

# Die Honorarordnung für Architekten und Ingenieure im Fadenkreuz der Europäischen Kommission – Testverfahren für eine weitere Liberalisierung der freien Berufe in Europa?

Robin van der Hout\*

Inhalt	
A. Einleitung	24
I. Was ist die HOAI?	25
II. Rechtsgrundlagen für die Liberalisierung des Europäischen Binnenmarktes	25
III. EU-Dienstleistungsrichtlinie	27
B. Verfahrensablauf – bisherige und weitere Etappen	29
I. Pilotverfahren	29
II. Förmliches Vorverfahren	30
III. Gerichtsverfahren vor dem EuGH	30
IV. Mögliches Urteil des EuGH und Rechtswirkungen	31
V. Mögliche Auswirkungen auf die Inhalte von Architekten- und Ingenieursleistungsverträgen	32
C. Position der Europäischen Kommission	33
I. Möglicher Verstoß gegen Art. 15 der Dienstleistungsrichtlinie	33
II. Mögliche Rechtfertigungen	33
D. Position der Bundesregierung	34
I. HOAI wurde bereits früher „europafest“ gemacht	35
II. Mögliche Rechtfertigung eines Vertragsverstoßes	35
E. Stellungnahme	36
I. Anforderungen an einen Eingriff in europäische Grundfreiheiten gering	36
II. Unanwendbarkeit der Dienstleistungsrichtlinie auf die HOAI?	38
III. Prüfungsreihenfolge der Kommission erscheint angreifbar	40
F. Ausblick	40

\* Prof. Dr. Robin van der Hout LL.M. ist Rechtsanwalt und Partner im Brüsseler Büro von Kapellmann und Partner Rechtsanwälte mbB. Der Beitrag basiert auf einem Vortrag des Verfassers vom 11.11.2016. Der Vortragsstil wurde weitgehend beibehalten.

## A. Einleitung

Die deutsche Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI)<sup>1</sup> steht auf dem europarechtlichen Prüfstand: Die Europäische Kommission leitete im Juni 2015 ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland ein mit dem Ziel, das verbindliche Preisrecht für Architekten und Ingenieure zu beseitigen.<sup>2</sup> Da die Auseinandersetzung auf administrativer Ebene in Brüssel nicht beigelegt werden konnte, beschloss die Kommission, Vertragsverletzungsklage vor dem Europäischen Gerichtshof gegen Deutschland zu erheben.<sup>3</sup>

Nach Auffassung der Kommission verstoßen die verbindlichen Preissätze der HOAI gegen europäische Grundfreiheiten, insbesondere gegen die sogenannte Dienstleistungsrichtlinie.<sup>4</sup> Da es sich dabei um vorrangiges EU-Recht handelt, hätte dies die Unanwendbarkeit jedenfalls des verbindlichen HOAI-Preisrechts zur Folge.<sup>5</sup>

Anders sehen es die Bundesregierung und auch die Architekten und Ingenieure selbst: Die HOAI Sorge für Preisstabilität, Qualitätssicherung und Verbraucherschutz und sei schon vor Jahren „europafest“ ausgestaltet worden.<sup>6</sup> Neben den juristischen Implikationen hat das HOAI-Verfahren auch eine handfeste politische Dimension. Eine Vielzahl von Interessenvertretern und Verbänden, insbesondere der freien Berufe, haben sich in den Prozess bereits eingebracht und unterstützen in verschiedenen Nuancen die Verteidigung der Bundesregierung. Aber nicht nur Deutschland ist mit der Preisregulierung der HOAI ins Visier der Kommission geraten. Auch Österreich, Polen und Spanien sahen sich dem Vorwurf ausgesetzt, in ihrem nationalen Recht verstießen Preisregelungen freier Berufe gegen die Dienstleistungsrichtlinie sowie die Grundfreiheiten.<sup>7</sup> Die Kommission geht damit in ihrer Funktion als sogenannte „Hüterin der Verträge“ nun verstärkt der Forderung nach freier Preisgestaltung im Recht der freien Berufe nach.

1 Honorarordnung für Architekten und Ingenieure v. 10.7.2013, BGBl. 2013 I, 2276.

2 Europäische Kommission, Pressemitteilung IP/15/5199 v. 18.6.2015.

3 Europäische Kommission, Pressemitteilung IP/16/3646 v. 17.11.2016; *Scholtissek*, Frost in der Honorarkomfortzone der Architekten, FAZ v. 2.12.2016, S. 13; siehe auch AHO-Newsletter 3 I 2016 zu diesem Thema.

4 RL 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 12.12.2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl. L 376 v. 27.12.2006, S. 36.

5 Zur Reichweite des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts, vgl. *Ruffert*, in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 1 AEUV, Rn. 19 ff.

6 Siehe hierzu die folgenden Pressemitteilungen bzw. Stellungnahmen: Bundesarchitektenkammer, Pressemitteilung v. 17.11.2016, [www.bak.de/presse/presse/pm-23-16-honorarordnung-fuer-architekten-und-ingenieure-vor-dem-europaeischen-gerichtshof/](http://www.bak.de/presse/presse/pm-23-16-honorarordnung-fuer-architekten-und-ingenieure-vor-dem-europaeischen-gerichtshof/) (1.3.2017); dies., Pressemitteilung v. 25.2.2016, [www.bak.de/presse/presse/pm-03-16-honorarordnung-fuer-architekten-und-ingenieure-ein-fall-fuer-den-europaeischen-gerichtshof/](http://www.bak.de/presse/presse/pm-03-16-honorarordnung-fuer-architekten-und-ingenieure-ein-fall-fuer-den-europaeischen-gerichtshof/) (1.3.2017); Stellungnahme der AHO, BAK und BInGK v. 31.7.2015, [www.bak.de/bundesarchitektenkammer/stellungnahmen/pool-stellungnahmen/vertragsverletzungsverfahren-gegen-die-hoai-stellungnahme.pdf](http://www.bak.de/bundesarchitektenkammer/stellungnahmen/pool-stellungnahmen/vertragsverletzungsverfahren-gegen-die-hoai-stellungnahme.pdf) (1.3.2017).

7 Europäische Kommission, Pressemitteilung IP/15/5199 v. 18.6.2015; *Schäfer/Kleen/Riegler*, Freie Preise für freie Berufe?, NJW 2015, S. 3404.

Das ebenfalls im letzten Jahr angestrengte Vertragsverletzungsverfahren hinsichtlich der deutschen Steuerberatervergütungsverordnung scheint zwar abgewendet.<sup>8</sup> Jedoch lässt sich generell die Frage aufwerfen, ob das HOAI-Verfahren Auswirkungen auf Honorarordnungen anderer freier Berufe haben wird, wie jener der Rechtsanwälte oder Ärzte.<sup>9</sup> Damit kann nun noch ein weiterer Bogen geschlagen werden zwischen genereller Vereinbarkeit mitgliedstaatlicher Regulierungen freier Berufe mit der Liberalisierung des Europäischen Binnenmarktes.

## I. Was ist die HOAI?

Die HOAI ist verbindliches (Preis-)Recht für Planungs- und Überwachungsleistungen im Bauwesen.<sup>10</sup> Sie legt Mindest- und Höchstsätze für bestimmte freiberufliche Architekten- und Ingenieurleistungen fest. Erfasst sind die Flächenplanung (Bauleit- und Landschaftsplanung), die Objektplanung sowie Fachplanungsleistungen (Tragwerksplanung und Technische Ausrüstung). Demgegenüber enthält die HOAI für die in Anlage 1 zur HOAI dargestellten Beratungsleistungen (Umweltverträglichkeitsstudie, Bauphysik, Geotechnik und Ingenieurvermessung) lediglich Honorarempfehlungen, jedoch keine verbindlichen Mindest- und Höchstsätze. Soweit eine Planungs- oder Überwachungstätigkeit danach dem zwingenden Preisrecht unterliegt, darf das Honorar für die jeweiligen in der HOAI beschriebenen Grundleistungen nicht unter den vorgesehenen Mindest- und nicht über den Höchstsätzen liegen. Diese dürfen gemäß § 7 HOAI nur in – von der Rechtsprechung sehr begrenzten – Ausnahmefällen unter- bzw. überschritten werden.<sup>11</sup>

## II. Rechtsgrundlagen für die Liberalisierung des Europäischen Binnenmarktes

Die Sicherung des Wettbewerbs in den freien Berufen ist seit Jahren ein rechtspolitisches Ziel der Europäischen Kommission, das bereits mit der Lissabon-Strategie deutlich zum Ausdruck gekommen ist, aber auch im Rahmen der aktuellen Binnenmarktstrategie nicht an Relevanz verloren hat.<sup>12</sup> Wettbewerbsfreiheit und freier Marktzugang stehen für die Kommission durch Preisregulierungen einiger freier Berufe auf dem Spiel.<sup>13</sup> Die Intervention der Kommission erfolgt in diesem Zusammenhang vor dem Hintergrund, dass die Europäische Union das Ziel verfolgt, durch eine

8 Zur Kritik der Kommission siehe *ibid.*, S. 3405.

9 So u.a. *Schröder*, Mehr Wettbewerb in den freien Berufen?, *EuZW* 2016, S. 5 ff.; Stellungnahme des Bundesverbandes der freien Berufe v. 30.7.2015 für Anhörung BMWi v. 19.8.2015, [www.srl.de/dateien/dokumente/de/bfb-stellungnahme-vertragsverletzungsverfahren-a3.pdf](http://www.srl.de/dateien/dokumente/de/bfb-stellungnahme-vertragsverletzungsverfahren-a3.pdf) (1.3.2017).

