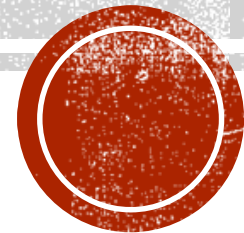


# **Abschied von der HOAI nach der Entscheidung des EuGH v. 4.7.2019 ?**

Prof. Dr. Winfried Kluth

Institut für Marktordnungs- und Berufsrecht - IMBR



# road map

- Rückblick – Analyse – Ausblick
- Entwicklung der HOAI in Bezug auf ihren Anwendungsbereich
- Entwicklung des unionsrechtlichen Umfelds
- Rechtliche Divergenzen EU Kommission + EuGH / Bundesregierung
- Formalrechtliche Auswirkungen des EuGH Urteils
- Reaktionsmöglichkeiten der Architekten und Ingenieure
- Reaktionsmöglichkeiten des Gesetzgebers
- Zeithorizonte



# Ausgangslage

# HOAI 1977

## § 1 Anwendungsbereich

Die Bestimmungen dieser Verordnung gelten für die Berechnung der Entgelte für die **Leistungen der Architekten und der Ingenieure** (Auftragnehmer), soweit sie durch Leistungsbilder oder andere Bestimmungen dieser Verordnung erfasst sind.

# BGH 1997

- Der **Geltungsbereich** der Honorarregelungen der HOAI ist **umstritten**.
- Nach **herrschender Lehre** ist er in dem Sinne leistungsbezogen, daß er alle in der HOAI angesprochenen Leistungen umfaßt, **gleich wer diese Leistung erbringt** (Hesse/Korbion/Mantscheff/Vygen, HOAI, 5. Aufl., § 1 Rdnrn. 23f.; Löffelmann/Fleischmann, ArchitektenR, 3. Aufl., Rdnrn. 14f.; Pott/Dahlhoff/Kniffka, HOAI, 7. Aufl., § 1 Rdnrn. 4f.).
- Eine **Mindermeinung** will die Verordnung dagegen nur berufsbezogen anwenden; sie meint, die Verordnung gelte **nur für eingetragene Architekten und Ingenieure** (Locher/Koeble/Frik, HOAI, 7. Aufl., § 1 Rdnrn. 7–17; wohl auch Werner/Pastor, Der Bauprozeß, 8. Aufl., Rdnrn. 603ff. jeweils m.Nachw. des Meinungsstandes).
- Der Senat folgt mit gewissen Einschränkungen der **herrschenden Lehre**.

# Abweichungsmöglichkeiten

- § 7 HOAI sieht vor:

„(1) Das Honorar richtet sich nach der schriftlichen Vereinbarung, die die Vertragsparteien bei Auftragserteilung im Rahmen der durch diese Verordnung festgesetzten Mindest- und Höchstsätze treffen.

(2) Liegen die ermittelten anrechenbaren Kosten oder Flächen außerhalb der in den Honorartafeln dieser Verordnung festgelegten Honorarsätze, sind die Honorare frei vereinbar.

(3) Die in dieser Verordnung festgesetzten Mindestsätze **können durch schriftliche Vereinbarung in Ausnahmefällen unterschritten werden.**

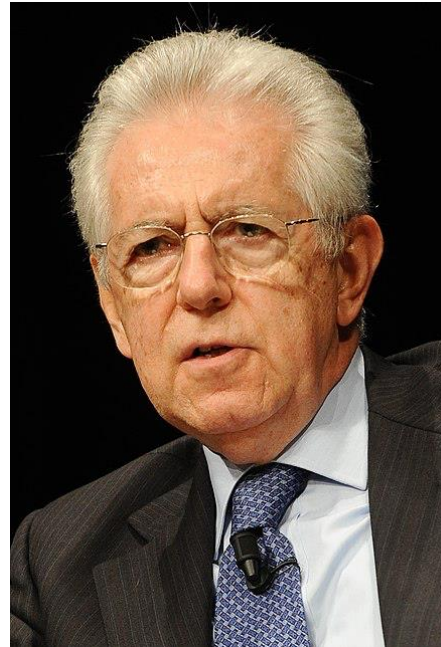
- Die Abweichung wird vom BGH eng ausgelegt.

