, Keck und Mithouard, Slg. 1993, I-6097 Nr. 5.

41 Zum Begriff kritisch *Müller-Graff*, in: Groeben/Schwarze (o. Fn. 9), Art. 28 Rn. 247 ff.

42 EuGH, Rs. 267, 268/91, *Keck und Mithouard*, Slg. 1993, I-6097 Rn. 16 f.

43 EuGH, Rs. C-63/94, Belgapom, Slg. 1995, I-2467 Rn. 11 f.

44 Demnach sind „bestimmte Verkaufsmodalitäten" mit der Warenverkehrsfreiheit vereinbar, wenn sie eingeführte Waren nicht diskriminieren. Vgl. *Müller-Graff*, in: Streinz (o. Fn. 7), Art. 49 Rn. 88.

leistungsfreiheit übertragbar sind,[45] implizit den Normzweck der Warenverkehrsfreiheit präzisiert: Nichtdiskriminierende Beschränkungen verletzten nur dann die Warenverkehrsfreiheit, wenn sie den Marktzugang betreffen. Der Marktzugang bezeichnet bei den Produktfreiheiten das erste Angebot einer Ware oder Dienstleistung auf dem mitgliedstaatlichen Teilmarkt.[46] Eine Norm, die spezifische Anforderungen für das Produkt selbst normiert, beschränkt den Marktzugang dadurch, dass in der Folge nicht konforme Produkte nicht verkauft werden dürfen.

Sog. „bestimmte Verkaufsmodalitäten"[47] betreffen dagegen nicht das *erste* Angebot auf dem Markt (also die Privatautonomie des Importeurs) und sind daher nicht marktzugangsbezogen. Sie beschränken alleine die Privatautonomie des nicht grenzüberschreitend tätigen Händlers. Auch Nutzungsbeschränkungen setzen nicht am Marktzugang an, da sie lediglich die Freiheit der Nutzer und nicht diejenige des Importeurs betreffen. Verkaufsmodalitäten und Nutzungsbeschränkungen können allerdings ausnahmsweise dann rechtfertigungsbedürftig sein, wenn sie eine prohibitive Wirkung entfalten und damit wie eine Marktzugangssperre wirken.[48]

Im Ergebnis zeigt sich: Grundfreiheiten haben zwei Gewährleistungsebenen: Sie schützen gegen Ungleichbehandlungen gleich welcher Art (seien es marktzugangsbezogene, produktbezogene Regelungen, Verkaufsmodalitäten oder Nutzungsmodalitäten). Denn benachteiligende Regelungen beeinträchtigen die (vorbehaltlich einer Rechtfertigung) absolut geschützte *Wettbewerbsgleichheit*. Maßnahmen, die keine benachteiligende Wirkung entfalten, sind nur dann als Beschränkungen der Grundfreiheiten rechtfertigungsbedürftig, wenn sie den Marktzugang behindern. Auf diese Weise dienen die vier Grundfreiheiten einer optimalen Allokation von

45 Vgl. EuGH, Rs. C-384/93, Alpine Investments, Slg. 1995, I-1141; Rs. 442/02, Caixa Bank France, Slg. 2004, I-8961 Rn. 12 (zur Niederlassungsfreiheit); dazu (wie hier) *Becker*, Voraussetzungen und Grenzen der Dienstleistungsfreiheit, (Besprechung von EuGH, U. v. 10. 05. 1995 – Rs. C-384/93 – = NJW 1995, 2541), NJW 1996, 179, 180 f.; *Eberthartinger*, Konvergenz und Neustrukturierung der Grundfreiheiten, EWS 1997, 43, 49 f.; *Kort*, Schranken der Dienstleistungsfreiheit im europäischen Recht, JZ 1996, 132, 136; *Reuthal*, Verstößt das deutsche Irreführungsverbot gegen Artikel 30 EGV?, WRP 1997, 1154, 1158; *Kingreen*, Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts, 1999, S. 61 f.; *A. Meyer*, Europäischer Binnenmarkt und produktspezifisches Werberecht, GRUR Int. 1996, 697, 706; *Kainer* (o. Fn. 8), S. 110 ff.; a. A. etwa *Klauer*, Die Europäisierung des Privatrechts. Der EuGH als Zivilrichter, 1998, S. 98; *Hatzopoulos*, Case C-384/93, *Alpine Investments*, CMLR 1995, 1427, 1436 ff.; *Sack*, Staatliche Werbebeschränkungen und die Art. 30 und 59 EG-Vertrag, WRP 1998, 103, 112; *v. Wilmowsky*, Ausnahmebereiche gegenüber EG-Grundfreiheiten?, EuR 1996, 362, 370 f.

46 Näher *Kainer* (o. Fn. 8), Unternehmensübernahmen, S. 158 ff.

47 Z. B. das Verbot des Verkaufs unter Einstandspreis (EuGH, verb. Rs. C-267 und 268/91, Keck und Mithouard, Slg. 1993, I-6097, S. I-6131 Rn. 16 f.) oder mit nur minimaler Gewinnspanne (Rs. C-63/94, Belgapom, Slg. 1995, I-2467 Rn. 11 f.), Sonntagsverkaufsverbote (EuGH, verb. Rs. C-418 u. a./93, Semeraro Casa Uno u. a., Slg. 1996, I-2975 Rn. 24) oder bestimmte Werbebeschränkungen (EuGH, Rs. C-292/92, Hünermund/Landesapothekenkammer Baden-Württemberg, Slg. 1993, I-6787 Rn. 21).

48 So GA Kokott, Rs. C-142/05, Åklagaren/Mickelsson, noch nicht in Slg., 47 ff., 64 ff., *Kainer* (o. Fn. 8), S. 160 f.

Produktionsfaktoren und aktivieren maximale Effizienzen sowie eine optimale wirtschaftliche Entwicklung im Binnenmarkt.[49]

(2) Die einzelnen Preisregelungen

(a) Höchst- und Mindestpreise: Der Fall Cipolla

Es stellt sich damit die Frage, ob Höchst- und Mindestpreise, wie sie der *Cipolla*-Entscheidung zugrunde lagen, diskriminierende Wirkung entfalten oder den Marktzugang beschränken. Während Generalanwalt *Poiares Maduro* sich zur Begründung einer Verletzung der Dienstleistungsfreiheit des Art. 49 EG unter Berufung auf die ältere Rechtsprechung des EuGH zu Preisregelungen[50] auf das Diskriminierungsverbot gestützt hat,[51] prüft der Gerichtshof die italienischen Mindestpreise[52] unter dem Gesichtspunkt der unterschiedslosen Beschränkung. Mindestpreise qualifiziert er als Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit, weil sie den Marktzugang erschweren: zum einen, weil ausländische Rechtsanwälte, die im Gegensatz zu ihren inländischen Konkurrenten noch nicht über einen Mandantenstamm verfügen, nicht durch günstige Angebote wirksame Konkurrenz machen können;[53] zum anderen, weil Nachfrager von Rechtsberatungsleistungen in Italien vom möglicherweise günstigeren Angebot aus dem Ausland abgeschnitten würden (Beschränkung der passiven Dienstleistungsfreiheit).[54]

---

49 S. *Kainer*, Rechtswahlfreiheit durch das Herkunftslandprinzip der Niederlassungsfreiheit, in: Marc Liebscher (Hrsg.), Harmonisierung des Wirtschaftsrechts in Deutschland und Polen, im Erscheinen, sub 3b.