10 Zur geschichtlichen Entwicklung der HOAI vgl. *Kuffer*, in: *Korbion/Matscheff/Vygen*, HOAI, 9. Aufl. 2016, Teil D, Vorbemerkung, Rn. 1 ff.

11 Siehe hierzu *Wirth/Galda*, in: *Korbion/Matscheff/Vygen*, (Fn. 10), § 7, Rn. 50 ff., 78 ff.

12 Europäische Kommission, Den Binnenmarkt weiter ausbauen: mehr Chancen für die Menschen und die Unternehmen, COM (2015) 550 final v. 28.10.2015.

13 *Schröder*, (Fn. 9), S. 5 ff.

Liberalisierung des Binnenmarktes einen europäischen Raum ohne Binnengrenzen zu schaffen, in dem Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital frei zirkulieren können.<sup>14</sup> Dieses Ziel ist primärrechtlich in Art 26 Abs. 1 und 2 AEUV verankert:

„(1) Die Union erlässt die erforderlichen Maßnahmen, um nach Maßgabe der einschlägigen Bestimmungen der Verträge den Binnenmarkt zu verwirklichen beziehungsweise dessen Funktionieren zu gewährleisten.

(2) Der Binnenmarkt umfasst einen Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gemäß den Bestimmungen der Verträge gewährleistet ist.“

Für die Verwirklichung des Binnenmarktes sind die europäischen Grundfreiheiten<sup>15</sup> elementar, wobei für die freien Berufe vor allem die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit von Bedeutung sind.<sup>16</sup>

Das Europäische Primärrecht, konkret der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, regelt die Dienstleistungsfreiheit in Art. 56 Abs. 1 AEUV und die Niederlassungsfreiheit in Art. 49 Abs. 1 AEUV.

Art. 56 Abs. 1 AEUV:

„Die Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Union für Angehörige der Mitgliedstaaten, die in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen des Leistungsempfängers ansässig sind, sind nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen verboten.“

Art. 49 Abs. 1 AEUV:

„Die Beschränkungen der freien Niederlassung von Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats sind nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen verboten. Das Gleiche gilt für Beschränkungen der Gründung von Agenturen, Zweigniederlassungen oder Tochtergesellschaften durch Angehörige eines Mitgliedstaats, die im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats ansässig sind.“

Der Begriff der freien Berufe wird primärrechtlich lediglich vorausgesetzt, aber nicht definiert.<sup>17</sup> Der EuGH definierte schließlich in der Rechtssache *Adam* den Begriff der freien Berufe als „Tätigkeiten, die einen ausgesprochen intellektuellen Charakter haben, eine hohe Qualifikation verlangen und gewöhnlich einer genauen und strengen berufsständischen Regelung unterliegen. Bei der Ausübung einer solchen Tätigkeit hat das persönliche Element besondere Bedeutung und diese Ausübung setzt auf jeden

14 Der EuGH beschreibt es als das Ziel der Union, „einen als Raum ohne Binnengrenzen konzipierten Binnenmarkt zu schaffen, indem alle der Schaffung eines solchen Marktes entgegenstehenden Hemmnisse abgebaut werden“, siehe hierzu exemplarisch EuGH, Rs. C-221/11, *Leyla Ecem Demirkan*, EU:C:2013:583, Rn. 56.

15 Für einen Überblick über die Grundfreiheiten, siehe *Manger-Nestler/Noack*, Europäische Grundfreiheiten und Grundrechte, JuS 2013, S. 503 ff.; *Ruffert*, Die Grundfreiheiten im Recht der EU, JuS 2009, S. 97 ff.

16 *Stumpf*, in: Dausen, EU-Wirtschaftsrecht, 40. Aufl. 2016, E.II. Freie Berufe und Handwerk, Rn. 31.

17 So zunächst auch in der Rechtsprechung des EuGH, siehe hierzu statt vieler EuGH, Rs. 2/74; *Reyner*, EU:C:1974:68; EuGH, Rs. 235/85, *Mehrwertsteuer*, EU:C:1987:161.

Fall eine große Selbstständigkeit bei der Vornahme der beruflichen Handlungen voraus“.<sup>18</sup> Ärzte, Zahnärzte, Notare, Rechtsanwälte und eben Architekten und Ingenieure unterfallen, wie allgemein bekannt, dem Begriff der freien Berufe.

Hinsichtlich der Gewährleistungen der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit ist überdies als Besonderheit hervorzuheben, dass auf Tätigkeiten, die in einem Mitgliedstaat dauernd oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind, die Grundfreiheitsgewährleistungen gemäß Art. 51 und 62 AEUV keine Anwendung finden; dies jedoch nur in engen Grenzen.<sup>19</sup> Die Tätigkeiten müssen laut EuGH unmittelbar und spezifisch mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sein.<sup>20</sup> In seiner Rechtsprechung finden sich diverse Überprüfungen verschiedener Tätigkeitsbilder freier Berufe. Der EuGH hat beispielsweise in der sogenannten „Notarserie“ keinen Bezug einer notariellen Tätigkeit zum Begriff der öffentlichen Gewalt hergestellt, so dass Regulierungen wie Gebührenordnung oder Berufszugangsregelung für Notare an zwingenden Gründen des Allgemeininteresses zu messen sind.<sup>21</sup>

Neben diesen primärrechtlichen Vorschriften der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit, die in den Mitgliedstaaten unmittelbar anwendbar sind,<sup>22</sup> d.h. durch Gerichte und Verwaltung wie nationales Recht zur Anwendung gebracht werden müssen, existieren auf Sekundärrechtsebene weitere Vorschriften zur Ausgestaltung des Binnenmarkts. Unter europäischem Sekundärrecht versteht man Rechtsakte, die durch die EU aufgrund des Primärrechts, insbesondere des AEUV, erlassen werden, insbesondere Richtlinien und Verordnungen nach Art. 288 Abs. 2 und 3 AEUV:<sup>23</sup>

„(2) Die Verordnung hat allgemeine Geltung. Sie ist in allen ihren Teilen verbindlich und gilt unmittelbar in jedem Mitgliedstaat.

(3) Die Richtlinie ist für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet wird, hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überlässt jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel.“

### III. EU-Dienstleistungsrichtlinie

Seit 2006 gilt für die Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit die „Dienstleistungsrichtlinie“.<sup>24</sup> Diese enthält Bestimmungen, die den freien Dienstleistungsverkehr sowie die Wahrnehmung der Niederlassungsfreiheit durch Dienstleistungserbringer erleichtern sollen. Die Richtlinie erklärt ausdrücklich in ihrem Erwägungsgrund 33, dass auch Dienstleistungen von Architekten erfasst werden:

18 EuGH, Rs. C-267/99, *Adam*, ECLI:EU:C:2001:534, Rn. 39.

19 *Stumpf*, (Fn. 16), E.II. Freie Berufe und Handwerk, Rn. 51 ff.

20 Siehe hierzu nur EuGH, Rs. 2/74; *Reyner*, EU:C:1974:68, Rn. 2.

21 Ausführlich zu „Notaren“ *Stumpf*, (Fn. 16), E.II. Freie Berufe und Handwerk, Rn. 57 ff.

22 Die unmittelbare Anwendbarkeit von Primärrecht ist ständige Rechtsprechung seit EuGH, Rs. 26/62, *van Gend & Loos*, EU:C:1963:1.

23 *Streinz*, Europarecht, 10. Aufl. 2016, Rn. 4.

24 RL 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 12.12.2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl. L 376 v. 27.12.2006, S. 36. Für einen Überblick über das Gesetzgebungsverfahren, siehe *Becker*, Die EU-Dienstleistungsrichtlinie – neue Wege europäischer Gesetzgebung, SWP Aktuell 54, November 2006, S. 9.

