

**Die Vereinbarkeit
der Mindest- und Höchstsätze
in der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI)
mit europäischem Recht**

Rechtsgutachten

erstellt im Auftrag

des Ausschusses der Verbände und Kammern der Ingenieure
und Architekten für die Honorarordnung e.V. (AHO),
der Bundesarchitektenkammer (BAK),
und der Bundesingenieurkammer (BIngK)

Brüssel,

Januar 2008



FRESHFIELDS BRUCKHAUS DERINGER

INHALTSVERZEICHNIS

A.	AUFGABENSTELLUNG UND ZUSAMMENFASSUNG	6
B.	EUROPARECHTSKONFORMITÄT DER MINDEST- UND HÖCHSTSÄTZE DER HOAI IN IHRER HEUTIGEN FASSUNG	10
I.	Prüfungsmaßstab	10
1.	Wirkung der Dienstleistungsrichtlinie vor Ablauf der Umsetzungsfrist	11
1.1	Entfaltet die Dienstleistungsrichtlinie bereits vor Ablauf der Umsetzungsfrist für die Mitgliedstaaten gewisse Vorwirkungen?	11
	a) <i>Allgemeine Vorwirkungen von Richtlinien</i>	11
	b) <i>Spezielle Vorwirkung des Art. 15 Abs. 6</i>	13
1.2	Sind Änderungen der HOAI während der Umsetzungsfrist zulässig?	13
	a) <i>Unterfallen Änderungen des bestehenden Rechts den in der DL-RL enthaltenen Prüfungs- und Notifizierungspflichten?</i>	13
	b) <i>Wäre eine Änderung der HOAI mit den allgemeinen Grundsätzen der Vorwirkung von Richtlinien vereinbar?</i>	14
	c) <i>Zwischenergebnis</i>	15
1.3	Kann die Kommission trotz der den Mitgliedstaaten zustehenden Umsetzungsfrist Vertragsverletzungsverfahren einleiten?	16
2.	Europarechtskonformität der Dienstleistungsrichtlinie	17
2.1	Welche Anforderungen stellt die Ermächtigungsgrundlage an die Dienstleistungsrichtlinie?	17
	<i>Welchen Harmonisierungsgrad bezweckt die Dienstleistungsrichtlinie im Hinblick auf die Niederlassungs- und die Dienstleistungsfreiheit?</i>	18
	<i>Welche primärrechtlichen Anforderungen bestehen an eine Totalharmonisierung?</i>	21
2.2	Sind die Regelungen der Dienstleistungsrichtlinie zur Dienstleistungsfreiheit mit dem Primärrecht und insbesondere mit den an eine Totalharmonisierung gestellten Anforderungen vereinbar?	23
	<i>Sicherstellung eines notwendigen Mindestmaßes an Verbraucherschutz durch die Dienstleistungsrichtlinie?</i>	24
	<i>Verstärkung der Nachteile grenzüberschreitend tätiger Dienstleistungserbringer nach den jeweiligen Regeln ihres Herkunftsstaates gegenüber den Dienstleistungserbringern im Aufnahmestaat</i>	26
	<i>Weniger effektive Kontrolle der Dienstleistungserbringer durch den Herkunftsstaat</i>	26
	<i>Keine sonstige Richtlinie mit einem vergleichbar weiten Regelungsansatz</i>	27
	<i>Zwischenergebnis</i>	28
2.3	Ergebnis	29