# Zwischenergebnis

- Abweichend vom Wortlaut erstreckt die Rechtsprechung die Preisregulierung auf alle erfassten Leistungen, unabhängig von der Qualifikation der Leistungserbringer.
- Damit unterscheidet sie sich von allen anderen Preisregulierungen für freie Berufe, die jeweils auf Vorbehaltsaufgaben des Berufsstandes bezogen sind.
- Es sind einzelfallbezogene Abweichungen möglich, wenn auch unter strengen Voraussetzungen.

# Konflikt mit der EU-Kommission

- Die EU-Kommission bekämpft die Reglementierung der deutschen freien Berufe bereits seit 20 Jahren, weil sie darin unnötige Wettbewerbshindernisse sieht.
- Vorreiter: Mario Monti





# Berufsanerkennungs- und Dienstleistungsrichtlinie

- Die **zentrale Antwort** des Europäischen Gesetzgebers waren die beiden großen Richtlinien aus den Jahren 2005 und 2006.
- Sie befassen sich einerseits mit der Anerkennung von Berufsqualifikationen (Berufsanerkennungsrichtlinie - BARL) ...
- und andererseits mit dem Marktzugang (Europäische Dienstleistungsrichtlinie - DLRL).
- Wichtig: Die DLRL verpflichtete in Art. 15 die Mitgliedstaaten auch zu einem **Normenscreening**, d.h. der Überprüfung des jeweils geltenden Rechts mit den Vorgaben der Richtlinie.
- Dazu gehörten auch die Überprüfung von **Preisregulierungen**.

# Streit über den Anwendungsbereich der DLRL

- Von Beginn an war in Bezug auf die DLRL umstritten, ob und welche ihrer Regelungen auch auf reine Inlandssachverhalte zur Anwendung kommen.
- Die **EU-Kommission** vertrat im **Handbuch zur DLRL** die Ansicht, dass auch reine **Inlandssachverhalte erfasst sind**, soweit die jeweiligen Regelungen nichts anderes bestimmen.
- Die **Bundesregierung** vertrat die **Gegenansicht**.
- Vor diesem Hintergrund wurde die HOAI 2008 durch den Bundesgesetzgeber angepasst:

# Neufassung 2009

## Verordnung über die Honorare für Architekten- und Ingenieurleistungen (Honorarordnung für Architekten und Ingenieure - HOAI)

### § 1 Anwendungsbereich

Diese Verordnung regelt die Berechnung der Entgelte für die Grundleistungen der Architekten und Architektinnen und der Ingenieure und Ingenieurinnen (Auftragnehmer oder Auftragnehmerinnen) mit Sitz im **Inland**, soweit die Grundleistungen durch diese Verordnung erfasst und vom **Inland** aus erbracht werden.



# Die weitere Entwicklung

Von der Neufassung zum Vertragsverletzungsverfahren

# Der deutsche Gesetzgeber fühlte sich sicher



# Vertragsverletzungsverfahren



- ... und wurde durch ein **Vertragsverletzungsverfahren der EU Kommission** im Jahr 2017 überrascht.
- Sie wiederholte dort ihren alten Standpunkt:

„Mit Schreiben vom 22. September 2015 trat die Bundesrepublik Deutschland den gegen sie erhobenen Vorwürfen entgegen. Sie machte geltend, die HOAI beschränke nicht die Niederlassungsfreiheit und selbst wenn dies der Fall wäre, sei eine gegebenenfalls vorliegende Beschränkung dieser Art durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt. Außerdem regelten die fraglichen nationalen Bestimmungen nur rein innerstaatliche Sachverhalte, die nicht im Licht der Richtlinie 2006/123 und des Art. 49 AEUV hätten geprüft werden können.“