50 EuGH, Rs. 65/75, Tasca, Slg. 1976, 291 Rn. 26/28; Rs. 82/77, van Tiggele, Slg. 1978, 25 Rn. 13; Rs. 231/83, Cullet, Slg. 1985, 305 Rn. 29; Rs. 80, 159/85, EDAH, Slg. 1986, 3359 Rn. 11; Rs. C-287/89, Kommission/Belgien, Slg. 1991, I-2233 Rn. 16. Ebs. *Moench*, Der Schutz des freien Warenverkehrs im Gemeinsamen Markt. Zur Auslegung der Art. 30, 34, 36 EWGV in der Rechtsprechung des EuGH, NJW 1982, 2689, 2698; s. ferner *Leible*, in: Grabitz/Hilf, Art. 28 Rn. 39; *Müller-Graff*, in: Groeben/Schwarze (o. Fn. 9), Art. 28 EGV Rn. 139 ff.; *Schwarze*, Der Staat als Adressat des europäischen Wettbewerbsrechts, EuZW 2000, 613, 622.

51 GA *Poiares Maduro*, verb. Rs. C-94 und 202/04, Cipolla, noch nicht in Slg., Nr. 63–65.

52 Auf die Höchstpreisregelungen ist der Gerichtshof nicht eingegangen, weil in den Ausgangsverfahren nur die Mindestpreisregelung entscheidungserheblich war. Insoweit sah Generalanwalt *Poiares Maduro* eine Benachteiligung in der durch Reisekosten bzw. höhere Kosten am Sitzort des ausländischen Rechtsanwalts entstehenden Verringerung der Gewinnspanne gegenüber seinen italienischen Konkurrenten: GA *Poiares Maduro*, verb. Rs. C-94 und 202/04, Cipolla, noch nicht in Slg., Nr. 67–70. S. auch EuGH, Rs. 13/77, INNO/ATAB, Slg. 1977, 2115 Rn. 50/54; Rs. 65/75, Tasca, Slg. 1976, 291 Rn. 26/28; Rs. 88–90/75, SADAM, Slg. 1976, 323 Rn. 33/36; Rs. 259/88, Kommission/Belgien, Slg. 1991, I-1306 Rn. 7.

53 EuGH, verb. Rs. C-94 und 202/04, Cipolla, noch nicht in Slg., Rn. 59: In den Mindesthonoraren liegt eine Beschränkung wirksamer Konkurrenz.

54 EuGH, verb. Rs. C-94 und 202/04, Cipolla, noch nicht in Slg., Rn. 60. Hier wird der Bezug zur Wettbewerbs*freiheit* ganz deutlich.

Kern der Argumentation des Gerichtshofs ist also die am Marktzugang ansetzende nachteilige (nicht: *benachteiligende*) Wirkung von Preisregelungen.[55] Direkte Preisregelungen, insb. Mindest- und Höchstpreise sind marktzugangsbezogen, weil sie am ersten Angebot auf dem Markt anknüpfen. Mindestpreise versperren zwar nicht den Marktzugang, machen ihn aber weniger attraktiv: Durch das Verbot eines günstigeren Preises wird die grenzüberschreitende Privatautonomie an einem neuralgischen Punkt getroffen, da Mindestpreise ausländischen Dienstleistern, dies haben sowohl der Generalanwalt wie auch der Gerichtshof zutreffend herausgehoben, möglicherweise bestehende spezifische Wettbewerbsvorteile nehmen.[56] Eben die Gewährleistung des Exports von wirtschaftlichen Leistungen (Waren und Dienstleistungen) zu den Bedingungen des Herkunftstaats ist aber eine Kernfunktion der Produktfreiheiten[57] und dient der Verwirklichung komparativer Kostenvorteile als Teil des Binnenmarktprinzips. Dasselbe gilt für Höchstpreise, weil von ihnen jedenfalls eine potentiell abschreckende oder gar marktzugangsversperrende Wirkung ausgeht.

(b) Festpreise

Schreibt der Staat den Marktteilnehmern feste Preise vor (absolute Preisregelungen), so ist die Argumentation in Bezug auf Höchst- oder Mindestpreise übertragbar. Festpreise beschränken die Preisbildung noch stärker: Mindest- und Höchstpreise fallen gewissermaßen zusammen. Daher stellen sie in gleicher Weise eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit dar.

(c) Das Verbot von Erfolgshonoraren

Ähnlich wie ein Mindestpreis wirkt das (in einer Mindesthonorarregelung teilweise enthaltene) Verbot von Erfolgshonoraren. Beim Erfolgshonorar steht die Vergütung des Rechtsanwalts unter der Bedingung des Erreichens eines vertraglich festgelegten Ziels (z. B. der erfolgreichen Geltendmachung eines Anspruchs). Sowohl in Deutschland als auch in Italien sind Erfolgshonorare verboten (§ 49b Abs. 2 S. 1 BRAO). Das Verbot einer solchen Honorargestaltung beeinflusst die Preisbildung, indem es die Rechtsanwälte zu durchschnittlichen Preisen zwingt, und nimmt insbesondere dem grenzüberschreitend tätigen Rechtsberater ein wirksames Mittel zum Marktzugang auf dem inländischen Rechtsberatungsmarkt. Mit dem Argument, dass die Rechtsberatung nur im Erfolgsfall zu bezahlen ist, wird im übrigen so manche Rechtsverfolgung erst möglich. Daher ist auch ein Erfolgshonorarverbot rechtfertigungsbedürftig.[58]

---

55 A. A. aber offenbar GA *Poiares Maduro*, verb. Rs. C-94 und 202/04, Cipolla, noch nicht in Slg., Nr. 55 ff., insb. 58, 63 ff., der (lediglich) eine Diskriminierung prüft.

56 So schon EuGH, Rs. 82/77, van Tiggele, Slg. 1978, 25 Rn. 16/20. Übrigens kann es nicht darauf ankommen, dass im konkreten Fall tatsächlich Wettbewerbsvorteile des Importeurs beschränkt werden, weil nach der Rechtsprechung des EuGH auch potentielle Behinderungen erfasst werden, vgl. *Müller-Graff*, in: Streinz (o. Fn. 7), Art. 49 Rn. 85.

57 S. *Müller-Graff*, in: Groeben/Schwarze (o. Fn. 9), Art. 28 Rn. 5, 32 ff.

58 Ebs. GA *Poiares Maduro*, verb. Rs. C-94 und 202/04, Cipolla, noch nicht in Slg., Nr. 73; nunmehr auch BVerfG, NJW 2007, 979 Nr. 59. Skeptisch OLG Celle, NJW 2005, 2160, 2161.