II.	Niederlassungsfreiheit	
1.	Schutzumfang der Niederlassungsfreiheit	31
1.1	Welche Tätigkeiten werden von der Niederlassungsfreiheit erfasst?	31
1.2	Welche Tätigkeiten werden von der Dienstleistungsfreiheit erfasst?	32
1.3	Wie werden die Niederlassungs- und die Dienstleistungsfreiheit voneinander abgegrenzt?	33
2.	Stellen die Mindest- und Höchstsätze der HOAI zu prüfende, nicht diskriminierende Anforderungen im Sinne des Artikels 15 Abs.2 DL-RL dar?	35
2.1	Unabdingbarkeit der Regelung	35
2.2	Grundsatz der Nicht-Diskriminierung	36
3.	Fallen die Honorarsätze der HOAI in den (auf de Marktzugangsregeln beschränkten) Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit?	36
3.1	Stellt die Niederlassungsfreiheit im Hinblick auf Berufsausübungsregeln ein Beschränkungsverbot oder ein reines Diskriminierungsverbot dar?	37
	<i>Mindestsätze der HOAI</i>	39
	<i>Höchstsätze der HOAI</i>	39
	<i>Zwischenergebnis</i>	40
3.2	Sind die Honorarsätze der HOAI vom Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit auszunehmen, da ihre Wirkungen auf den Marktzugang zu ungewiss und zu mittelbar sind?	40
	<i>Wirkung der Mindest- und Höchstsätze der HOAI auf den Marktzugang</i>	42
	- Reputation und Erfahrung des Anbieters sind entscheidend	42
	- Geringer Anteile der Honorarkosten an den Baukosten	43
	- Kaum grenzüberschreitender Verkehr	43
	- Marktzugangshindernisse sind in erster Linie die unterschiedlichen Rechtssysteme und Landessprachen sowie divergierende Ausbildungsstandards	44
	<i>Zwischenergebnis</i>	46
3.3	Ergebnis	46
4.	Können die der Mindest- und Höchstsätze der HOAI durch einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses gerechtfertigt werden?	47
4.1	Rechtfertigung der Mindestsätze der HOAI	47
4.1.1	Aufrechterhaltung eines hohen Qualitätsniveaus zum Schutz der Verbraucher und Dienstleistungsnutzer	48
4.1.1.1	Eignung der Mindestsätze zur Zielerreichung	49
	a) <i>Gewährleistung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Anbieter als unverzichtbare Grundlage für qualitätvolle Arbeit</i>	50
	b) <i>Angemessener Ausgleich für die Berücksichtigung öffentlicher Belange</i>	52
	c) <i>Angemessener Ausgleich für ein erhöhtes Haftungsrisiko</i>	52
	d) <i>Gefahr eines qualitätsbeeinträchtigenden Wettbewerbes zulasten der Verbraucher</i>	53
	e) <i>Treuhandverhältnis zwischen Auftraggeber und Dienstleistungserbringer</i>	54
	f) <i>Asymmetrie der Information zwischen Anbieter und Verbraucher bzw. Dienstleistungsnehmer</i>	55
	g) <i>Zusammenhang zwischen Preis und Qualität als dem Vergaberecht zugrundeliegender Rechtsgedanke</i>	55
	h) <i>Keine Nachteile für den Kunden durch die verbindliche Anwendung von Mindestsätzen</i>	56
	i) <i>Zwischenergebnis</i>	57



4.1.1.2	Erforderlichkeit der Mindestsätze zur Zielerreichung	57
a)	<i>Kein ausreichender Schutz durch ein Berufsausübungsrecht, durch die Kontrolle des Berufszuganges und durch Berufsausübungsregeln</i>	59
b)	<i>Festlegung von Leistungsbildern ohne Verknüpfung mit Mindestsätzen ist zur Zielerreichung nicht gleichermassen geeignet</i>	61
c)	<i>Kein ausreichender Schutz über das Haftungsrecht</i>	61
d)	<i>Vergleich zu Regelungen in anderen Mitgliedstaaten</i>	62
e)	<i>Zwischenergebnis</i>	63
4.1.2	Schutz der Verbraucher und der Dienstleistungsnutzer vor Missbrauch bei der Honorarabrechnung	63
4.1.3	Sonstige Rechtfertigungsgründe	63
4.1.3.1	Öffentliche Sicherheit, Ordnung und Gesundheit	64
	<i>Öffentliche Ordnung</i>	64
	<i>Öffentliche Sicherheit</i>	65
	<i>Öffentliche Gesundheit</i>	66
4.1.3.2	Schutz der Umwelt	66
4.1.3.3	Sicherung der Baukultur	67
4.1.4	Ergebnis zur Prüfung der Rechtfertigung der Mindestsätze der HOAI	67
4.2	Rechtfertigung der Höchstsätze der HOAI	67
4.2.1	Schutz der Verbraucher und Dienstleistungsnutzer durch die Begrenzung der Baukosten und des Mietanstieges	68
a)	<i>Eignung der Höchstsätze zur Zielerreichung</i>	68
b)	<i>Erforderlichkeit der Höchstsätze zur Zielerreichung</i>	69
4.2.2	Schutz der Verbraucher und der Dienstleistungsnutzer vor Missbrauch bei der Honorarabrechnung	69
a)	<i>Eignung der Höchstsätze zur Zielerreichung</i>	69
b)	<i>Erforderlichkeit der Höchstsätze zur Zielerreichung</i>	70
-	Kein ausreichender Schutz durch die Möglichkeit zur Beanstandung überhöhter Honorare	70
-	Kein ausreichender Schutz durch vorherige Unterrichtung über die Art und Weise der Honorarberechnung	72
-	Kein ausreichender Schutz durch die Schaffung eines Leistungskataloges	73
-	Zwischenergebnis	73
4.2.3	Ergebnis zur Prüfung der Rechtfertigung der Höchstsätze der HOAI	74
5.	Ergebnis zur Vereinbarkeit der Mindest- und Höchstsätzen der HOAI mit der Niederlassungsfreiheit	74