# Nachlässigkeit wird bestraft ...

- Sie hätte besser meine Kommentierung im Calliess/Ruffert gelesen:
  - „Wichtig ist in diesem Zusammenhang auch, dass der Anwendungsbereich der Richtlinie nicht auf grenzüberschreitende Dienstleistungen beschränkt ist. Vielmehr sind, **wie bei harmonisierenden Richtlinien üblich und dem Zweck der Vermeidung von Inländerdiskriminierungen geschuldet**, nach Ansicht der EU-Kommission, die vom deutschen Gesetzgeber nicht geteilt wird, auch reine Inlandssachverhalte erfasst. Dies hat praktische Auswirkungen aber nur für die Fälle der Niederlassung, etwa die Inanspruchnahme des einheitlichen Ansprechpartners.“
- **Hintergrund:** Nur der europäische Gesetzgeber kann durch Harmonisierung Inländerdiskriminierungen wirksam vermeiden. Da die Mitgliedstaaten an den Rechtsakten im Rat mitwirken, ist dies auch kein unverhältnismäßiger Eingriff in ihre Gesetzgebungshoheit.
- Bei der Harmonisierung im Umwelt- und Technikrecht sowie im Berufsrecht wird das auch von niemandem in Frage gestellt.

# Artikel 15 DLRL

## Artikel 15 Zu prüfende Anforderungen

(1) <sup>1</sup>Die Mitgliedstaaten **prüfen**, ob ihre Rechtsordnungen die in Absatz 2 aufgeführten Anforderungen vorsehen, und stellen sicher, dass diese Anforderungen die Bedingungen des Absatzes 3 erfüllen. <sup>2</sup>Die Mitgliedstaaten **ändern** ihre Rechts- und Verwaltungsvorschriften, um sie diesen Bedingungen **anzupassen**.

(2) Die Mitgliedstaaten prüfen, ob ihre Rechtsordnung die Aufnahme oder Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit von folgenden nicht diskriminierenden Anforderungen abhängig macht:

**g) der Beachtung von festgesetzten Mindest- und/oder Höchstpreisen durch den Dienstleistungserbringer;**



# Artikel 15 DLRL

(3) Die Mitgliedstaaten **prüfen**, ob die in Absatz 2 genannten Anforderungen folgende Bedingungen erfüllen:

a) ...

c) **Verhältnismäßigkeit**: die Anforderungen müssen zur Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Ziels geeignet sein; sie dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist; diese Anforderungen können nicht durch andere weniger einschneidende Maßnahmen ersetzt werden, die zum selben Ergebnis führen.



# Die Argumentation des EUGH

Zugeständnisse im Vergleich zu den Anforderungen der EUZ Kommission  
und eigene Feststellungen

# Zugeständnisse

- Nachdem der EuGH seine Rechtsprechung zur Anwendbarkeit des Art. 15 DLRL auf reine Inlandssachverhalte bestätigt hat, ist er zu einigen Zugeständnissen im Vergleich zur Argumentation der EU-Kommission bereit:
- Die **verfolgten Ziele** werden als legitim anerkannt:
- Hierzu ist festzustellen, dass die Ziele der Qualität der Arbeiten und des Verbraucherschutzes vom *Gerichtshof* als zwingende Gründe des Allgemeininteresses anerkannt worden sind ...
- Darüber hinaus ist hervorzuheben, dass der 40. Erwägungsgrund der RL 2006/123/EG bestätigt, dass der **Schutz von Dienstleistungsempfängern, der Schutz der Umwelt und kulturpolitische Zielsetzungen zwingende Gründe des Allgemeininteresses sind.**

# Mindestpreise

- Was erstens die Eignung der HOAI betrifft, die angestrebten Ziele zu erreichen, macht die Bundesrepublik Deutschland geltend, dass aufgrund des zwischen dem Preis einer Dienstleistung und deren Qualität bestehenden Zusammenhangs die Festsetzung von Mindestpreisen zur Erreichung des Ziels, eine hohe Qualität der erbrachten Leistungen sicherzustellen, geeignet sei.
- Hierzu hat der *Gerichtshof* entschieden, dass nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann, dass die Festsetzung eines Mindestpreises hilft, in einem Kontext wie dem eines Marktes, der durch eine ausgesprochen große Anzahl von Dienstleistungserbringern gekennzeichnet ist, einen Konkurrenzkampf zu vermeiden, der zu Billigangeboten führen könnte, was das Risiko eines Verfalls der Qualität der erbrachten Dienstleistungen zur Folge hätte.