(d) Staatliche Regelungen, die indirekt auf die Preise wirken

Indirekt wirkende Regelungen setzen zwar keine Preise fest, wirken aber auf die Preisbildung ein. Staatlich festgesetzte Handelsspannen schränken z. B. die Händler bei der Festlegung ihrer Gewinnmargen ein, was sich indirekt auf die Preise auswirkt. Der *Keck*-Entscheidung des EuGH lag ein solcher Fall zugrunde: Das Verbot von negativen Handelsspannen (Verkauf unter Einstandspreis) verstößt demnach nicht gegen die Warenverkehrsfreiheit, weil es den Marktzugang des Produkts nicht beeinträchtigt. Beschränkt ist alleine die Preisbildungs- und Wettbewerbsfreiheit des *nicht grenzüberschreitend tätigen* Händlers.[59] Letztlich fehlt dem Eingriff damit das spezifisch grenzüberschreitende Moment. Jedoch muss differenziert werden: Richtet sich die Regelung nämlich an einen grenzüberschreitend tätigen Importeur oder Dienstleister, so ist die grenzüberschreitende Privatautonomie eingeschränkt. Dies hat die Rechtsprechung bislang noch nicht erkannt, entsprechende Fälle wurden unter dem Gesichtspunkt der Diskriminierung geprüft: Der Gerichtshof hat feste Handelsspannen dann für rechtfertigungsbedürftig gehalten, wenn die Handelsspanne den Importeur benachteiligt; insbesondere, wenn Transport- und Einfuhrkosten nicht berücksichtigt werden, so dass der Gewinn des Importeurs gegenüber seinen inländischen Konkurrenten geringer ausfällt.[60] Das folgende Beispiel zeigt aber, dass im Einzelfall eine vorgeschriebene feste Handelsspanne auch beschränkend auf den Marktzugang wirken kann. So wäre der Import für einen grenzüberschreitend tätigen Händler, der etwa aufgrund geschickter Verhandlung oder eines Mengenrabatts in der Lage ist, besonders günstig beim Hersteller einzukaufen, weniger attraktiv, wenn er aufgrund der festen Handelsspanne niedrigere Preise verlangen müsste, als sie sich im Wettbewerb in anderen Mitgliedstaaten bilden. Der Verkauf hätte nämlich zur Folge, dass Arbitrageure die günstigen Preise aufgrund fester Handelsspannen nutzen könnten, um die Produkte im Parallelimport in dritten Staaten anzubieten, was einen allgemeinen Preisverfall zur Folge hätte und vom Angebot im betroffenen Markt abhalten würde. Es wird deutlich, dass Regeln, die Importeure festen Handelsspannen unterwerfen, nicht nur rein innerstaatliche Wirkung haben. Das *Keck*-Privileg greift daher für solche Fälle nicht ein.

(e) Sonstige preisbeeinflussende Regelungen

Indem staatliche Eingriffe in den Wirtschaftsverkehr Rahmenbedingungen setzen, wirken sie sich in den meisten Fällen auch in irgendeiner Form auf die Gestehungs- oder Marketingkosten aus. So zwingen zusätzliche Aufklärungspflichten Unternehmen zur Einstellung von neuen Mitarbeitern, führt ein strengeres Gewährleistungsrecht zu teuren Reparaturen oder Neubeschaffungen oder beansprucht das Erfordernis eines Diploms zeit- und geldintensive Ausbildungszeiten. Der EuGH selbst argumentiert, dass eine Einfuhr weniger attraktiv wird, wenn mitgliedstaatliche Regelungen zu zusätzlichen Kosten führen.[61] Solche mitgliedstaatlichen Maßnahmen,

59 Vgl. etwa EuGH, Rs. 82/77, van Tiggele, Slg. 1998, 25 Rn. 16/20.

60 EuGH, Rs. 188/86, Lefèvre, Slg. 1987, 2963 Rn. 12 f.

61 EuGH, Rs. C-391/92, Kommission/Griechenland, Slg. 1995, I-1621 Rn. 18; Rs. C-470/93, Mars, Slg. 1995, I-1923 Rn. 13; Rs. C-189/95, Franzén, Slg. 1997, I-5009 Rn. 71.

ebenso wie Steuern, wirken sich auf die Preise aus. Soweit jedoch der Waren- oder Dienstleistungsverkehr *alleine* aufgrund höherer Preise beeinträchtigt wird, sind die zugrunde liegenden Maßnahmen mit den Grundfreiheiten vereinbar. Anders ist es nur dann, wenn die kostenerhöhenden Regelungen unmittelbar am Marktzugang ansetzen (dann aber in der Regel diskriminierend), quasi prohibitiv[62] oder diskriminierend[63] wirken. Hinzuzufügen ist noch, dass kostensenkende staatliche Maßnahmen unter dem Gesichtspunkt der Beihilfekontrolle (Art. 87 EG) binnenmarktrelevant sein können, wenn sie ein Unternehmen selektiv begünstigen (insb. bei der Subvention).

(3) Zwischenergebnis

Staatliche Preisregelungen stellen grundsätzlich Hemmnisse für den grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr dar und sind rechtfertigungsbedürftig. Dies gilt nur dann nicht, wenn die Regelung an einen rein innerstaatlichen Vorgang anknüpft und deswegen nicht auf den Marktzugang ausstrahlt.

c) Rechtfertigung durch zwingende Allgemeininteressen? Prüfung am Beispiel der *Cipolla*-Entscheidung

Nicht offen diskriminierende Beschränkungen[64] der Grundfreiheiten können durch zwingende und nichtwirtschaftliche[65] Interessen der Allgemeinheit gerechtfertigt werden, sofern die jeweilige Maßnahme geeignet ist, das dem Allgemeinwohl dienende Ziel zu erreichen und nicht über das hierzu Erforderliche hinausgeht.[66] Zu den schutzwürdigen Interessen, die mit Preisregelungen verbunden sein können, gehören nach ständiger Rechtsprechung der Verbraucherschutz,[67] aber auch die Aufrechter-

62 Dazu *Kainer* (o. Fn. 8), S. 160 f. m. w. N. Beispielhaft wären prohibitiv wirkende Luxussteuern oder Nutzungsbeschränkungen.

63 Diskriminierende oder protektionistisch wirkende preiserhöhende Maßnahmen sind in jedem Fall grundfreiheitenrelevant; vgl. dazu auch die nach Art. 90 Abs. 1 EG unzulässigen Sondersteuern für stärkere Kraftfahrzeuge, die nach Einschätzung des EuGH alleine importierte Fahrzeuge betrafen: EuGH, Rs. 112/84, Humblot, Slg. 1985, 1367 Rn. 15.

64 Zum Problem der Einbeziehung von versteckten Diskriminierungen in die Rechtfertigung mit zwingenden Allgemeininteressen *Müller-Graff*, in: Streinz (o. Fn. 7), Art. 49 EGV Rn. 106.