III.	Dienstleistungsfreiheit	75
1.	Vereinbarkeit der Mindest- und Höchstsätze der HOAI mit dem geltendem Wortlaut des Artikels 16 Abs.1 DL-RL	75
1.1	Honorarsätze der HOAI als Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit	75
a)	<i>Mindestsätze</i>	75
b)	<i>Höchstsätze</i>	76
c)	<i>Sind die Honorarsätze der HOAI vom Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit auszunehmen, da ihre Wirkungen auf den Marktzugang zu ungewiss und zu unmittelbar sind?</i>	77
d)	<i>Zwischenergebnis</i>	77
1.2	Rechtfertigung der Honorarsätze der HOAI	78
1.3	Ergebnis	78
2.	Zulässigkeit der Mindest- und Höchstsätze der HOAI bei korrigierender Auslegung des Artikels 16 Abs.1 DL-RL	79
C.	EUROPARECHTSKONFORMITÄT DER MINDEST- UND HÖCHSTSÄTZE DER HOAI IN DER DURCH DAS BUNDESWIRTSCHAFTSMINISTERIUM GEPLANTEN NEUFASSUNG	80
I.	Begrenzung des Anwendungsbereiches der HOAI durch die Absenkung der Tafelendwerte	80
II.	Vereinfachung des bestehenden Regelwerkes durch die Begrenzung der Leistungsphasen	81
III.	Ergebnis	81
D.	EUROPARECHTSKONFORMITÄT UND VERFASSUNGSMÄßIGKEIT EINER NUR AUF INLÄNDER ANWENDBAREN HOAI	81
I.	Vereinbarkeit der Inländerdiskriminierung mit dem Europarecht	82
1.	Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot	82
2.	Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit	82
3.	Verstoß gegen die Dienstleistungsrichtlinie	82
4.	Ergebnis	83
II.	Vereinbarkeit der Inländerdiskriminierung mit dem deutschen Verfassungsrecht	83
1.	Verstoß gegen die Berufsfreiheit	83
2.	Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz	86
III.	Ergebnis	88

* * *

A. AUFGABENSTELLUNG UND ZUSAMMENFASSUNG

Aufgabenstellung des Gutachtens ist die Untersuchung der Vereinbarkeit der Mindest- und Höchstsätze in der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (*HOAI*) mit europäischem Recht.

1. Sind Änderungen der HOAI während der Umsetzungsfrist zulässig?

1.1 Anpassung der Honorarsätze bis Ablauf der Umsetzungsfrist der DL-RL

Eine Anpassung der Honorarsätze vor Ablauf der Umsetzungsfrist der DL-RL wäre sowohl mit dem EG-Vertrag als auch mit der Richtlinie selbst vereinbar. (s. Seite 16)

Eine Erhöhung der Honorarsätze würde keine „neue Anforderung“ gemäß Artikel 15 Abs.2 lit.g DL-RL darstellen. (s. Seite 14)

Im Hinblick auf eine mögliche Erhöhung der Honorarsätze bestehen keine durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Eine in der Umsetzungsfrist noch vorgenommene Anpassung der seit vielen Jahren unveränderten Honorarsätze an die zwischenzeitliche Entwicklung der Lebenshaltungskosten läßt sich kaum als unvereinbar mit den Zielen der Richtlinie darstellen. Anderes dürfte nur gelten, wenn die Honorarsätze in einer Art und Weise oder in einem Ausmaß geändert würden, welches die Intensität der damit möglicherweise verbundenen Beschränkung deutlich erhöht. Hiervor ist aber bei den derzeit diskutierten Vorschlägen nicht die Rede. (s. Seite 15)

1.2 Erhöhung der Tafelendwerte

Eine Erhöhung der Tafelendwerte, die den Anwendungsbereich der in der HOAI vorgesehenen Mindest- und Höchstsätze ausweiten würde, wäre hingegen mit Blick auf Art. 15 Abs. 6 DL-RL und allgemeine Grundsätze des EG-Rechts starken Bedenken ausgesetzt. (Seite 15)

1.3 Kein Vertragsverletzungsverfahren

Die Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens gegen die Bundesrepublik Deutschland wegen Aufrechterhaltung oder Modifizierung der HOAI bis Ende der Umsetzungsfrist der Richtlinie ist mit Blick auf die Berichtspflicht der Mitgliedstaaten gegenüber der Kommission praktisch äußerst unwahrscheinlich. (s. Seite 17)

2. Sind die Mindest- und Höchstsätze der HOAI in ihrer derzeitigen Fassung mit dem Europarecht, insbesondere mit der Dienstleistungsrichtlinie und dem EG-Vertrag vereinbar?