„Die von dieser Richtlinie erfassten Dienstleistungen umfassen ferner Dienstleistungen, die sowohl für Unternehmen als auch für Verbraucher angeboten werden, wie etwa Rechts- oder Steuerberatung, Dienstleistungen des Immobilienwesens wie die Tätigkeit der Immobilienmakler, *Dienstleistungen des Baugewerbes einschließlich Dienstleistungen von Architekten*, Handel, die Veranstaltung von Messen, die Vermietung von Kraftfahrzeugen und Dienste von Reisebüros.“

Die Mitgliedstaaten waren innerhalb der Umsetzungsfrist bis zum 28. Dezember 2009 verpflichtet, die Anforderungen der Dienstleistungsrichtlinie vollständig und effektiv in nationales Recht umzusetzen. Die Kommission hat dabei als Aufsichtsbehörde die Aufgabe, die ordnungsgemäße Umsetzung von Richtlinien zu überwachen und mögliche Umsetzungsdefizite mit dem jeweiligen Mitgliedstaat zu klären, damit diese beseitigt werden können.<sup>25</sup>

Insbesondere die Regelungen der Dienstleistungsrichtlinie waren in vielen Mitgliedstaaten politisch umstritten und die genaue rechtliche Reichweite wurde unterschiedlich interpretiert.<sup>26</sup> Nach Ablauf der Umsetzungsfrist und langwierigen, aber letztlich fruchtlosen Verhandlungen, leitete die Kommission gegen Deutschland, Malta, Österreich, Polen, Spanien und Zypern am 18. Juni 2015 Vertragsverletzungsverfahren ein, da in diesen Mitgliedstaaten Anforderungen an bestimmte Dienstleister bestünden, die der Dienstleistungsrichtlinie zuwider liefen. In ihrer zugehörigen Pressemitteilung teilte die Kommission dazu unter anderem mit:

„Die nationalen Vorschriften dieser Länder beinhalten unverhältnismäßige und nicht gerechtfertigte Hindernisse im Bereich der freiberuflichen Dienstleistungen. Nach Auffassung der Kommission laufen die Anforderungen, die bestimmte Dienstleister in diesen Mitgliedstaaten erfüllen müssen, der Dienstleistungsrichtlinie zuwider.“<sup>27</sup>

In ihrem (nicht veröffentlichten) Aufforderungsschreiben bewertet die Kommission die verbindlichen Mindest- und Maximalhonorare der HOAI als schwerwiegende Beschränkung der Niederlassung von Dienstleistern in Deutschland.<sup>28</sup> Unterliegt eine (Grund-)Leistung zwingenden Mindest- und Höchstsätzen, hält die Kommission dies für unvereinbar mit dem EU-Recht. Darauf hatte der Rat bereits in allgemeiner Form in seiner länderspezifischen Empfehlung Deutschland betreffend vom 8. Juli 2014 hingewiesen:

„Die politischen Maßnahmen zur stärkeren Belebung des Wettbewerbs im Dienstleistungssektor waren begrenzt, auch wenn in bestimmten Berufszweigen und Regionen einzelne Reformen auf den Weg gebracht wurden, z.B. im Hinblick auf Werbung und Zulassungsverfahren im Baugewerbe. Das Produktivitätswachstum, das im Dienstleis-

25 Europäische Kommission, Handbuch zur Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie, 2007; *Lemor/Haake*, Ausgesuchte Rechtsfragen der Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie, EuZW 2009, S. 65 ff.; allgemein zur Umsetzung von Richtlinien, siehe *Streinz*, (Fn. 23), Rn. 4.

26 Zu den kontroversen Diskussionen in Öffentlichkeit und Politik in Europa, *Becker*, (Fn. 24).

27 Europäische Kommission, Pressemitteilung IP/15/5199 v. 18.6.2015.

28 Diese Einschätzung dürfte sich aus der noch zu veröffentlichenden Zusammenfassung der Vertragsverletzungsklage ergeben, sobald diese im Amtsblatt der Europäischen Union eingestellt wird.

tungssektor strukturell niedriger ausfallen dürfte als in der Industrie, ist in manchen Dienstleistungsbranchen, *insbesondere bei den freiberuflichen Dienstleistungen, besonders gering. Nach wie vor bestehen Markteintrittshindernisse und Hürden, die der Erbringung freiberuflicher Dienstleistungen im Wege stehen.*<sup>29</sup>

Dass es nunmehr zu einem förmlichen Vertragsverletzungsverfahren gekommen ist, war daher seit längerem absehbar und bildete insofern keine Überraschung. Wie nun allerdings die ausstehende Entscheidung des EuGH ausfallen und welche praktischen Konsequenzen sie im Markt entfalten wird, steht offen.

## B. Verfahrensablauf – bisherige und weitere Etappen

Das Vertragsverletzungsverfahren gemäß Art. 258 AEUV ist das zentrale Instrument der Kommission, Verstöße der Mitgliedstaaten gegen ihre Vertragspflichten geltend zu machen.<sup>30</sup> Dies ist ihre Aufgabe als sogenannte „Hüterin der Verträge“.<sup>31</sup> Die Vorschrift lautet wie folgt:

- „(1) Hat nach Auffassung der Kommission ein Mitgliedstaat gegen eine Verpflichtung aus den Verträgen verstoßen, so gibt sie eine mit Gründen versehene Stellungnahme hierzu ab; sie hat dem Staat zuvor Gelegenheit zur Äußerung zu geben.  
(2) Kommt der Staat dieser Stellungnahme innerhalb der von der Kommission gesetzten Frist nicht nach, so kann die Kommission den Gerichtshof der Europäischen Union anrufen.“

Gelingt es der Kommission, den EuGH von ihrer Position zu überzeugen, wird der Vertragsverstoß festgestellt und der Mitgliedstaat ist verpflichtet, sein Recht oder seine Verwaltungspraxis so anzupassen, dass die effektive Wirkung des Unionsrechts sichergestellt ist.<sup>32</sup>

## I. Pilotverfahren

Dem Vertragsverletzungsverfahren ist in aller Regel ein informelles EU-Pilotverfahren vorgeschaltet.<sup>33</sup> Vorliegend hatte die Kommission bereits im Juli 2014 ein EU-Pilotverfahren eingeleitet, wobei es sich um eine informelle Vorstufe handelt, im Rahmen derer versucht wird, mit dem jeweiligen Mitgliedstaat eine Einigung zu finden. Tatsächlich werden in der ganz überwiegenden Anzahl der Pilotverfahren praktische Lösungen gefunden, die dazu führen, dass die Kommission kein förmliches Vertrags-

29 Empfehlung des Rates v. 8.7.2014 zum nationalen Reformprogramm Deutschlands 2014 mit einer Stellungnahme des Rates zum Stabilitätsprogramm Deutschlands 2014 (2014/C 247/05), Rn. 15.

30 Vertiefend zum Vertragsverletzungsverfahren, siehe *Gurreck/Otto*, Das Vertragsverletzungsverfahren, JuS 2015, S. 1079 ff.; *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, 7. Aufl. 2016, § 13 Rechtsschutz, Rn. 29 ff.; *Streinz*, (Fn. 23), Rn. 633 ff.

31 Zu den Aufgaben der Kommission *Schmidt/Schmitt von Sydow*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 17 EUV, Rn. 14 f.

32 *Streinz*, (Fn. 23), Rn. 638.

33 *Wunderlich*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, (Fn. 31), Art. 258 AEUV, Rn. 15.

verletzungsverfahren einführt.<sup>34</sup> Dies ist in Sachen HOAI jedoch nicht gelungen. Denn die Bundesregierung hatte nicht in einem solchen Umfang eingelenkt, dass die Kommission von der Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens abgesehen hätte.

## II. Förmliches Vorverfahren

Bevor die Kommission vor dem EuGH ein Vertragsverletzungsverfahren einleiten kann, ist zwingend ein (förmliches) Vorverfahren durchzuführen.<sup>35</sup> Hierzu hat die Kommission der Bundesrepublik Deutschland in Sachen HOAI am 19. Juni 2015 ein Aufforderungsschreiben, auch Mahnschreiben genannt, zugestellt, in dem sie ihre Rechtsposition ausgeführt und damit das Vorverfahren offiziell eingeleitet hat.<sup>36</sup> Das Angebot Deutschlands, im Laufe des Jahres 2017 bestimmte Änderungen zu verabschieden, reichte der Kommission – soweit bekannt – nicht aus.