# Mindestpreise

- Auch dem Vorbringen der Bundesrepublik Deutschland, dass dieser Markt durch eine starke **Informationsasymmetrie** gekennzeichnet sei, weil die Dienstleistungserbringer über Fachkenntnisse verfügten, die die meisten ihrer Kunden nicht besäßen, so dass es Letzteren schwerfalle, die Qualität der angebotenen Planungsleistungen zu beurteilen, ist die Kommission nicht mit Erfolg entgegengetreten.
- **Daraus folgt**, dass die Bundesrepublik Deutschland hinreichend dargetan hat, dass im Hinblick auf die Besonderheiten des fraglichen Marktes und der in Rede stehenden Dienstleistungen die Gefahr bestehen kann, dass die in diesem Mitgliedstaat tätigen Erbringer von Planungsleistungen im Bauwesen in einem Konkurrenzkampf stehen, der zu Billigangeboten und durch „adverse Selektion“ sogar zur Ausschaltung von Qualitätsleistungen anbietenden Wirtschaftsteilnehmern führen könnte.

# Mindestpreise

- Unter diesen Umständen kann das **Vorbringen der Kommission**, wonach der **Preis** als solcher **keinen Hinweis auf die Qualität der Leistung** darstelle, nicht ausreichen, um die von der Bundesrepublik Deutschland geltend gemachte Gefahr auszuschließen, dass das Zusammentreffen der beiden Faktoren einen Verfall der Qualität der erbrachten Planungsdienstleistungen zur Folge hätte, und auch nicht als Beleg dafür, dass diese Gefahr nicht durch eine Maßnahme begrenzt werden könne, die das Leistungsangebot zu zu niedrigen Preisen ausschließe.
- Wenn die Kommission des Weiteren der Bundesrepublik Deutschland vorwirft, **nicht nachgewiesen zu haben**, dass die Abschaffung von Mindestpreisen zu einer Minderung der Qualität führe, ist hervorzuheben, dass es – wie sich aus den Rn. 64 u. 65 des vorliegenden Urteils ergibt – **nicht Sache dieses Mitgliedstaats** ist, einen solchen Nachweis zu erbringen, sondern nur, darzutun, dass die HOAI geeignet ist, erheblich zu den verfolgten Zielen beizutragen, indem die Gefahr eines Verfalls der Qualität von Planungsleistungen begrenzt wird.

# Mindestpreise

- Aus den Feststellungen des vorliegenden Urteils geht hervor, dass die Existenz von Mindestsätzen für die Planungsleistungen im Hinblick auf die Beschaffenheit des deutschen Marktes **grundsätzlich dazu beitragen kann, eine hohe Qualität der Planungsleistungen zu gewährleisten, und folglich dazu, die von der Bundesrepublik Deutschland angestrebten Ziele zu erreichen.**
- ... **aber**

# Mindestpreise

- Jedoch ist daran zu erinnern, dass nach ständiger Rechtsprechung des *Gerichtshofs* eine nationale Regelung nur dann geeignet ist, die Erreichung des angestrebten Ziels zu gewährleisten, wenn sie tatsächlich dem Anliegen gerecht wird, es in **kohärenter und systematischer Weise** zu erreichen.
- Im vorliegenden Fall macht die Kommission im Wesentlichen geltend, die deutsche Regelung verfolge das Ziel, eine hohe Qualität der Planungsleistungen zu gewährleisten, nicht in kohärenter und systematischer Weise, da die Erbringung von Planungsleistungen selbst in Deutschland **nicht Personen vorbehalten sei, die eine reglementierte Tätigkeit ausübten**, so dass es jedenfalls keine Garantie gebe, dass die Planungsleistungen von Dienstleistungserbringern erbracht würden, die ihre entsprechende fachliche Eignung nachgewiesen hätten.



# Mindestpreise - Ergebnis

- Daher ist **festzustellen**, dass es der Bundesrepublik Deutschland **nicht gelungen ist, nachzuweisen**, dass die in der HOAI vorgesehenen Mindestsätze geeignet sind, die Erreichung des Ziels einer hohen Qualität der Planungsleistungen zu gewährleisten und den Verbraucherschutz sicherzustellen.