65 Zum Ausschluss wirtschaftlicher Ziele EuGH, Rs. 352/85, Bond van Adverteerders/Niederlande, Slg. 1988, 2085 Rn. 34; Rs. C-288/89, Stichting Collectieve, Slg. 1991, I-4007 Rn. 11; Rs. C-353/89, Kommission/Niederlande, Slg. 1991, I-4069 Rn. 15; Rs. C-158/96, Kohll, Slg. 1998, I-1931 Rn. 41. Der Ausschluss von wirtschaftlichen Allgemeininteressen gilt für alle Grundfreiheiten, vgl. für die Warenverkehrsfreiheit etwa schon EuGH, Rs. 7/61, Kommission/Italien, Slg. 1961, 695, 720; Rs. 238/82, Duphar/Niederlande, Slg. 1984, 523 Rn. 23; näher *Müller-Graff*, in: Groeben/Schwarze (o. Fn. 9), Art. 28 EGV Rn. 204, 226 ff.

66 S. EuGH, verb. Rs. C-94 und 202/04, Cipolla, noch nicht in Slg., Rn. 61; davor schon EuGH, Rs. C-76/90, Säger, Slg. 1991, I-4221 Rn. 15; Rs. C-288/89, Collectieve Antennevoorziening Gouda, Slg. 1991, I-4007 Rn. 13–15; Rs. C-19/92, Kraus, Slg. 1993, I-1663 Rn. 32; Rs. C-55/94, Gebhard, Slg. 1995, I-4165 Rn. 37.

67 Vgl. z. B. EuGH, Rs. 205/84, Kommission/Deutschland, Slg. 1986, 3755 Rn. 30 ff.

haltung einer geordneten Rechtspflege[68] und der Zugang zu gerichtlichem Rechtsschutz.[69] Dagegen wäre der Rechtfertigungsgrund, allgemeine Preissteigerungen zu verhindern, *als solches* ein rein wirtschaftliches Ziel. Hinter wirtschaftlichen Zielen verbergen sich nämlich protektionistische Maßnahmen, die mit dem Leitbild eines gemeinschaftsweiten Wettbewerbs per se nicht vereinbar sind und daher als Rechtfertigungsgrund nicht in Betracht kommen,[70] zumal bei funktionierendem Wettbewerb überhöhte Preise langfristig keinen Bestand haben können. Preisregelungen, die eine Sonderregelung für Ausländer vorsehen, können nur unter den Voraussetzungen der Art. 55, 46 Abs. 1 EGV gerechtfertigt werden; offen ausländerdiskriminierende Preisregelungen, die der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit dienen, sind jedoch kaum denkbar.[71]

(1) Qualitätssicherung der Rechtsberatung

Gebührenordnungen für Rechtsanwälte sollen meist dem Verbraucherschutz vor qualitativ schlechter Rechtsberatung dienen. Ein „überzogener" Wettbewerb, so ließe sich argumentieren, könnte zu einem Qualitätsverfall anwaltlicher Dienstleistungen führen. Der Gerichtshof hat diesen Gesichtspunkt im Prinzip anerkannt, die Eignung von Mindestpreisen zur Qualitätssicherung systemkonform den nationalen Gerichten zur Prüfung überlassen[72] und dabei auf die Beweislast der Mitgliedstaaten hingewiesen.[73] Dagegen lehnt GA *Poiares Maduro* die Eignung mit Hinweis auf die „wirtschaftswissenschaftliche Lehre" schon im Grundsatz ab. Es sei keineswegs erwiesen, dass die Abschaffung von Mindesthonoraren zu einer Qualitätsverschlechterung der rechtsberatenden Dienstleistungen führe,[74] zumal die Lage in Mitgliedstaaten ohne zwingende Gebührenordnungen diesen Schluss nicht unbedingt naheläge.[75] Im übrigen könne die Qualität der Rechtsberatung auch durch weniger ausgreifende Maßnahmen gesichert werden.

Einiges spricht allerdings dafür, dass Mindestsätze es Rechtsanwälten erlauben, ein auskömmliches Einkommen gerade auch bei kleineren Angelegenheiten auf Gebieten mit sehr starkem Wettbewerb zu erzielen; ungezügelter Preiswettbewerb könnte einzelne Rechtsanwälte dazu verführen, mehr Mandate (die allerdings im Wettbewerb erst akquiriert werden müssen) auf Kosten der Qualität zu bearbeiten. Umgekehrt setzt stärkerer Wettbewerb in der Regel aber gerade positive Anreize für eine höhere Qualität, während sich Höchstpreise eher dämpfend auf die Qualität von an-

68 EuGH, verb. Rs. C-94 und 202/04, Cipolla, noch nicht in Slg., Rn. 64.
69 Dazu EuGH, Rs. 222/84, Johnston, Slg. 1986, 1651 Rn. 17 ff.
70 Vgl. o. Fn. 65.
71 Zu den Begriffen näher *Müller-Graff*, in: Streinz (o. Fn. 7), Art. 46 Rn. 8 ff.
72 Im Vorabentscheidungsverfahren (Art. 234 EG) gibt der EuGH Hinweise zur Auslegung von Gemeinschaftsrecht, wendet aber nicht nationales Recht an; genausowenig subsumiert der Gerichtshof eine nationale Norm selbst unter die Grundfreiheiten.
73 Im konkreten Fall trifft die Beweislast allerdings RA *Cipolla*, der sich auf die Wirksamkeit der Mindestgebührenregelung beruft.
74 GA Poisares Maduro, verb. Rs. C-94 und 202/04, Cipolla, Nr. 86.
75 GA Poisares Maduro, verb. Rs. C-94 und 202/04, Cipolla, Nr. 87.

waltlichen Dienstleistungen auswirken dürften, indem sie eine vertiefte Untersuchung bei komplexen Rechtsfragen verhindern. Dies lässt es indes zweifelhaft erscheinen, ob Preisregelungen wirklich zur Qualitätssicherung erforderlich sind, da ein Zusammenhang zwischen Preis und Qualität keinesfalls zwingend ist. Im übrigen enthält der Preis idealerweise auch eine Information im Hinblick auf die Qualität der angebotenen Leistung. Diese Information fehlt, wenn der Staat einheitliche Preise vorschreibt.