Die auf das Aufforderungsschreiben von der Bundesregierung abgegebene Mitteilung konnte die Kommission ebenfalls nicht überzeugen, so dass sie am 25. Februar 2016 mit ihrer begründeten Stellungnahme die zweite Stufe im Vertragsverletzungsverfahren einleitete.<sup>37</sup> Die Bundesregierung verteidigte ihre Position erneut mit dem (nicht veröffentlichten) Antwortschreiben vom 13. Mai 2016.

## III. Gerichtsverfahren vor dem EuGH

Nach Abschluss des förmlichen Vorverfahrens hat die Kommission beschlossen gemäß Art. 258 AEUV Vertragsverletzungsklage gegen Deutschland vor dem EuGH zu erheben. Die Verfahrensdauer dürfte bei rund zwei Jahren liegen,<sup>38</sup> sodass eine Entscheidung jedenfalls nicht vor Ende des Jahres 2018 zu erwarten sein dürfte.

Das Verfahren vor dem EuGH unterteilt sich in zwei Phasen:<sup>39</sup> Im schriftlichen Verfahren legen die Parteien dem EuGH jeweils eine schriftliche Erklärung vor, die vom Berichterstatter zusammengefasst und in der Generalversammlung des Gerichts erörtert wird. Die Generalversammlung entscheidet dann über die Anzahl der zu befassenden Richter, über die Erforderlichkeit einer offiziellen Stellungnahme des Ge-

34 *Oppermann/Classen/Nettesheim*, (Fn. 30), § 13 Rechtsschutz, Rn. 30.

35 *Cremer*, in: *Calliess/Ruffert*, (Fn. 5), Art. 258 AEUV, Rn. 5 ff.; *Wunderlich*, (Fn. 33), Art. 258 AEUV, Rn. 16 ff.

36 Europäische Kommission, Pressemitteilung IP/15/5199 v. 18.6.2015; Aufforderungsschreiben betreffend Vertragsverletzungsverfahren 2015/2057 der Europäischen Kommission vom 19.6.2015 (Aufforderungsschreiben). Ziel des Aufforderungsschreibens ist es nach st. Rspr., dass in der vorprozessualen Phase des Vertragsverletzungsverfahrens der Verfahrensgegenstand eingegrenzt wird und dem betreffenden Mitgliedstaat die „notwendigen Angaben zur Vorbereitung seiner Verteidigung an die Hand [gegeben werden]“, so der EuGH, Rs. C-289/94, *Kommission/Italien*, EU:C:1996:330, Rn. 15 m.w.N.

37 *Oppermann/Classen/Nettesheim*, (Fn. 30), § 13 Rechtsschutz, Rn. 36.

38 Dieser Durchschnittswert gilt jedenfalls für den Bereich des Binnenmarkts; vgl. *Wunderlich*, (Fn. 33), Art. 258 AEUV, Rn. 47; Europäische Kommission, *Bessere Governance für den Binnenmarkt*, COM (2012) 259 final v. 8.6.2012, S. 2.

39 *Wunderlich*, (Fn. 33), Art. 258 AEUV, Rn. 10.

neralanwalts und über die Durchführung einer öffentlichen Anhörung. Sofern diese für erforderlich gehalten wird, findet als zweite Phase die mündliche Verhandlung statt, bei der die Anwälte der Parteien den Richtern und dem Generalanwalt ihre Ausführungen vortragen. Eine eventuelle Stellungnahme des Generalanwalts wird einige Wochen vor der Anhörung vorgelegt.

Interessierte Dritte, wie zum Beispiel die berufsständischen Verbände und sonstige Interessenvertreter, sind hingegen im Vertragsverletzungsverfahren nicht parteifähig und können somit weder mündlich noch schriftlich direkt Stellung nehmen.<sup>40</sup> Eine etwaige Interessenvertretung hat hier daher über Stellungnahmen an die zuständigen öffentlichen Stellen, insbesondere an das prozessführende Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) zu erfolgen, wobei diese freilich hinsichtlich des Umfangs der Berücksichtigung dieser Eingaben grundsätzlich frei sind.

#### IV. Mögliches Urteil des EuGH und Rechtswirkungen

Nach einer abschließenden Beratung der Richter erlassen diese ein Feststellungsurteil mit der Entscheidung, ob der von der Europäischen Kommission vorgeworfene Verstoß gegen EU-Recht tatsächlich vorliegt.<sup>41</sup> Gegebenenfalls ist der Mitgliedstaat dann gemäß Art. 260 Abs. 1 AEUV verpflichtet, diejenigen Maßnahmen zu ergreifen, die sich aus dem Urteil ergeben:

„(1) Stellt der Gerichtshof der Europäischen Union fest, dass ein Mitgliedstaat gegen eine Verpflichtung aus den Verträgen verstoßen hat, so hat dieser Staat die Maßnahmen zu ergreifen, die sich aus dem Urteil des Gerichtshofs ergeben.“

Aus einem entsprechenden Urteil würde eine unionsrechtliche Pflicht folgen, das innerstaatliche Recht so anzupassen, dass der Vertragsverstoß abgestellt wird. Kommt der Mitgliedstaat dem nicht oder nicht vollständig nach, kann die Kommission ein zweites Vertragsverletzungsverfahren durchführen, um auch diesen Vertragsverstoß feststellen zu lassen und kann dann gemäß Art. 258 Abs. 2 AEUV finanzielle Sanktionen verhängen, was vorher noch nicht geht:<sup>42</sup>

„(2) Hat der betreffende Mitgliedstaat die Maßnahmen, die sich aus dem Urteil des Gerichtshofs ergeben, nach Auffassung der Kommission nicht getroffen, so kann die Kommission den Gerichtshof anrufen, nachdem sie diesem Staat zuvor Gelegenheit zur Äußerung gegeben hat. Hierbei benennt sie die Höhe des von dem betreffenden Mitgliedstaat zu zahlenden Pauschalbetrags oder Zwangsgelds, die sie den Umständen nach für angemessen hält.

Stellt der Gerichtshof fest, dass der betreffende Mitgliedstaat seinem Urteil nicht nachgekommen ist, so kann er die Zahlung eines Pauschalbetrags oder Zwangsgelds verhängen. [...]“

40 *Oppermann/Classen/Nettesheim*, (Fn. 30), § 13 Rechtsschutz, Rn. 27; *Cremer*, (Fn. 35), Art. 258 AEUV, Rn. 44.

41 *Streinz*, (Fn. 23), Rn. 638.

42 Allgemein haben die Fälle einer zweiten Verurteilung zugenommen, so *Cremer*; (Fn. 35), Art. 260 AEUV, Rn. 9 m.w.N.

Bis zu einem Urteil gilt zunächst die alte Rechtslage fort und vorliegend kann daher die HOAI auch angewendet werden. Allerdings schwebt ab jetzt und bis zu einer gerichtlichen Entscheidung über ihr das Damoklesschwert der unionsrechtlichen Unwirksamkeit wegen eines Verstoßes gegen die europäischen Grundfreiheiten bzw. spezialgesetzlicher Regelungen im Rahmen der Dienstleistungsrichtlinie. Die damit verbundenen Unsicherheiten können allerdings in der Praxis durch entsprechende vertragliche Vereinbarungen zur Vergütung aufgefangen werden.<sup>43</sup>

## V. Mögliche Auswirkungen auf die Inhalte von Architekten- und Ingenieursleistungsverträgen

Bis zu einer abschließenden Entscheidung oder Einigung gilt die HOAI unverändert fort, mithin insbesondere die dort statuierten Mindest- und Höchstsätze für Grundleistungen. Unabhängig vom Ausgang des Verfahrens bleibt der Leistungsinhalt bestehender Verträge unberührt, da die HOAI als Preisrecht allein die Vergütungsebene betrifft, nicht jedoch die Frage, welche Leistungen der Architekt oder Ingenieur schuldet und ob diese Bestimmungen (insbesondere die Leistungsbilder) von der Rüge der Kommission nicht betroffen sind. Ob und inwieweit die Honorarebene bei bestehenden Verträgen betroffen wäre, kann demgegenüber derzeit nicht sicher vorhergesagt werden, da dies von Zeitpunkt und Ergebnis des Verfahrensabschlusses abhängig ist. Sollte der EuGH sich der Auffassung der Kommission anschließen, folgt daraus nicht unmittelbar eine Nichtigkeit der Verträge oder der Honorarabreden.<sup>44</sup> Vielmehr wäre die Bundesrepublik Deutschland verpflichtet, die Preisbindung aufzuheben oder – soweit möglich – jedenfalls auf solche Fälle zu beschränken, die keine europarechtliche Relevanz haben. In diesen Fällen wäre es durchaus denkbar, Übergangsregelungen beziehungsweise -fristen festzulegen, sodass bestehende Vertragsverhältnisse unberührt bleiben.<sup>45</sup>

Werden keine Übergangsregelungen geschaffen, dürften in erster Linie zunächst die Parteien gefragt sein. Es kämen zum Beispiel Nachverhandlungspflichten über die Grundsätze zur Störung der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 BGB in Betracht, soweit eine Partei behauptet, dass sie die getroffene Vergütungsabrede bei Kenntnis der Unionsrechtswidrigkeit nicht abgeschlossen hätte.<sup>46</sup> Denkbar wäre, dass in diesem Fall dann der Höhe nach ein Anspruch auf Anpassung der Vergütung auf die „übliche Vergütung“ besteht, die gemäß § 632 Abs. 2 BGB stets dann geschuldet ist, wenn die Höhe der Vergütung vertraglich nicht festgelegt ist (beziehungsweise – wie hier – nachträglich entfällt).<sup>47</sup> Im Streitfall hätten hierüber die Gerichte zu entscheiden.