# Höchstpreise

- Demgegenüber können die **Höchstsätze** – wie die Bundesrepublik Deutschland geltend macht – zum Verbraucherschutz beitragen, indem die Transparenz der von den Dienstleistungserbringern angebotenen Preise erhöht wird und diese daran gehindert werden, überhöhte Honorare zu fordern.
- Jedoch hat die Bundesrepublik Deutschland – wie der Generalanwalt beim EuGH in Nr. 111 seiner Schlussanträge festgestellt hat – **nicht begründet**, weshalb die von der Kommission als weniger einschneidend vorgeschlagene Maßnahme, Kunden Preisorientierungen für die verschiedenen von der HOAI genannten Kategorien von Leistungen zur Verfügung zu stellen, nicht ausreichen würde, um dieses Ziel in angemessener Weise zu erreichen. Folglich kann das Erfordernis, Höchstsätze festzulegen, im Hinblick auf dieses Ziel nicht als verhältnismäßig angesehen werden.



# Würdigung und Folgerungen

Zukunft der HOAI

Prof. Dr. W. Kluth 2019

# Unmittelbare Rechtsfolge / Reaktionsmöglichkeiten der Praxis

- Das Urteil des EuGH führt **unmittelbar** dazu, dass die HOAI nicht mehr angewendet werden darf und verpflichtet den Gesetzgeber zur Aufhebung.
- Die in der HOAI getroffenen Regelungen können durch die Berufsträger indes als Preisempfehlung behandelt und den Vertragsabschlüssen / Honorarvereinbarungen zugrunde gelegt werden.
- Bei der gerichtlichen Überprüfung von Honorarvereinbarungen können insbes. die Höchstpreise als Orientierung herangezogen werden, um die Angemessenheit zu beurteilen.

# Reaktionsmöglichkeiten des Gesetzgebers: Mindestpreise

- **Variante 1:** Umwandlung der HOAI in eine Preisorientierung.

Diese, vom BMWi bevorzugte Vorgehensweise ist rechtlich unproblematisch, reduziert aber die Steuerungswirkung erheblich.

Zudem müsste eine Preisorientierung eher die „mittleren Preise“ bestimmen.

- **Variante 2:** Regelung sämtlicher oder eines größeren Teils der erfassten Tätigkeiten als **Vorbehaltsaufgaben der Architekten und Ingenieure**.

Diese Vorgehensweise bedarf einer genauen verfassungsrechtlichen Prüfung mit Blick auf die Qualifikation anderer Berufsgruppen und einer entsprechenden Verhältnismäßigkeitskontrolle. Vermutlich lässt sich nicht für alle Tätigkeiten eine Vorbehaltsaufgabe begründen.

# Reaktionsmöglichkeiten des Gesetzgebers: Mindestpreise

- **Variante 3:** Reglementierung der **sonstigen zur Leistungserbringung befugten Berufe**

Diese Vorgehensweise wäre auch mit Unions- und Verfassungsrecht vereinbar. Sie müsste aber aus **Vertrauensschutzgründen** auf die Interessen der am Markt tätigen Berufsträger berücksichtigen, weshalb anspruchsvolle Marktzugangsregelungen kaum kurzfristige realisierbar sind.

Denkbar wäre aber immerhin eine Reglementierung in Gestalt von **Weiterbildungspflichten** in Bezug auf diejenigen Belange, die Preisregulierungen rechtfertigen.

Hier stellt sich auch die Frage der **Gesetzgebungskompetenz des Bundes**, da viele der Bereiche bislang durch die Länder geregelt sind.

# Reaktionsmöglichkeiten des Gesetzgebers: Höchstpreise

- Hier bleibt zunächst nur die Möglichkeit, die HOAI in eine Preisempfehlung umzuwandeln und die **Entwicklung zu beobachten und zu bewerten**.
- Dazu müssen allerdings auch entsprechende Vorkehrungen getroffen werden (die mit nicht geringen bürokratischen Lasten verbunden sind).

# Ergebnis

- Ganz verschwinden muss und wird die HAOI demnach nicht.
- Sie wird aber ihr Erscheinungsbild ändern und zwar
  - zwingend bei den Höchstpreisen in Richtung einer Preisorientierung
  - und bei Mindestpreisen entweder ebenfalls als Preisorientierung
  - oder in Gestalt der Varianten 2 oder 3 im Zusammenhang mit aufwendigen Maßnahmen der Berufsreglementierung.





**Vielen Dank für die  
Aufmerksamkeit!**

<https://kluth.jura.uni-halle.de/imbr/>