Im konkreten Fall kam ein Gesichtspunkt hinzu: GA *Poiares Maduro* verwies darauf, dass in Italien Rechtsberater, die nicht als Rechtsanwälte zuglassen, unter bestimmten Voraussetzungen aber aussergerichtlich rechtsberatend tätig seien, nicht an Mindest- und Höchstpreise gebunden seien. Damit wird die Rechtfertigung zweifelhaft, weil der Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung eine gewisse Konsequenz bei der Durchsetzung des verfolgten Allgemeininteresses verlangt.[76] Verhält sich der Mitgliedstaat beim Schutz von zwingenden Allgemeininteressen inkonsistent, gibt er auf diese Weise zu erkennen, dass der Schutz offenbar nicht erforderlich ist. In der Regel steckt in einem solchen Fall hinter der Maßnahme die Protektion einer Gruppe und nicht ein zwingendes Allgemeininteresse; der Gerichtshof lehnt dann die Rechtfertigung ab.[77]

(2) Zugang zum Rechtsschutz und Chancengleichheit in der rechtlichen Auseinandersetzung

Die deutsche Bundesregierung hatte weiter argumentiert, dass die Abschaffung von Gebührenregelungen zu individuellen, nach Zeitaufwand bemessenen Honoraren führe, was vor allem den Rechtsschutz bei kleinen Streitwerten unwirtschaftlich mache und ärmere Bürger benachteilige.[78] Weder Gerichtshof noch Generalanwalt haben sich indes diesem Argument angeschlossen. In der Tat ist es unwahrscheinlich, dass die Festlegung von Gebühren tatsächlich die von der Bundesregierung erwähnten Effekte hat. Zwar können möglicherweise Höchstgebühren zum Schutz von Rechtssuchenden mit niedrigem Einkommen beitragen, gleichzeitig mindern sie aber die Motivation des Rechtsanwalts, sich adäquat mit der Problematik zu beschäftigen. Zugleich führen Gebührenregelungen dazu, dass die Kosten für Rechtsberatung bei einfachen, schnell zu erledigenden Dingen unangemessen hoch sind. Es ist davon auszugehen, dass die Beratung bei Streitsachen mit geringem Schwierigkeitsgrad bei funktionierendem Preiswettbewerb billiger und umgekehrt eine komplizierte Rechtsverfolgung bei kleineren Streitwerten teurer würde. Im übrigen dürfte der Wettbewerb ein für die Nachfrager erträgliches Gebührenniveau ausregeln, so dass

76 Vgl. EuGH, Rs. 178/84, Kommission/Deutschland – Reinheitsgebot, Slg. 1987, 1227 Rn. 49; Rs. 179/85, Kommission/Deutschland – Schaumweinflaschen, Slg. 1986, 3879 Rn. 14; Rs. 215/87, Schumacher/Hauptzollamt Frankfurt Main, Slg. 1989, 617 Rn. 21; vgl. hierzu *W.-H. Roth*, Das Allgemeininteresse im europäischen Internationalen Versicherungsvertragsrecht, VersR 1993, 129, 137.

77 S. EuGH, Rs. 178/84, Kommission/Deutschland – Reinheitsgebot, Slg. 1987, 1227 Rn. 49.

78 Vgl. bei GA Poisares Maduro, verb. Rs. C-94 und 202/04, Cipolla, Nr. 79.

auch Höchstpreisregelungen im Wettbewerb nicht erforderlich sind. Soweit der Zugang zum Rechtsschutz ausnahmsweise nicht gewährleistet ist, muss der Schutz des Zugangs zum Rechtsschutz als milderes Mittel durch die Prozesskostenhilfe sichergestellt werden.[79]

Vor dem EuGH wurde weiter geltend gemacht, dass durch Freigabe der Preise die notwendige Chancengleichheit beim Rechtsschutz eingeschränkt würde.[80] Sollten die Preise sinken, könnten Verbraucher zwar zu günstigeren Beratungsangeboten greifen, während der Gegner teure Spitzenanwälte auf Stundenhonorarbasis beschäftigt. Jedenfalls in Deutschland ließe sich das Argument nicht durchhalten, da die deutsche Rechtsanwaltsgebührenordnung lediglich Mindestgebühren kennt. Eine strenge Höchstpreisregelung dürfte aber unangemessen sein, weil sie in komplizierten Fällen die Rechtsberatung zu stark beschränkt.

(3) Gebührenregelungen als Teil eines komplexen Systems

Die deutsche Regierung hat schließlich vorgetragen, dass Gebührenregelungen i. V. m. dem Prozessrecht ein komplexes System bilden.[81] Gebührenregelungen seien für die Prozesskostenerstattung notwendig, da andernfalls der Unterlegene möglicherweise höhere Gebühren zu bezahlen habe, als sie tatsächlich berechnet würden. Dies verfängt indes nicht: Um die unterlegene Partei zu schützen, ist ein Gebührenkatalog sinnvoll, der die von ihr zu tragenden Höchstgebühren festlegt. Dieser Katalog muss aber nur das Verhältnis des Anwalts der siegreichen Partei zur unterlegenen Partei regeln; nicht regelungsbedürftig ist das Verhältnis des Anwalts zu seiner eigenen Partei.

Schliesslich überzeugt auch nicht die Überlegung, dass ein strenges Gebührenrecht es den Verbrauchern erleichtere, die auf sie zukommenden Gebühren abzuschätzen: insoweit stellen Informationspflichten ein ebenso geeignetes, aber milderes Mittel dar.[82]

(4) Die Rechtfertigung des Verbots von Erfolgshonoraren

Nicht angesprochen hat der EuGH das Verbot von Erfolgshonoraren. Hierzu hat jüngst das BVerfG entschieden. Ein vollständiges Verbot verstößt nach seiner Auffassung gegen das Grundrecht auf freie Berufsausübung:[83] Zwar ist es grundsätzlich zu rechtfertigen, allerdings erfordert das Prinzip der Verhältnismäßigkeit i. e. S. Ausnahmen.

---

79 S. dazu die Richtlinie 2002/8/EG zur Festlegung von Mindestvorschriften für die Prozesskostenhilfe, ABl. EG 2002 Nr. L 26/41.

80 So aber die Begründung zu § 49b Abs. 2 BRAO, BT-Drs. 12/4993, S. 31.

81 Vgl. bei GA Poisares Maduro, verb. Rs. C-94 und 202/04, Cipolla, Nr. 90 f.

82 GA Poisares Maduro, verb. Rs. C-94 und 202/04, Cipolla, Nr. 90 f.

83 BVerfG, NJW 2007, 979 Nr. 57 ff. Kritisch zum Verbot des Erfolgshonorars auch *Hennsler* (o. Fn. 5), 339; *Undritz*, Advocatus Calculat – Erfolgshonorar und Wettbewerb, AnwBl. 1996, 113 ff.; *Kilian*, Das anwaltliche Erfolgshonorar, JurBüro 1994, 641, 647.