Bei sämtlichen neu abzuschließenden Architekten- und Ingenieurleistungsverträgen besteht demgegenüber Regelungsbedarf. Nur so kann der mit der jetzigen Verfahrenseinleitung durch die Kommission verbundenen Rechtsunsicherheit begegnet

43 Scholtissek, (Fn. 3), S. 13.

44 Oppermann/Classen/Nettesheim, (Fn. 30), § 13 Rechtsschutz, Rn. 37.

45 Ibid., Rn. 37.

46 Vgl. Finkenauer, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 313, Rn. 1.

47 Busche, in: Münchener Kommentar, (Fn. 46), § 632, Rn. 22.

und insbesondere für die Vertragsparteien weitestgehend Kostensicherheit geschaffen werden.

### C. Position der Europäischen Kommission

Im Vertragsverletzungsverfahren ist es – wie ausgeführt – die Aufgabe der Kommission, das gemeinsame europäische Interesse zu vertreten und auf die einheitliche Anwendung des EU-Rechts hinzuwirken.

#### I. Möglicher Verstoß gegen Art. 15 der Dienstleistungsrichtlinie

Vorliegend sieht die Kommission in den verbindlichen Preisregelungen der HOAI einen Verstoß gegen Art. 15 der Dienstleistungsrichtlinie. Dieser besagt in Abs. 2 lit. g):

„Die Mitgliedstaaten prüfen, ob ihre Rechtsordnung die Aufnahme oder Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit von folgenden nicht diskriminierenden Anforderungen abhängig macht: [...] der Beachtung von festgesetzten Mindest- und/oder Höchstpreisen durch den Dienstleistungserbringer“.

Die festgesetzten Mindest- und Höchstpreise der HOAI werden von der Kommission als unvereinbar mit dem Europäischen Binnenmarkt angesehen. Sie ist der Ansicht, dass durch feste Tarife die Niederlassung von Dienstleistern, die den freien Berufen angehören, aus anderen EU-Mitgliedstaaten behindert werde, da die Gebührenordnung der HOAI die Möglichkeiten eines Wettbewerbs – das Anbieten gleichwertiger Leistungen zu Preisen unter den Mindesttarifen beziehungsweise das Anbieten höherwertiger Leistungen zu Preisen über den Höchsttarifen – beschränke.<sup>48</sup> Die HOAI findet immer Anwendung, wenn der Architekt oder Ingenieur eine Niederlassung in Deutschland hat und seine jeweilige Leistung im Inland erbringt. Sie gilt somit auch für ausländische Wettbewerber mit einer Erst- oder Zweitniederlassung in Deutschland, sofern jene ihre Leistungen im Inland erbringen.<sup>49</sup>

#### II. Mögliche Rechtfertigungen

Eine Rechtfertigungsmöglichkeit von Beschränkungen ergibt sich grundsätzlich aus Art. 15 Abs. 3 der Dienstleistungsrichtlinie. Demzufolge dürfen die die Grundfreiheit beschränkenden Anforderungen des nationalen Rechts nicht diskriminierend sein, also keine Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit oder – bei Gesellschaften – aufgrund des Ortes des satzungsmäßigen Sitzes darstellen. Zudem müssen sie erforderlich sein. Die Erforderlichkeit setzt einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses voraus, der die Anforderungen rechtfertigt.<sup>50</sup> Als letzte Voraussetzung

48 Aufforderungsschreiben der Kommission v. 19.6.2015, (Fn. 36), S. 8.

49 Ibid., S. 9.

50 Vgl. *Motzke*, Die HOAI im Klammergriff der EU, NZBau 2016, S. 328.

müssen die Anforderungen verhältnismäßig sein. Die Verhältnismäßigkeit beinhaltet, dass die Anforderungen zur Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Ziels geeignet sind, dass sie nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist und dass sie nicht durch andere, weniger einschneidende Maßnahmen ersetzt werden können, die zum selben Ergebnis führen.<sup>51</sup>

Die Kommission ist der Auffassung, dass die in Deutschland geltenden Anforderungen der HOAI die Bedingungen der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit nicht erfüllen. Sie begründet dies mit dem Argument, dass die verbindlichen Gebührenordnungen weder geeignet noch erforderlich seien, um Verbraucherschutz oder Qualitätssicherung als legitime Ziele zu erreichen. Sie führt dazu aus:

„Die Tatsache, dass es in der überwiegenden Mehrheit der Mitgliedstaaten keine derartigen Honorarordnungen gibt beziehungsweise diese dort im Einklang mit Artikel 15 der Dienstleistungsrichtlinie abgeschafft wurden, deutet bereits darauf hin, dass festgesetzte Mindestpreise nicht erforderlich sind, um die hohe Qualität der erbrachten Leistungen zu sichern, wenn diese Anforderungen den Verbrauchern zugleich eindeutig die Möglichkeit nehmen, von konkurrenzfähigeren Preisen zu profitieren.“<sup>52</sup>

Zudem ist die Kommission der Auffassung, es bestehe kein Kausalzusammenhang zwischen der Höhe der in Rechnung gestellten Gebühren und der Qualität der erbrachten Leistungen.<sup>53</sup> Aufgrund der Unverhältnismäßigkeit der deutschen Anforderungen geht die Kommission von einer Behinderung des europäischen Binnenmarkts aus. Es bestünde durch die verbindlichen Preisregelungen eine potenzielle Hemmschwelle für ausländische Anbieter, die sich in Deutschland niederlassen möchten.

#### D. Position der Bundesregierung

Aus Sicht der Bundesregierung dürfte das Verfahren neben den Aspekten die HOAI betreffend auch grundsätzliche Bedeutung haben, da sich bei Auslegung der Dienstleistungsrichtlinie die Frage stellt, wie weit die EU ihre Kompetenzen gegenüber den Mitgliedstaaten dehnen darf. Darüber hinaus hat die HOAI große praktische Relevanz und der Fall mithin branchenübergreifende Bedeutung.<sup>54</sup>

51 Vgl. *ibid.*, S. 332 f.; *Lemor/Haake*, (Fn. 25), S. 69.

52 Aufforderungsschreiben der Kommission v. 19.6.2015, (Fn. 36), S. 9.

53 *Ibid.*

54 Auch deswegen dürfte die Bundesregierung zum Vertragsverletzungsverfahren am 31.7.2015 eine öffentliche Anhörung durchführt haben. Dieses dürfte auch als Ventil wirken, um der interessierten Öffentlichkeit zu zeigen, dass die Bundesregierung entschlossen ist, ihre Position durchzufeuchten und Vorbehalte aus dem Sektor aufzunehmen bereit ist. Auf das Verfahren der Kommission hat eine Anhörung nur insofern indirekten Einfluss, als die Bundesregierung hier Argumente sammeln kann, um sich später besser verteidigen zu können.