Die Mindest- und Höchstsätze der HOAI sind mit der Niederlassungsfreiheit vereinbar, wenn man davon ausgeht, dass die zwingenden Honorarsätze in verhältnismäßiger Weise Verbraucherschützende Ziele verfolgen. Dies läßt sich mit guten Gründen vertreten. Mit der Dienstleistungsfreiheit ist die HOAI vereinbar, wenn man die in der DL-RL vorgenommene Beschränkung der Rechtfertigungsgründe als EG-vertragsrechtswidrig ansieht und in korrigierender Auslegung der Richtlinie auch den Verbraucherschutz als Rechtfertigungsgrund anerkennt. (Seite 7)

2.1 *Niederlassungsfreiheit*

Die in der DL-RL enthaltenen Vorschriften zur Niederlassungsfreiheit spiegeln lediglich den bisherigen Stand des Gemeinschaftsrechts wider und führen materiell zu keiner Veränderung des schon bisher unmittelbar kraft EG-Vertrag geltenden Rechtsrahmens. (s. Seite 20)

Im Ergebnis lassen sich gute Gründe dafür anführen, dass die Mindest- und Höchstsätze der HOAI mit der Niederlassungsfreiheit vereinbar sind.

Zum einen stellt sich die Frage, ob die Honorarsätze der HOAI bereits aufgrund ihrer zu mittelbaren bzw. zu ungewissen Wirkung auf dem Marktzugang überhaupt als Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit einzustufen sind. In der Praxis haben die in der HOAI enthaltenen Mindest- und Höchstsätze aus einer Reihe von Gründen keine Auswirkung auf die Niederlassungsentscheidung von EG-Ausländern. Vor diesem Hintergrund liegt die Schlussfolgerung nahe, dass die Honorarsätze aufgrund ihrer zu mittelbaren bzw. zu ungewissen Wirkung auf den Marktzugang in primärrechtskonformer Auslegung des Artikels 15 Abs. 2 lit. g der DL-RL nicht als Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit einzustufen sind. (s. Seite 47)

Zum anderen lassen sich die Honorarsätze mit guten Gründen unter dem Gesichtspunkt des Schutzes der Verbraucher und der Dienstleistungsempfänger rechtfertigen (s. Seite 75). Insoweit gilt, dass die Mindestsätze der HOAI zum Schutz der genannten Personengruppen die Aufrechterhaltung eines hohen Qualitätsniveaus sicherstellen, während die Höchstsätze zur Begrenzung der Baukosten und des Mietanstieges beitragen und dem Missbrauch bei der Honorarabrechnung vorbeugen.

2.2 *Dienstleistungsfreiheit*

Die in Kapitel IV der DL-RL behandelte Dienstleistungsfreiheit wird hingegen durch die Richtlinie in deren Anwendungsbereich neu geregelt: (s. Seite 20). Als vom EG-Vertrag (sog. Primärrecht) abgeleitetes Recht (sog. Sekundärrecht) ist die DL-RL nur dann als Prüfungsmaßstab für die Europarechtskonformität der Mindest- und Höchstsätze der HOAI heranzuziehen, wenn sie mit dem EG-Vertrag in Einklang steht. (s. Seite 18)

Für die Vereinbarkeit der Honorarsätze der HOAI im Hinblick auf die Dienstleistungsfreiheit gilt daher folgendes.

2.2.1 Bezüglich des Vorliegens einer Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit gelten ähnliche Überlegungen wie für die Niederlassungsfreiheit: Das Vorliegen einer Beschränkung läßt sich verneinen.

2.2.2 Geht man vom Vorliegen einer durch die HOAI verursachten Beschränkung des Dienstleistungsverkehrs aus, so ist die Rechtfertigung dieser Beschränkung zu prüfen. Insoweit hat allerdings die DL-RL den zuvor bestehenden Rechtfertigungsgrund des Verbraucherschutzes für die Zukunft gezielt ausgeschlossen und damit den Rechtfertigungsspielraum der Mitgliedstaaten wesentlich eingeschränkt. Nach Artikel 16 DL-RL kann nunmehr zur Rechtfertigung mitgliedstaatlicher Beschränkungen allein noch auf die Gesichtspunkte der öffentlichen Ordnung, der öffentlichen Sicherheit und der öffentlichen Gesundheit sowie des Umweltschutzes zurückgegriffen werden. Mit diesen Zielen läßt sich indessen eine etwaige in der HOAI liegende Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit nur schwer rechtfertigen.

Die Zulässigkeit der Beschneidung der Rechtfertigungsgründe ist jedoch erheblichen Bedenken ausgesetzt. Grundsätzlich ist der europäische Gesetzgeber zwar zu einer solchen Einengung der Rechtfertigungsgründe befugt. Jedoch ist er gehalten, zum Ausgleich gleichzeitig eine Mindestharmonisierung des davon betroffenen Sachrechts vorzunehmen, um so die Aufrechterhaltung eines gewissen Schutzniveaus sicherzustellen. Dass eine in diesem Sinne hinreichende Sachrechtsharmonisierung im Hinblick auf den Verbraucherschutz in den Regelungen der DL-RL vorgenommen wurde, ist indessen mit beachtlichen Gründen zu bezweifeln. Danach wäre Artikel 16 DL-RL nicht mit dem EG-Vertrag vereinbar, verstieße also gegen höherrangiges Recht. Im Wege der primärrechtskonformen Auslegung müsste dann die RL um den in der Rechtsprechung entwickelten Rechtfertigungsgrund des Verbraucherschutzes erweitert werden. Damit stünde, wie im Bereich der Niederlassungsfreiheit, der Schutz der Verbraucher und Dienstleistungsempfänger nach wie vor als potentieller Rechtfertigungsgrund der Honorarsätze der HOAI zur Verfügung. (Seite 9)