Als Rechtfertigungsgründe hat das BVerfG die Unabhängigkeit des Rechtsanwalts,[84] den Schutz der Rechtssuchenden vor überhöhten Vergütungssätzen[85] sowie die prozessuale Waffengleichheit[86] geprüft. Der Kläger geht nämlich in Bezug auf die Kosten für den Verlustfall ein geringeres Risiko ein und kann sich u. U. auch einen teureren Anwalt leisten, der im Erfolgsfall dann aus dem wirtschaftlichen Gewinn bezahlt werden kann. Diese Möglichkeit steht dem Beklagten oft nicht zur Verfügung. Erfolgshonorare können nach Ansicht des Gerichts überdies einen Anreiz schaffen, den Erfolg „um jeden Preis" zu erreichen. Der Gesetzgeber durfte in Erfolgshonoraren insbesondere auch eine Gefahr darin sehen, dass die wirtschaftlichen Interessen des Rechtsanwalts sich mit denen seines Mandanten vermengen und hierdurch eine objektive Beratung nicht mehr gewährleistet sei. Das Verbot von Erfolgshonoraren kann diese Gefahren ausräumen; allerdings ist ein vollständiges Verbot nach Auffassung des BVerfG nicht angemessen. Die Interessen insbesondere von Rechtssuchenden, die ohne eine Übertragung des Kostenrisikos auf den Anwalt einen Zugang zu gerichtlichem Rechtsschutz nicht erlangen könnten, seien nicht hinreichend berücksichtigt, so dass das Gemeinwohlziel einer funktionierenden Rechtspflege „deutlich" verfehlt würde.[87] Das Gericht hat dazugefügt, dass der Verbraucherschutz durchaus wirksam durch Informationspflichten hergestellt werden könne.[88] Der Grundsatz der Waffengleichheit im Prozess muss insoweit zurückstehen. Im Ergebnis hat das BVerfG dem Gesetzgeber aufgegeben, bis zum 30. Juni 2008 eine Regelung zu finden, die für begründete Fälle Ausnahmen vorsieht; zugleich hat es festgestellt, dass das Grundgesetz einer ausnahmslosen Zulässigkeit von Erfolgshonoraren nicht entgegensteht.

In der Tat liegen Erfolgshonorare in Europa im Trend. Sie wurden in Großbritannien nach einer offenbar ermutigenden Testphase 1998 für alle vermögensrechtlichen Streitigkeiten zugelassen.[89] Es scheint daher zweifelhaft, ob das deutsche Verbot die Qualität von Rechtsberatungsleistungen fördert und vom EuGH vor dem Hintergrund der *Cipolla*-Entscheidung als Rechtfertigungsgrund Gehör fände.[90]

d) Zusammenfassende Analyse

Es hat sich am Beispiel der Anwaltsgebührenregelungen gezeigt, dass jedenfalls unmittelbare, grenzüberschreitend wirksame Preisregelungen rechtfertigungsbedürftig sind. Feste Preisvorschriften, Mindest- und Höchstpreise, aber u. U. auch eher indi-

84 Vgl. die Begründung zu § 49b Abs. 2 BRAO, BT-Drs. 12/4993, S. 31; BVerfG, NJW 2007, 979 Nr. 62 ff., 84 ff.

85 BVerfG, NJW 2007, 979 Nr. 67 f., 88 ff.

86 BVerfG, NJW 2007, 979 Nr. 69, 93: Das BVerfG sieht den Beklagten in einer schwächeren Situation, da dieser das Kostenrisiko weniger effektiv durch ein Erfolgshonorar abwälzen könne.

87 BVerfG, NJW 2007, 979 Nr. 99 ff., 104 f.

88 BVerfG, NJW 2007, 979 Nr. 107.

89 Vgl. *Hennsler* (o. Fn. 5), 337 f.

90 GA Poisares Maduro, verb. Rs. C-94 und 202/04, Cipolla, Nr. 94, lässt obiter dictum deutliche Zweifel an der Rechtfertigbarkeit von Erfolgshonoraren anklingen.

rekt wirkende Vorschriften wie Handelsspannen oder Rabattbeschränkungen greifen in die Preisgestaltungsautonomie ein und führen zu Preisen, die von Wettbewerbspreisen abweichen. Führt staatliche Beeinflussung zu Preisen unter dem Wettbewerbsniveau, so entgehen den Anbietern von Produkten Gewinne und der grenzüberschreitende Handel wird weniger attraktiv. Preise über dem Wettbewerbsniveau dämpfen die Nachfrage und behindern auf diese Weise den Absatz der Produkte.

Das Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen des Beschränkungstatbestandes, insbesondere die Behinderung des Marktzugangs, hat der Gerichtshof im Prinzip vermutet oder unterstellt. Sein nicht substantiiertes, sondern pauschal vorgebrachtes Argument, dass Mindestpreise Anbieter aus anderen Mitgliedstaaten mit geringeren Kosten hindern, wirksam Konkurrenz zu machen, passt nämlich im Grundsatz auf jede direkte Preisregelung. Damit hat der Gerichtshof im Ergebnis die Beweislast umgedreht: Unmittelbare Preisregelungen sind ein Fremdkörper in einer Wettbewerbsordnung und verletzten die Produktfreiheiten grundsätzlich,[91] es sei denn, es kann ausnahmsweise geltend gemacht werden, dass der Marktzugang in keiner Weise beeinträchtigt ist[92] oder dass zwingende Interessen die Beschränkung rechtfertigen. Bei mittelbaren Preisregelungen wird der Marktzugang dann beeinträchtigt sein, wenn sie sich an unmittelbar an Importeure richten.

Die zwingenden italienischen Mindestpreisregelungen – ähnlich wie die deutschen Gebührenregelungen – sind nur dann rechtfertigbar, wenn zwischen dem Mindestpreis und dem verfolgten Gemeinwohlgewinn, etwa der Qualität der Rechtsberatungsleistungen, ein messbarer Zusammenhang und darüber hinaus die Beachtung des Verhältnismäßigkeitsprinzips nachgewiesen werden. Außerdem müssen die Mindestpreisregelungen konsequent angewendet werden. Höchstpreisregelungen können aus sozialen Gründen oder etwa zur Durchsetzung des Grundsatzes eines freien Zugangs zu hinreichendem Rechtsschutz gerechtfertigt werden. Im Regelfall sind solche Maßnahmen aber nicht erforderlich, weil weniger einschneidende Mittel zur Verfügung stehen (etwa Prozesskostenhilfe), zumal bei funktionierendem Wettbewerb Preise und Qualität prinzipiell in besserem Verhältnis stehen als dies bei staatlichen Lenkungsmaßnahmen der Fall sein dürfte. Die Mitgliedstaaten müssen folglich den Gemeinwohlgewinn sehr genau substantiieren; in der Regel dürften Preisregelungen mit den Grundfreiheiten nicht zu vereinbaren sein.

3. Staatliche Wettbewerbsbeschränkung: Art. 10, 81 EG

Staatliche Einflussnahmen auf die Preisbildung können auch dahin gehen, private Preisabsprachen (Kartelle) zu ermöglichen, zu erleichtern oder in ihrer Wirkung zu verstärken. Solche Fälle prüft die Rechtsprechung am Maßstab der Wettbewerbsregeln des Gemeinsamen Marktes.

---

91 Vgl. demgegenüber noch: Rs. 82/77, van Tiggele, Slg. 1978, 25 Rn. 13/15; Rs. 231/83, Cullet, Slg. 1985, 305 Rn. 23; Rs. 263/99, Kommission/Italien, Slg. 2001, I-4195 Rn. 25 f.