## I. HOAI wurde bereits früher „europafest“ gemacht

Was die HOAI angeht, wurde diese seit ihrem Inkrafttreten im Jahr 1977 mehrfach reformiert.<sup>55</sup> Unter anderem fand 2009 aufgrund europarechtlicher Bedenken eine Reform statt, infolgedessen die Preisregelungen der HOAI nur noch auf Architekten und Ingenieure anwendbar sind, die ihren Sitz im Inland haben und ihre Dienstleistung im Inland erbringen.<sup>56</sup> Die Bundesregierung führt dies in ihrer Mitteilung an die Kommission wie folgt aus:

„der Anwendungsbereich der HOAI ist ausschließlich dann eröffnet, wenn die fragliche Planungs- oder Überwachungsleistung von einem Architekten oder Ingenieur von einer Niederlassung aus erbracht wird, die innerhalb der Grenzen der Bundesrepublik Deutschland ihren Sitz hat. [...] Tätigkeiten deutscher oder nicht deutscher Architekten oder Ingenieure, die von einer Niederlassung außerhalb der Bundesrepublik Deutschland aus durchgeführt werden, fallen demgegenüber nicht unter den Anwendungsbereich der HOAI.“<sup>57</sup>

Die Bundesregierung vertritt den Standpunkt, europarechtlichen Vorgaben bereits gerecht geworden zu sein, da die HOAI keinen Auslandsbezug mehr aufweise. Sie sei zudem nicht diskriminierend und genüge folglich Art. 15 Abs. 3 lit. a) der Dienstleistungsrichtlinie. Eine Behinderung der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit sei ebenfalls ausgeschlossen, da die HOAI keine Regelungen dazu treffe, „wer innerhalb Deutschlands eine Niederlassung gründen darf, von der aus von der HOAI erfasste Planungs- oder Beratungsleistungen erbracht werden.“<sup>58</sup>

## II. Mögliche Rechtfertigung eines Vertragsverstoßes

Den Schwerpunkt ihrer Argumentation setzt die Bundesregierung allerdings bei der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit der Preisregelungen an. Dies erscheint sachgerecht, da Grundfreiheitenfälle sich wegen der niedrigen Eingriffsschwelle zu meist auf der Ebene der Rechtfertigung entscheiden.<sup>59</sup> Die Bundesregierung ist vorliegend der Auffassung, dass die HOAI für Planungs- und Überwachungsqualität Sorge, da sie alle von der HOAI erfassten Architekten- und Ingenieurleistungen einer identischen Preisregelung unterwerfe und so dem Schutz der Interessen von Bauherren, Nutzern und Eigentümern von Gebäuden diene. Dienstleistungsempfänger würden vor preislich unseriösen Angeboten von Leistungserbringern geschützt, weshalb die HOAI zugleich dem Schutz des Allgemeinwohls diene.

In der Tat dürfte der Fall auf der Ebene der Rechtfertigung in einer Grundfreiheitenprüfung entschieden werden. Konkret geht es um die Erforderlichkeit und die

55 *Koebler*, in: *Kniffka/Koebler*, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl. 2014, Rn. 203 ff.

56 *Ibid.*, Rn. 212 ff.

57 Mitteilung der Regierung der Bundesrepublik Deutschland an die Europäische Kommission v. 10.3.2015, [www.srl.de/dateien/dokumente/de/Mitteilung%20an%20EU-Kommission%20m%C3%A4rz-15.pdf](http://www.srl.de/dateien/dokumente/de/Mitteilung%20an%20EU-Kommission%20m%C3%A4rz-15.pdf) (1.3.2017), S. 7.

58 *Ibid.*, S. 8.

59 *Oppermann/Classen/Nettesheim*, (Fn. 30), § 22 Binnenmarkt, Rn. 11.

Verhältnismäßigkeit der Regelungen in der HOAI, welche die Kommission beanstandet, also insbesondere das verbindliche Preisrecht.<sup>60</sup> Es wird im gerichtlichen Verfahren entscheidend sein, substantiiert vortragen zu können, dass die Vermutungen der Kommission, wonach es mildere, aber gleich geeignete Mittel zur Erreichung der anerkannten zwingenden Erfordernissen des Allgemeinwohls gibt, hier insbesondere die Sicherung eines hohen Qualitätsniveaus und damit verbunden der Verbraucherschutz, nicht zutreffen.<sup>61</sup> Hierzu ist zum Beispiel zu berücksichtigen, dass bereits eine Reihe berufsständischer Organisationen aus den an Deutschland angrenzenden Mitgliedstaaten der Europäischen Union (z.B. Belgien, Österreich) sich dahingehend eingelassen haben, dass aus der Existenz der HOAI, insbesondere deren Preisrecht, keine Hindernisse für eine Niederlassung ausländischer Architekten folge und umgekehrt ein Instrument wie die deutsche HOAI, in diesen Staaten helfen würde, beispielsweise die Qualitätssicherung solcher Dienstleistungen zu gewährleisten (z.B. in Portugal).

## E. Stellungnahme

Die bisherige Argumentation der Kommission verlagert den Fall, wie so oft, auf die Rechtfertigungsebene und damit zur Frage, ob die objektiv bestehenden Beschränkungen durch „zwingende Gründe des Allgemeinwohls“ (sogenannte *Cassis*-Rechtsprechung) gerechtfertigt werden können.<sup>62</sup> Die von Deutschland vorgebrachten Argumente sind weitgehend bekannt und dürften vor dem EuGH jedenfalls in der bisherigen, noch recht abstrakten Form, im Ergebnis nicht durchschlagen.

### I. Anforderungen an einen Eingriff in europäische Grundfreiheiten gering

Denn die bisherige Rechtsprechung des EuGH lässt die Tendenz erkennen, bereits eine mittelbare oder potenzielle Beeinträchtigung der Grundfreiheiten ausreichen zu lassen, um einen Verstoß gegen Unionsrecht zu begründen („allgemeines Beschränkungsverbot“).<sup>63</sup> Eine solche potenzielle Beeinträchtigung legt die Kommission dar, indem sie die Vermutung aufstellt, die Preisregelungen der HOAI bereiten eine Hemmschwelle für ausländische Anbieter, sich in Deutschland niederzulassen.<sup>64</sup> Es ist daher nicht auszuschließen, dass sich die Kommission in diesem Verfahren durchsetzt und das verbindliche Preisrecht der HOAI vom EuGH als unvereinbar mit dem Europäischen Binnenmarkt erklärt wird. Allerdings gibt es auch valide Argumente,

60 *Motzke*, (Fn. 50), S. 323.

61 So auch *Schäfer*, Mindest- und Höchstpreise vor dem EuGH – Herausforderung für die freien Berufe, *EuZW* 2017, S. 1; *Kalte/Wiesner*, Vertragsverletzungsverfahren der EU-Kommission gegen die Bundesrepublik Deutschland – Ein Plädoyer für die HOAI!, *IBR* 2015, S. 1064 ff.

62 Vgl. EuGH, Rs. 120/78, *Cassis de Dijon*, EU:C:1979:42.

63 Vgl. EuGH, Rs. 8/74, *Dassonville*, EU:C:1974:82, S. 847; EuGH, Rs. 33/74, *van Binsbergen*, EU:C:1974:131, Rn. 10/12.

64 Aufforderungsschreiben der Kommission v. 19.6.2015, (Fn. 36), S. 9.

die für die Rechtfertigung der deutschen Preisbindungsregeln sprechen. Insbesondere die Besonderheit des Planungswesens im Vergleich zu anderen Dienstleistungen ist von entscheidender Bedeutung. Im Bereich von Architekten- und Ingenieursdienstleistungen ist eine Differenzierung nach Qualitäts- und damit nach Preiskategorien nicht sinnvoll. Entscheidend ist vielmehr, dass eine konstant hohe Qualität gewährleistet wird, wobei gerade vermieden werden soll, dass aufgrund von Preisdruck die Qualität der Planungsleistungen vermindert wird.<sup>65</sup> Im Gegensatz zu anderen Dienstleistungen kann es im Bereich des Bauwesens nicht im Interesse der Allgemeinheit sein, dass zwischen unterschiedlichen Qualitätskategorien gewählt werden kann. Damit kann ein zwingender Grund des Allgemeininteresses durchaus in der Qualitätssicherung der Planungsleistungen gesehen werden.