3. Führt die geplante Novellierung durch die Bundesregierung zu einer Verbesserung der „Europafestigkeit“ der HOAI?

Kern der vom Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit geplanten Novellierung der HOAI ist die Begrenzung ihres Anwendungsbereiches auf kleinere Bauvorhaben durch die Absenkung der Tafelendwerte sowie die grundsätzliche Vereinfachung der bestehenden Regelungen, unter anderem durch die Begrenzung des Anwendungsbereichs der HOAI auf weniger Leistungsphasen, um die HOAI „europatauglich“ zu machen. (s. Seite 81)

Weder die Absenkung der Tafelendwerte noch die Begrenzung der Leistungsphasen noch der Wegfall der Beratungsleistungen können zu einer geänderten europarechtlichen Bewertung der HOAI führen. Vielmehr begrenzen die geplanten Änderungen lediglich den sachlichen Anwendungsbereich der Honorarsätze der HOAI, ohne jedoch im verbleibenden Anwendungsbereich eine verbesserte Europarechtskonformität der HOAI zu erreichen.

4. Wäre eine Beschränkung der Anwendbarkeit der HOAI auf Inländer europa- und verfassungsrechtlich zulässig?

Eine nur für Inländer geltende HOAI ist aus europarechtlicher Sicht unbedenklich, da das Diskriminierungsverbot, die Dienstleistungsfreiheit und die Regelungen der DL-RL auf rein innerstaatliche Sachverhalte nicht anwendbar sind.

Im Hinblick auf das deutsche Verfassungsrecht, insbesondere auf die Berufsfreiheit und den Gleichheitsgrundsatz, lässt sich eine solche Ungleichbehandlung aus den genannten Gründen rechtfertigen.

B. EUROPARECHTSKONFORMITÄT DER MINDEST- UND HÖCHSTSÄTZE DER HOAI IN IHRER HEUTIGEN FASSUNG

I. Prüfungsmaßstab

Prüfungsmaßstab für Mindest- und Höchstsätzen in den Honorarordnungen freier Berufe ist seit Ende 2006 die Richtlinie 2006/123/EG über Dienstleistungen im Binnenmarkt¹ (*DL-RL*).

Vor dem Erlass der DL-RL wurden allein die im EG-Vertrag (*EG*) enthaltenen Bestimmungen zur Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit (Art.43-48 EG und Art.49-55 EG) zur Prüfung der Europarechtskonformität von Mindest- und Höchstsätzen in mitgliedstaatlichen Honorarordnungen herangezogen. Diese abstrakt und kurz gefassten Regelungen waren im Laufe der Jahrzehnte Gegenstand zahlreicher Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof (*EuGH*), die der Niederlassungsfreiheit und Dienstleistungsfreiheit nach und nach zu einer klareren Gestalt verholfen haben. Der EuGH hat dadurch im Rahmen der ihm nach Artikel 220 EG zugewiesenen Aufgabe der Rechtsfortbildung und Rechtsgewinnung eine umfangreiche Kasuistik geschaffen, an der sich alle auf nationaler Ebene erlassenen Regelungen mit grenzüberschreitender Bedeutung fortlaufend messen lassen müssen.

Trotz der vom EuGH geschaffenen Vorgaben an die Gestaltung nationaler Regelungen im Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit und Dienstleistungsfreiheit hat sich mittlerweile gezeigt, dass die Verwirklichung des angestrebten integrierten Binnenmarktes noch weit von der Wirklichkeit entfernt ist. Die DL-RL, deren Regelungen im Folgenden näher erläutert werden, versucht daher, die Erreichung dieses Ziels mit einem neuen Ansatz zu beschleunigen. Statt wie bisher durch reaktive Gerichts- und Vertragsverletzungsverfahren Druck auf die Mitgliedsstaaten zur Anpassung ihrer Rechtsordnung auszuüben, ist das erklärte Ziel der DL-RL nunmehr, die die Vollendung des Binnenmarktes weiterhin hemmenden Faktoren durch proaktive Regulierung abzubauen.²

¹ Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt vom 12. Dezember 2006, in Kraft getreten am 28. Dezember 2006, ABIEU Nr. L 376 vom 27.12.2006, S.6.