92 Z. B. mit dem Nachweis, dass es keine Unternehmen mit niedrigeren Gestehungskosten in der Gemeinschaft gibt, die durch die Mindestpreise behindert werden.

a) Staatliche Regulierungen als Wettbewerbsbeschränkungen?

Soweit einzelne Unternehmen den Preiswettbewerb dadurch einschränken oder ausschalten, dass sie Entgelte für wirtschaftliche Leistungen vertraglich oder durch abgestimmte Verhaltensweisen fixieren, verstossen sie – sofern die sonstigen Voraussetzungen vorliegen[93] – gegen Art. 81 EG. Anstelle ihrer Unabhängigkeit bei der Festlegung von wettbewerbswirksamen Grunddaten (Preis, Menge etc.) setzen sie bindende Absprachen, so dass ein Preiswettbewerb dann nicht mehr möglich ist. Schreiben die Mitgliedstaaten eine Kartellabsprache vor, so fehlt es jedoch an einer Einschränkung der Wettbewerbsfreiheit durch die Unternehmen selbst, weil ihnen a priori kein Verhaltensspielraum blieb und sie daher für die Wettbewerbsbeschränkung nicht verantwortlich sind.[94] Der Gerichtshof hat diese Lücke geschlossen: Mitgliedstaaten verstoßen in diesem Fall gegen die Pflicht zur Gemeinschaftstreue, weil sie dem Kartellverbot (Art. 81 EG) seine praktische Wirksamkeit nehmen.

Die Rechtsprechung ist allerdings noch darüber hinausgegangen: Im einzelnen sieht der Gerichtshof eine Verletzung der Art. 81 i. V. m. Art. 10 EG dann, „wenn ein Mitgliedstaat entweder gegen Art. 81 EG verstoßende Kartellabsprachen vorschreibt oder begünstigt oder die Auswirkungen solcher Absprachen verstärkt oder wenn er seiner eigenen Regelung dadurch ihren staatlichen Charakter nimmt, dass er die Verantwortung für in die Wirtschaft eingreifende Entscheidungen privaten Wirtschaftsteilnehmern überträgt".[95] Allerdings kann nicht *jedes* staatliche Verhalten, das sich irgendwie beschränkend auf den Wettbewerb auswirkt, sogleich gegen Art. 81 i. V. m. Art. 10 EG verstoßen.[96] Andernfalls wäre die mitgliedstaatliche Regelungshoheit, die vom binnenmarktlichen Integrationsansatz prinzipiell aufrechterhalten wird, übermäßig eingeschränkt.[97] Die auf das Wettbewerbsprinzip gestützte Gegenansicht von Generalanwalt *Jacobs*, dass jede staatliche Wettbewerbsbeschränkung rechtfertigungsbedürftig wäre,[98] überzeugt vor diesem Hintergrund nicht.

---

93 Hinzukommen muss eine spürbare Beschränkung des Wettbewerbs sowie eine Handelsbeeinträchtigung; im übrigen dürfen die Voraussetzungen für eine Freistellung nicht vorliegen.

94 Art. 81 EG wäre nicht anwendbar, vgl. EuGH, Rs. 40 u. a./73, Suiker Unie u. a./Kommission, Slg. 1975, 1663 Rn. 71 f. Näher *Schröter*, in: Groeben/Schwarze (o. Fn. 9), Art. 81 EG Rn. 130.

95 EuGH, verb. Rs. C-94 und 202/04, Cipolla, noch nicht in Slg., Rn. 47. St. Rspr., vgl. Rs. 267/86, van Eycke/ASPA, Slg. 1988, 4769 Rn. 16; Rs. C-185/91, Reiff, Slg. 1993, I-5801 Rn. 14; Rs. C-153/93, Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft mbH, Slg. 1994, I-2517 Rn. 14; C-35/99, Arduino, Slg. 2002, I-1529 Rn. 34 f.

96 S. GA Poisares Maduro, verb. Rs. C-94 und 202/04, Cipolla, Nr. 31; *Fetsch*, Die Vereinbarkeit der HOAI mit der EG-Dienstleistungsfreiheit, NZBau 2005, 71, 78; *Hettich*, Die Honorarregelungen der HOAI im EU-Binnenmarkt. Zugleich Anmerkung zur Entscheidung der Europäischen Kommission vom 24. 06. 2004 – COMP/38.549-PO –, NZBau 2005, 190, 191.

97 Zum Konzept des unvollkommenen Binnenmarktes vgl. o. Fn. 38.

98 GA Jacobs, Rs. C-180/98, Pavlov, Slg. 2000, 6451 Nr. 163; s. auch *Koch/Eichele*, Auswirkungen des kartellrechtlichen CIF-Urteils des EuGH auf die Anwaltschaft, (Anmerkung zu: EuGH, U. v. 09. 09. 2003 – Rs. C-198/01 -), NJW 2004, 334, 336.

Nach ständiger Rechtsprechung erfasst Art. 81 i. V. m. 10 EG nur die Regulierungen, die sich kartellverstärkend oder kartelltypisch auswirken.[99] Daher muss die Absprache, der Beschluss oder das abgestimmte Verhalten zunächst auf einen Rest von privater Handlungs- und Entscheidungsfreiheit beruhen.[100] Stellt sich die Regelung bei wertender Betrachtung als staatliches Handeln dar, weil der Staat das Ergebnis vorgeschrieben hat oder vollständig selbst verantwortet, dann fehlt es an einem kartelltypischen Verhalten, das vom Staat unterstützt wird. In solchen Fällen sind Art. 81, 10 EG nicht verletzt und die entsprechenden staatlichen Maßnahmen alleine an den Grundfreiheiten zu messen. Ein Indiz ist für den Gerichtshof dabei die Frage, ob die unter Beteiligung Privater gefundene Regelung eher dem allgemeinen Interesse (dann staatlich) oder privaten Interessen dient. Ist das private Gremium durch Verfahrensvorschriften und leitende Regelungen auf das Allgemeinwohl verpflichtet, lenkt also der Staat die Preisfindung im Ergebnis überwiegend, dann handelt es sich um eine staatliche Intervention.[101] Dasselbe gilt, wenn sich der Staat die Letztentscheidung vorbehält und damit die Angemessenheit der Preise im Verhältnis zum Allgemeinwohl überwacht.[102]

Daneben stellt sich die Frage, ob ein Mitgliedstaat eine an sich verbotene Einwirkung auf den Wettbewerb rechtfertigen kann. Hierzu hat der Gerichtshof bislang noch nicht entschieden, jedoch stellt sich die Möglichkeit einer Rechtfertigung mit zwingenden Gründen des Allgemeininteresses als eine konsequente Fortsetzung der allerdings aus anderen Gründen kritisch zu bewertenden[103] Wouters-Rechtsprechung[104] dar. Wenn schon ein wettbewerbsbeschränkender Beschluss einer Unternehmensvereinigung mit zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt werden kann, so muss dies erst recht für Maßnahmen von Mitgliedstaaten gelten, die im Allgemeininteresse die praktische Wirksamkeit der Wettbewerbsregeln vermindern.[105] Denkbar ist schliesslich, dass die Wettbewerbsbeeinträchtigung zur Aufrechterhaltung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse erforderlich und damit zulässig ist (Art. 86 Abs. 2 EG).