Preiswettbewerb ist laut EuGH nicht die einzige Form des Wettbewerbs und auch nicht diejenige Form, die unter allen Umständen absoluten Vorrang genießen muss. Wettbewerb kann auch über andere Kriterien erfolgen, wie etwa über Qualität. In der Entscheidung *Cipolla* hat sich der EuGH mit dem Zusammenhang zwischen Mindesthonoraren für Rechtsanwaltsdienstleistungen und der Sicherung eines Qualitätsstandards beschäftigt. Diese Erwägungen können auch im Rahmen der Beurteilung der verbindlichen Mindesthonorare für Architekten- und Ingenieursdienstleistungen herangezogen werden. Zwar kann es trotz einer Mindesthonorarhöhe zu schlecht ausgeführten Leistungen von Architekten oder Ingenieuren kommen, jedoch ist anzunehmen, dass durch die Mindestsätze gerade ein reiner Preiskonkurrenzkampf vermieden werden kann, der die Gefahr eines Qualitätsverlustes in sich birgt.<sup>66</sup> Für die Verbraucher ist es grundsätzlich schwierig, die Qualität der einzelnen Dienstleistungen zu beurteilen. Denn Architekten und Ingenieure haben zumeist ein – dem Verbraucher überlegenes – hohes Maß an Fachwissen. Dieser „Informationsasymmetrie“<sup>67</sup> kann jedoch mit qualitätssichernden Mindesthonorarsätzen begegnet und die Verbraucher damit vor schlechten Dienstleistungen geschützt werden.<sup>68</sup> Das Preisrecht kann somit einen Wettbewerb über Qualitätskriterien gerade fördern.<sup>69</sup>

Darüber hinaus lässt sich darauf abstellen, dass das deutsche Preisrecht gerade einen Wettbewerb über Qualitätskriterien fördert. Dieses Argument scheint bislang noch nicht im Vordergrund zu stehen, obwohl doch eine Parallele zum öffentlichen Vergaberecht mit seinem (auch europarechtlich vorgegebenen) Wirtschaftlichkeitsprinzip gezogen werden kann, da dort der verbindliche Preisrahmen dazu führt, dass der Wettbewerb meist eher über die Qualität der angebotenen Leistung (Qualifikation der Planer, Aufzeigen planerischer Lösungsmöglichkeiten, etc.) geführt wird und nicht über den Preis, der oft bei allen Bietern annähernd gleich ist. Dieses Argument könnte empirisch auch einfacher zu belegen und letztlich auch stichhaltiger sein. Ferner lässt sich hier auch ein Bogen schlagen zur Informationsasymmetrie (insbesondere

65 *Kalte/Wiesner*, (Fn. 61), S. 1064 ff.

66 Vgl. EuGH, verb. Rs. C-94/04 und C-202/04, *Cipolla*, EU:C:2006:758, Rn. 67.

67 *Ibid.*, Rn. 68.

68 Europäische Kommission, Bericht über den Wettbewerb bei freiberuflichen Dienstleistungen, KOM (2004) 83 endg. v. 9.2.2004, S. 10.

69 Siehe zu diesem Aspekt auch *Schröder*, (Fn. 9), S. 5 ff.

zwischen Planer und Verbraucher), die bereits im *Cipolla*-Urteil eine wichtige Rolle spielte (siehe zuvor). Der Verbraucher kann sich den Planer über Empfehlungen und damit Qualität aussuchen, weil der Staat sicherstellt, dass sich die Wettbewerber preislich wenig unterscheiden. Der Blick in die Vergaberichtlinien zeigt, dass auch das Unionsrecht dort den Wettbewerb über die Qualität und nicht den Preis anstrebt.

## II. Unanwendbarkeit der Dienstleistungsrichtlinie auf die HOAI?

Ein wiederholt zu hörender Einwand war bisher, dass die HOAI nach deren § 1 nur auf Architekten anwendbar ist, die ihre Leistungen vom Inland aus erbringen.<sup>70</sup> Daraus solle folgen, dass die Richtlinie auf die HOAI gar nicht anwendbar sei, weil die Niederlassungsfreiheit insofern vorgehe. Darauf deute zum Beispiel Erwägungsgrund 77 der Dienstleistungsrichtlinie hin:

„Begibt sich ein Marktteilnehmer in einen anderen Mitgliedstaat, um dort eine Dienstleistungstätigkeit auszuüben, so sollte zwischen Sachverhalten, die unter die Niederlassungsfreiheit und solchen, die unter den freien Dienstleistungsverkehr fallen, unterschieden werden, je nachdem, ob es sich um eine vorübergehende Tätigkeit handelt oder nicht. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs ist für die Unterscheidung zwischen der Niederlassungsfreiheit und dem freien Dienstleistungsverkehr ausschlaggebend, ob der Marktteilnehmer in dem Mitgliedstaat, in dem er die betreffende Dienstleistung erbringt, niedergelassen ist oder nicht. Ist der Marktteilnehmer in dem Mitgliedstaat, in dem er seine Dienstleistungen erbringt, niedergelassen, so sollte in seinem Fall die Niederlassungsfreiheit anwendbar sein. Ist der Marktteilnehmer dagegen nicht in dem Mitgliedstaat niedergelassen, in dem die Dienstleistung erbracht wird, so sollte seine Tätigkeit unter den freien Dienstleistungsverkehr fallen. Nach der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs sollte der vorübergehende Charakter der betreffenden Tätigkeiten nicht nur unter Berücksichtigung der Dauer der Erbringung der Leistung, sondern auch ihrer Häufigkeit, ihrer regelmäßigen Wiederkehr oder ihrer Kontinuität beurteilt werden. Der vorübergehende Charakter der Dienstleistung sollte nicht die Möglichkeit für den Dienstleistungserbringer ausschließen, sich in dem Mitgliedstaat, in dem die Dienstleistung erbracht wird, mit einer bestimmten Infrastruktur, wie etwa Geschäftsräumen, einer Kanzlei oder Praxis auszustatten, soweit diese Infrastruktur für die Erbringung der betreffenden Leistung erforderlich ist.“<sup>71</sup>

Dazu lässt sich zunächst sagen, dass Erwägungsgrund 77 den Rechtsprechungsstand zum Verhältnis von Dienstleistungsfreiheit und Niederlassungsfreiheit zusammenfasst. Die Dienstleistungsfreiheit ist grundsätzlich subsidiär und kommt nur zur Anwendung, wenn keine andere Grundfreiheit einschlägig ist.<sup>72</sup> Abgegrenzt wird nach der Rechtsprechung des EuGH nach dem Schwerpunkt der Maßnahme.<sup>73</sup>

70 So etwa *Meiners/Vogeler*, Vereinbarkeit der HOAI-Novelle mit der EU-Dienstleistungsrichtlinie, Deutscher Bundestag, 2008, S. 8.

71 Erwägungsgrund 77 RL 2006/123/EG.

72 *Kluth*, in: Calliess/Ruffert, (Fn. 5), Art. 57 AEUV, Rn. 4.

73 *Müller-Graff*, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 56 AEUV, Rn. 24 ff.

§ 1 HOAI schließt eigentlich einen Konflikt mit der Dienstleistungsfreiheit (und damit aber nicht automatisch auch der Dienstleistungsrichtlinie, die sich auch auf die Niederlassungsfreiheit bezieht) aus, weil der zeitweilig aus dem EU-Ausland kommende Dienstleistungserbringer nicht erfasst wird. Vermutlich deswegen stützt die Kommission ihre Argumentation an dieser Stelle auch auf die Niederlassungsfreiheit. Wenn es zu einem Konflikt zwischen der nationalen Norm, wie dem verbindlichen Preisrecht der HOAI, und der vorrangigen Norm des Unionsrechts, der Niederlassungsfreiheit, kommt, muss die nationale Norm im konkreten Fall unangewendet bleiben.<sup>74</sup> Die Norm bleibt aber bestehen und stellt gegebenenfalls einen Verstoß des Mitgliedstaats gegen den AEUV dar und muss beseitigt werden.<sup>75</sup>

Zu einem Verstoß der Dienstleistungsrichtlinie kommt man nur, wenn man davon ausgeht, dass diese auch auf rein inländische Sachverhalte anwendbar ist.<sup>76</sup> Davon scheint die Kommission vorliegend auszugehen, belässt es aber dazu bei einer recht apodiktischen Feststellung. Insbesondere dieser Teil der Argumentation der Kommission erscheint angreifbar, da er nicht durch einschlägige Rechtsprechung gestützt werden kann, sondern auf einer eigenen Auslegung der Dienstleistungsrichtlinie der Kommission beruht.<sup>77</sup> Eine solche ist juristisch sicher vertretbar, aber zugleich auch nicht „in Stein gemeißelt“, wie eine ständige Rechtsprechung. Insofern erscheint auch die Gegenposition vertretbar, wonach die Dienstleistungsrichtlinie schon gar nicht auf die HOAI anwendbar ist. Hierbei ist aber zu beachten, dass sich damit aber bestenfalls ein Argument der Kommission widerlegen, aber wohl nicht das gesamte Verfahren gewinnen lässt, da der Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit, die ebenfalls durch die Dienstleistungsrichtlinie erfasst wird, schwer zu rechtfertigen ist, wenn man die bisherige Rechtsprechung des EuGH dazu berücksichtigt. Für eine Beschränkung der Grundfreiheiten ist es bereits ausreichend, dass diese durch nationale Regelungen „weniger attraktiv“ gemacht werden. Eine mittelbare, indirekte Beeinträchtigung genügt demnach.<sup>78</sup> Ein wie hier festgestellter „schwerwiegender Verstoß“ ist nicht erforderlich, ist aber umso schwerer zu widerlegen.