² Sechster Erwägungsgrund der DL-RL: „Diese Beschränkungen können nicht allein durch die direkte Anwendung der Artikel 43 und 49 des Vertrages beseitigt werden, weil – insbesondere nach der Erweiterung – die Handhabung von Fall zu Fall im Rahmen von Vertragsverletzungsverfahren sowohl für die nationalen als auch für die gemeinschaftlichen Organe äußerst kompliziert wäre; außerdem können zahlreiche Beschränkungen nur im Wege der vorherigen Koordinierung der nationalen Regelungen beseitigt werden, einschließlich der Einführung einer Verwaltungszusammenarbeit. Wie vom Europäischen Parlament und vom Rat anerkannt wurde,

Da europäische Richtlinien in den nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten keine unmittelbare Geltung entfalten und einer Umsetzung durch die Mitgliedstaaten bedürfen, stellt sich zunächst die Frage, ob die DL-RL vor Ablauf der Umsetzungsfrist überhaupt verbindlich ist (siehe 1.). Prüfungsmaßstab für mitgliedstaatliche Regelungen ist sie zudem nur dann, wenn sie als vom EG-Vertrag abgeleitetes Recht mit diesem vereinbar ist. (siehe 2.).

1. Wirkung der Dienstleistungsrichtlinie vor Ablauf der Umsetzungsfrist

Als Richtlinie ist die DL-RL im Unterschied zu großen Teilen des EG-Vertrages kein unmittelbar geltendes Recht, sondern muss erst von den Mitgliedstaaten in nationales Recht umgesetzt werden. Wenngleich viele nationale Gesetzgeber dazu neigen, die Vorgaben wortgetreu in ihr jeweiliges Regelungswerk zu übernehmen, ist allein das mit der Richtlinie bezweckte Ziel für sie verbindlich,³ während die Wahl der Form und der Mittel den Mitgliedstaaten vorbehalten bleibt.

Nach Art. 44 Abs. 1 der DL-RL haben die Mitgliedstaaten und damit auch der deutsche Gesetzgeber die Richtlinie bis spätestens zum 28. Dezember 2009 in nationales Recht umzusetzen.

Aus der den Mitgliedstaaten eingeräumten Umsetzungsfrist ergeben sich drei Fragen, die im Folgenden näher beleuchtet werden sollen: (i) die „Vorwirkung“ der DL-RL vor Ablauf der Umsetzungsfrist, (ii) die Zulässigkeit von Änderungen des bestehenden Rechts und (iii) die Frage nach der Möglichkeit und Wahrscheinlichkeit von Vertragsverletzungsverfahren während der Umsetzungsfrist.

1.1 Entfaltet die Dienstleistungsrichtlinie bereits vor Ablauf der Umsetzungsfrist für die Mitgliedstaaten gewisse Vorwirkungen?

a) Allgemeine Vorwirkung von Richtlinien

Richtlinien entfalten zwar bereits vor dem Ablauf der Umsetzungsfrist eine gewisse Vorwirkung, die sich jedoch nur auf Änderungen des bestehenden nationalen Rechts und nicht auf die Untätigkeit des nationalen Gesetzgebers bezieht. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH soll die Umsetzungsfrist „den Mitgliedstaaten insbesondere die für den Erlass der Umsetzungsmaßnahmen erforderliche Zeit geben

ermöglicht ein gemeinschaftliches Rechtsinstrument die Schaffung eines wirklichen Binnenmarktes für Dienstleistungen.“

³ Das „Ziel“ meint das von der Richtlinie bezweckte Ergebnis. Siehe EuGH, Rs. C-14/83 – *Von Colson/Land NRW*.

[...], (so dass) ihnen kein Vorwurf gemacht werden (kann), wenn sie die Richtlinie nicht vor Ablauf dieser Frist in ihre Rechtsordnung umsetzen.“⁴

Fraglich ist, ob der nationale Gesetzgeber berechtigt ist, während der Umsetzungsfrist Änderungen des bestehenden Rechts, wie z.B. die von der BAK, der BInGK und dem AHO für erforderlich gehaltene Erhöhung der Tafelendwerte, vorzunehmen.

Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH sind Änderungen des bestehenden nationalen Rechts, welches in den Anwendungsbereich der Richtlinie fällt, zwar möglich, jedoch gewissen Beschränkungen im Hinblick auf die Zielrichtung der Richtlinie unterworfen. Danach ist den Mitgliedstaaten bereits während des Umsetzungszeitraumes untersagt, dem Inhalt der jeweiligen Richtlinie widersprechende Vorschriften zu erlassen, „die geeignet sind, das in dieser Richtlinie vorgeschriebene Ziel ernstlich in Frage zu stellen.“⁵ Dieser Grundsatz wird in erster Linie aus dem in Artikel 10 EG verankerten Loyalitätsprinzips abgeleitet, jedoch folgt die Verpflichtung zur Beachtung der Ziele der Richtlinie auch aus deren Verbindlichkeitsanspruch und damit aus dem in Artikel 249 Abs. 3 EG verankerten Vorrang, der gemäß Artikel 254 Abs. 2 EG bereits ab Inkrafttreten der Richtlinie Wirkung entfaltet.⁶