b) Die italienische Honorarregelung

Bei der italienischen Honorarregelung hat der Gerichtshof im Einklang mit seiner früheren Rechtsprechung schon den Tatbestand der Art. 81 i. V. m. Art. 10 EG abgelehnt. Zu Recht: Zwar ist der Nationale Rat der Rechtsanwälte (Consiglio nazionale

99 Vgl. *Schwarze*, (o. Fn. 50), 618 ff., 620 f.

100 S. *Schröter*, in: Groeben/Schwarze (o. Fn. 9), Art. 81 EG Rn. 134; *Schwarze*, (o. Fn. 50), 621.

101 EuGH, Rs. C-35/99, Arduino, Slg. 2002, I-1529 Rn. 37 mit Nachweisen. Vgl. auch GA Poisares Maduro, verb. Rs. C-94 und 202/04, Cipolla, Nr. 33.

102 EuGH, Rs. C-35/99, Arduino, Slg. 2002, I-1529 Rn. 40 ff.

103 Vgl. grundlegend *Lenk*, Die Ausnahme standesrechtlicher Werbeverbote aus dem EG-Kartellrecht, 2006, S. 245 ff.

104 EuGH, Rs. C-309/99, *Wouters*, Slg. 2002, I-1577: Verstöße von Unternehmensvereinigungen gegen das Kartellverbot können mit Zielen des allgemeinen Interesses gerechtfertigt werden.

105 GA *Jacobs*, Rs. C-180–184/98, Pavlov u. a., Slg. 2000, I-6451 Nr. 163.

forense), der die Gebührenordnung ausarbeitet und als Unternehmensvereinigung an Art. 81 EG gebunden ist, nicht förmlich an die Interessen der Allgemeinheit gebunden,[106] der italienische Staat behält sich aber die Letztentscheidungsbefugnis vor. Der Minister kann eine Änderung des Vorschlags durchsetzen, und auch die Gerichte können – unter allerdings aussergewöhnlichen Umständen – von den festgelegten Gebühren abweichen.[107] Damit erweist sich die italienische Honorarregelung als primär staatliche Maßnahme, die nicht gegen Art. 10, 81 EG verstösst.

c) Die deutsche Rechtsanwaltsvergütung

Für die deutsche Rechtsanwaltsvergütung gilt nichts anderes. Da BRAO und RVG als staatliche Gesetze die Entgelte für deutsche Rechtsanwälte festsetzen (s. o.) und keine Kartellabrede vorschreiben oder in ihren Wirkungen verstärken oder Entscheidungsbefugnisse auf Private delegieren, kommt die Anwendung der Art. 81 i. V. m. Art. 10 EG nicht in Betracht.

V. Ergebnis

Die vorstehenden Überlegungen lassen sich in folgende Thesen zusammenfassen:

1. Der europäische Binnenmarkt ist auf die Schaffung eines gemeinschaftsweiten Wettbewerbs gerichtet. Voraussetzung für einen funktionierenden Wettbewerb ist die Selbststeuerung des Marktes und damit die Gewährleistung der Privatautonomie.

2. Freie Preisbildung und folglich Freiheit von Preisregelungen sind ein essentieller Teil des freien Wettbewerbs. Staatliche Eingriffe in die Preisbildung stören den Wettbewerb und können, wenn sie den innergemeinschaftlichen Handel betreffen, gegen das Binnenmarktrecht verstoßen. Ansatzpunkte sind zum einen die Grundfreiheiten und zum anderen das an die Mitgliedstaaten gerichtete Verbot, private Preisabsprachen vorzuschreiben oder zu fördern bzw. staatliche Befugnisse insoweit auf Private zu übertragen.

3. Die Produktfreiheiten (Warenverkehrsfreiheit und Dienstleistungsfreiheit) verbieten – vorbehaltlich einer Rechtfertigung – Preisregelungen, wenn diese entweder diskriminierende Wirkungen haben oder am Marktzugang anknüpfen. Letzteres ist bei Preisregelungen, die unmittelbar bestimmte Preise verbieten (Höchst-, Mindest-, Festpreise oder das Verbot von Erfolgshonoraren), der Fall.

---

106 EuGH, Rs. C-35/99, Arduino, Slg. 2002, I-1529 Rn. 38; verb. Rs. C-94 und 202/04, Cipolla, noch nicht in Slg., Rn. 49. Vgl. dagegen EuGH, Rs. C-153/93, Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft mbH, Slg. 1994, I-2517 Rn.15–18: Dort waren die Mitglieder der Frachtenausschüsse ehrenamtlich tätig und nach § 21 BinnSchVG auf die bestimmte weitere Allgemeininteressen verpflichtet; daher handelte es sich bei der Tariffestlegung dort nicht um Preisabsprachen der beteiligten Unternehmensverbände (dann: Kartellabsprache), sondern um eine staatliche Preisfindung.

107 EuGH, Rs. C-35/99, Arduino, Slg. 2002, I-1529 Rn. 40–42; verb. Rs. C-94 und 202/04, Cipolla, noch nicht in Slg., Rn. 49.

4. Indirekte Preisregelungen, welche nicht direkt in die Preisbildung eingreifen, sich aber auf sie auswirken (an Händler gerichtete Verbote des Verkaufs unter Einstandspreis oder mit minimaler Gewinnspanne), sind nur dann rechtfertigungsbedürftig, wenn sie den Marktzugang betreffen oder prohibitive Wirkungen entfalten.

5. Eine Rechtfertigung von direkten Preisregelungen ist in einer Wettbewerbsordnung schwer begründbar. Der Allgemeinwohlgewinn, der sich nicht in wirtschaftlichen Interessen erschöpfen darf, muss konkret dargelegt werden; im Regelfall dürfte ein funktionierender Preiswettbewerb den Interessen der Verbraucher und auch der Allgemeinheit besser dienen. An die Voraussetzung der Rechtfertigung (Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit) sind strenge Anforderungen zu stellen, die von den Mitgliedstaaten nachgewiesen werden müssen.

6. Rechtsanwaltliche Gebührenordnungen sind wegen ihres Eingriffs in die Dienstleistungsfreiheit rechtfertigungsbedürftig. Ihr Gemeinwohlgewinn ist vor dem EuGH nicht zweifelsfrei nachgewiesen worden; wenngleich der EuGH keine abschließende Entscheidung getroffen hat, ist fraglich, ob die geltenden Regelungen in Italien und Deutschland geeignet und erforderlich sind, insb. die Qualität der Rechtsberatung und die Funktionsfähigkeit des Rechtssystems zu sichern.

7. Dagegen werden staatliche Preisregelungen nicht am Maßstab des Wettbewerbsrechts (Art. 81 i. V. m. Art. 10 EG) gemessen, weil ihnen jede kartelltypische Qualität fehlt.