Hier wird es insbesondere darauf ankommen, darzulegen, dass die konkreten Regelungen nicht weniger eingreifend hätten ausgestaltet werden können (Erforderlichkeit, Verhältnismäßigkeit), um die grundsätzlich anzuerkennenden Rechtfertigungsgründe (u.a. Qualitätssicherung und Verbraucherschutz) zu erreichen. Die Darlegungs- und Beweislast liegen hier *de facto* weitgehend bei der Bundesregierung, die dazu auch auf Daten der Branche angewiesen sein dürfte.<sup>79</sup> In diesem Zusammenhang sollte beachtet werden, dass der EuGH Ende 2015 die Darlegungs- und Beweisforderungen für die Rechtfertigung von Eingriffen in die Grundfreiheiten erneut prä-

74 *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, 60. EL 2016, Art. 288 AEUV, Rn. 47 ff.

75 *Ibid.*

76 Aufforderungsschreiben der Kommission v. 19.6.2015, (Fn. 36), S. 8.

77 *Ibid.*

78 *Oppermann/Classen/Nettesheim*, (Fn. 30), § 22 Binnenmarkt, Rn. 9 ff.

79 EuGH, Rs. C-333/14, *Scotch Whiskey Association*, EU:C:2015:845, Rn. 54.

zisiert hat.<sup>80</sup> Eine reine Behauptung des Kausalzusammenhangs zwischen Mindesthonoraren und der Gewährleistung von hoher Qualität der jeweiligen Dienstleistung genüge nicht. Damit müssten in Sachen HOAI von der Bundesregierung Qualitätssicherung und Verbraucherschutz durch entsprechende Gutachten empirisch fundiert werden, um in einem gerichtlichen Verfahren Aussicht auf Erfolg zu haben.<sup>81</sup>

### III. Prüfungsreihenfolge der Kommission erscheint angreifbar

Eine dogmatische Schwierigkeit der bisherigen Argumentation der Kommission besteht darin, dass die Kommission zwar Verstöße sowohl gegen die Dienstleistungsrichtlinie, als auch gegen die Niederlassungsfreiheit rügt, die Dienstleistungsrichtlinie aber eine Konkretisierung dieser Grundfreiheiten darstellt und als Sekundärrecht vorrangig und insbesondere spezieller ist, da sie genau die Mindest- und Höchstsätze anspricht. Nach Prüfung der Dienstleistungsrichtlinie ist daher grundsätzlich der Schritt zu einer allgemeinen Prüfung der Grundfreiheiten verwehrt, da die Spezialität (*lex specialis*) der Dienstleistungsrichtlinie entgegensteht.<sup>82</sup>

Die Kommission scheint das Problem damit lösen zu wollen, indem sie zuerst die (allgemeine) Niederlassungsfreiheit prüft, aber das dürfte den Anforderungen der Rechtsprechung nicht gerecht werden.<sup>83</sup>

### F. Ausblick

Die HOAI besteht grundsätzlich bis zu einem rechtskräftigen Urteil des EuGH fort. Sollte der EuGH einen Verstoß gegen die Dienstleistungsrichtlinie annehmen, unterliegt Deutschland einer Umsetzungspflicht bezüglich der Feststellungen des Urteils.<sup>84</sup> Dies könnte durch die Aufhebung der Preisbindungsregeln unter Beibehaltung der übrigen Regelungen der HOAI geschehen. Ebenfalls denkbar sind Übergangsregelungen und -fristen. Sollte Deutschland das Urteil nicht oder nur unzureichend umsetzen, besteht für die Europäische Kommission die Möglichkeit, ein zweites Vertragsverletzungsverfahren einzuleiten und Sanktionen gegen Deutschland zu verhängen.<sup>85</sup>

Für künftige Verträge sollte bedacht werden, dass die HOAI möglicherweise nicht während der gesamten Abwicklung des Vertrages wirksam bleibt. Um Streitigkeiten vorzubeugen, kann deshalb eine Sicherungsklausel für den Fall der Aufhebung der HOAI in den Vertrag aufgenommen werden.

80 Ibid., Rn. 54 ff.

81 Siehe hierzu *Fuchs*, Verhältnismäßigkeit von Mindestpreisen – Segelanweisung für die Verteidigung der HOAI?, EuGH, Urteil vom 23.12.2015 – Rs. C-333/14, IBR 2016, S. 220.

82 *Oppermann/Classen/Nettesheim*, (Fn. 30), § 22 Binnenmarkt, Rn. 6.; *Eichenhofer*, in: *Daus*, (Fn. 16), Rn. 45 ff.

83 Aufforderungsschreiben der Kommission v. 19.6.2015, (Fn. 36), S. 8 ff.

84 Dies ergibt sich aus Art. 260 AEUV.

85 Art. 258 Abs. 2 AEUV.

Auch bereits vor Erlass des Urteils sind Auswirkungen auf Verträge denkbar und möglich. Denn Vorschriften des nationalen Rechts sind so weit wie möglich europarechtskonform auszulegen,<sup>86</sup> weshalb es nicht ausgeschlossen werden kann, dass sich Auftraggeber bei Planungsverträgen mit grenzüberschreitender Bedeutung bereits jetzt darauf berufen, dass die gesetzlich nicht definierten Ausnahmefälle für Mindestsatzunterschreitungen nach § 7 Abs. 3 HOAI entgegen der bisherigen Rechtsprechung europarechtskonform weit auszulegen sind.

Wichtig wird das Argument werden, wonach Art. 15 der Dienstleistungsrichtlinie nicht ohne weiteres auf reine Inlandssachverhalte anwendbar ist. Hier wird sich die Kommission vermutlich mit dem Kunstgriff aus der Affäre ziehen wollen, dass eine potenzielle Beschränkung der Niederlassungsfreiheit aufgrund der HOAI jedenfalls nicht ausgeschlossen werden kann. Dies müsste ebenfalls durch die Bundesregierung substantiiert bestritten werden, sodass die Kommission eine Darlegungslast für die mögliche Beschränkung erhält.

Gleichwohl wird die Bundesregierung in diesem Verfahren einen „*uphill battle*“ führen müssen, weil die Anforderungen der Rechtsprechung an potentiell mögliche Beschränkungen der Grundfreiheiten gering sind. Die Kommission bewegt sich auf recht sicherem Boden, wenn sie aufgrund der geltenden Rechtslage in Deutschland mehr oder weniger eine Vermutung der Beschränkung in den Raum stellt. Sollte der EuGH in der Preisbindung der HOAI einen Verstoß gegen das Unionsrecht feststellen, könnte dies möglicherweise auch Auswirkungen auf Preisregulierungen anderer freier Berufe haben.<sup>87</sup>

Es ist aus heutiger Sicht noch nicht abzuschätzen, ob die Kommission beispielsweise auch gegen die deutschen Honorarordnungen der Rechtsanwälte und Notare oder die Gebührenordnungen von Ärzten und Zahnärzten vorgehen wird.<sup>88</sup> Im Unterschied zum anhängigen HOAI-Verfahren dürfte jedoch zu bedenken sein, dass die Rechtfertigung einer potentiellen Grundfreiheitsbeschränkung in diesen Fällen bereits mit dem Argument des Verbraucherschutzes überzeugender gelingen könnte. Der Zusammenhang von Qualitätssicherung und Preisregulierung erscheint ebenfalls plausibler zu begründen als hinsichtlich der HOAI. Im Hinblick auf die Honorarordnungen der Rechtsanwälte und Notare dürfte überdies die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses und damit einen Rechtfertigungsgrund darstellen, so dass es letztlich auf die Ausgestaltung der konkreten Maßnahme vor dem Hintergrund des Verhältnismäßigkeitsprinzips ankommen dürfte.<sup>89</sup> Es bleibt also spannend, ob und wie sich die Kommission mit ihrem rechtspolitischen Ziel des frei(er)en Wettbewerbs im Bereich der freien Berufe durch-

86 *Streinz*, (Fn. 23), Rn. 626 betont, dass es sich hierbei nicht um eine Auslegungsmethode, sondern vielmehr um eine Folge der Rangordnung der Rechtsquellen handelt.

87 In diesem Sinne *Schröder*, (Fn. 9), S. 10, der betont, dass es auch für die Honorarordnungen anderer freier Berufe entscheidend sein wird, welches Spielräume zur Bestimmung des Schutzniveaus der EuGH den Mitgliedstaaten zuerkennt.

88 *Schäfer/Kleen/Riegler*, (Fn. 7), S. 3407 ff. zur möglichen Übertragbarkeit auf andere Gebührenordnungen.

89 *Ibid.*, S. 3408.

setzen wird und wie proaktiv sie dieses Ziel unter den gegenwärtig schwierigen integrationspolitischen Umständen verfolgen wird. Das laufende Vertragsverletzungsverfahren dürfte dabei nur eine, wenn auch wichtige Etappe darstellen.