Ob eine Vorschrift mit den Zielen der Richtlinie in Widerspruch steht, war nach der ursprünglichen Rechtsprechung des EuGH vorrangig danach zu beurteilen, ob sich die betreffende Vorschrift unter Berücksichtigung der konkreten Folgen ihrer Anwendung und ihrer Geltungsdauer als eine vollständige Umsetzung der Richtlinie darstellt.⁷ In seiner jüngeren Rechtsprechung hat der EuGH dagegen nicht mehr geprüft, ob die nach Inkrafttreten der betreffenden Richtlinie erlassene streitgegenständliche Regelung des nationalen Rechts deren Umsetzung bezweckt oder nicht.⁸ Vielmehr hat sich der EuGH in der Rs. *Mangold* dahingehend geäußert, dass auch befristete Neuregelungen, die vor dem Ablauf der Umsetzungsfrist außer Kraft treten sollen, von der Vorwirkung der Richtlinie und dem Verbot, mit ihren Zielen in Widerspruch zu treten, erfasst werden sollen.⁹

⁴ EuGH, Rs. C-129/96 – *Inter-Environnement Wallonie*, Rn.43.

⁵ EuGH, Rs. C-129/96 – *Inter-Environnement Wallonie*, Rn.45.

⁶ Schroeder: in Streinz, Artikel 249 EG, Rn.83.

⁷ EuGH, Rs. C-129/96 – *Inter-Environnement Wallonie*, Rn.47.

⁸ EuGH, C-14/02 – *ATRAL*, Rn.58-59; EuGH, Rs. C-144/04 – *Mangold*, Rn.68.

⁹ EuGH, Rs. C-144/04 – *Mangold*, Rn.67ff.

b) *Spezielle Vorwirkung des Art. 15 Abs. 6*

Die DL-RL enthält in Art. 15 Abs. 6 eine spezielle Regelung zur Vorwirkung. Danach dürfen die Mitgliedstaaten ab dem 28. Dezember 2006 keine neuen Beschränkungen des Dienstleistungsverkehrs mehr einführen, es sei denn, diese Beschränkungen sind nach allgemeinen Grundsätzen rechtfertigbar. Zudem müssen die Mitgliedstaaten der Europäischen Kommission (*Kommission*) alle nach dem 28.12.2006 neu eingeführten Beschränkungen gemäß Art. 15 Abs. 7 DL-RL mitteilen, was die Mitgliedstaaten allerdings nicht am Erlaß der entsprechenden Vorschriften hindert.

1.2 Sind Änderungen der HOAI während der Umsetzungsfrist zulässig?

Es stellt sich auf dieser Grundlage die Frage, ob Änderungen der HOAI und insbesondere eine Anpassung der Honorarsätze und Tafelendwerte EG-rechtlich zulässig wären. Hierbei ist zunächst zu prüfen, ob Änderungen des bestehenden Rechts der Einführung neuer Anforderungen gleichzustellen sind und damit den in Artikel 15 Abs. 6 DL-RL verankerten Verbot der Einführung neuer Beschränkungen unterfallen. Sodann ist die Zulässigkeit der etwaigen Änderungen an den allgemeinen Grundsätzen der Vorfeldwirkung von Richtlinien während der Umsetzungsfrist zu messen.¹⁰

a) *Unterfallen Änderungen des bestehenden Rechts den in der DL-RL enthaltenen Verbot der Einführung neuer Beschränkungen?*

Nach Artikel 15 Abs. 6 DL-RL dürfen die Mitgliedstaaten im Bereich der Niederlassungsfreiheit bereits während der Umsetzungsfrist nur dann neue Anforderungen einführen, wenn diese im Einklang mit den in Artikel 15 Abs. 3 aufgeführten Bedingungen stehen. Derartige Neuregelungen sind gemäß Artikel 15 Abs. 7 DL-RL zudem gegenüber der Kommission notifizierungspflichtig, damit diese sich von der Europarechtskonformität der Vorschriften überzeugen und den Mitgliedstaat bei abweichender Auffassung gegebenenfalls zur Aufhebung auffordern kann.

Die in der HOAI enthaltenen Mindest- und Höchstonorarsätze werden gemäß Artikel 15 Abs.2 lit.g DL-RL ausdrücklich als Anforderungen an die Aufnahme oder Ausübung von Dienstleistungstätigkeiten eingestuft. Fraglich ist indessen, ob es sich

¹⁰ Von dieser Frage unberührt bleibt in jedem Fall die Notifizierungspflicht nach Artikel 15 Abs.5 DL-RL für all jene Vorschriften im Anwendungsbereich der Richtlinie, die der betreffende Mitgliedstaat beizubehalten beabsichtigt. Diese müssen der Kommission im Rahmen der gemäß Artikel 39 DL-RL vorgesehen gegenseitigen Evaluierung bis spätestens zum 28. Dezember 2009 in Berichtsform vorgelegt werden.

bei der von der Praxis für erforderlich gehaltenen Erhöhung der Honorarsätze und der Tafelendwerte um die Einführung „neuer“ Anforderungen handelt.

Eine *Erhöhung der Honorarsätze* würde keine solche „neue Anforderung“ darstellen. Mindest- und Höchstsätze bestehen bereits in der aktuell geltenden HOAI. Die Anpassung dieser Sätze wäre lediglich eine inhaltliche Änderung einer bereits existierenden „Anforderung“, nicht hingegen die „Einführung“ einer „neuen“ Anforderung.

Eine *Erhöhung der Tafelendwerte* hätte die Ausweitung des sachlichen Anwendungsbereiches der HOAI zur Folge. Hierdurch würden mehr Dienstleistungen als bisher in den Anwendungsbereich der HOAI und damit auch der Mindest- und Höchstsätze fallen. Eine solche Novellierung der HOAI liefe demnach ein höheres Risiko, als mit Art. 15 Abs. 6 DL-RL unvereinbar angesehen zu werden. Indessen läßt sich auch hier argumentieren, daß die begrenzte inhaltliche Ausweitung einer existierenden Anforderung etwas anderes darstellt als die Einführung einer „neuen“ Anforderung, da die Regelungsintensität beider Maßnahmen eine völlig andere ist.

b) *Wäre eine Änderung der HOAI mit den allgemeinen Grundsätzen der Vorwirkung von Richtlinien vereinbar?*

Unabhängig von den für den Bereich der Niederlassungsfreiheit in der DL-RL aufgestellten speziellen Anforderungen ist zu prüfen, ob eine Änderung der HOAI auch nach den vom EuGH entwickelten allgemeinen Grundsätzen zulässig ist. Wie bereits dargelegt, dürfen auch Änderungen des bestehenden Rechts während der Umsetzungsfrist die Erreichung der Ziele der Richtlinie nicht ernsthaft in Frage stellen.¹¹

Im Hinblick auf eine mögliche *Erhöhung der Honorarsätze* bestehen keine durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Eine in der Umsetzungsfrist noch vorgenommene Anpassung der seit vielen Jahren unveränderten Honorarsätze an die zwischenzeitliche Entwicklung der Lebenshaltungskosten läßt sich kaum als unvereinbar mit den Zielen der Richtlinie darstellen. Anderes dürfte nur gelten, wenn die Honorarsätze in einer Art und Weise oder in einem Ausmaß geändert würden, welches die Intensität der damit möglicherweise verbundenen Beschränkung deutlich erhöht. Hiervor ist aber bei den Vorschlägen der Verbände nicht die Rede.

Ob die *Erhöhung der Tafelendwerte* in der HOAI während der Umsetzungsfrist zulässig ist, hängt in erster Linie von der Europarechtskonformität der Mindest- und

¹¹ EuGH, Rs. C-129/96 – *Inter-Environnement Wallonie*, Rn.45; EuGH, Rs. C-144/04 – *Mangold*, Rn.67ff; siehe auch Stellungnahme des Generalanwaltes Jacobs in der Rs. C-316/04 – *Stichting Zuid-Hollandse Milieufederatie*, Rn.54ff.

Höchstsätze der HOAI ab. Denn durch eine solche Änderung würde der Anwendungsbereich dieser Honorarsätze erweitert.

Hält man die Mindest- und Höchstsätze für mit der DL-RL und dem EG-Vertrag vereinbar, so steht die Ausweitung des sachlichen Anwendungsbereiches der HOAI dem Ziel der Richtlinie, Hindernisse für die Entwicklung grenzüberschreitender Dienstleistungstätigkeiten abzubauen und so die Schaffung eines wirklichen Binnenmarktes für Dienstleistungen bis zum Jahr 2010 zu gewährleisten,¹² nicht entgegen.

Sofern man die Mindest- und Höchstsätze der HOAI dagegen als nicht mit dem Europarecht vereinbar ansieht, wäre die Ausweitung ihres Anwendungsbereichs während der Umsetzungsfrist bei Zugrundelegung der vom EuGH entwickelten Grundsätze EG-rechtlich zumindest als zweifelhaft zu bewerten. Die Umsetzungsfrist gewährt den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, schrittweise konkrete Maßnahmen zu ergreifen, um die nationalen Vorschriften dem in der Richtlinie vorgeschriebenen Ergebnis anzunähern. In der Rs. *Mangold* hat der EuGH dazu festgestellt, dass dieser Verpflichtung „jegliche praktische Wirksamkeit genommen (würde), wenn es dem Mitgliedstaat gestattet wäre, während der Frist zur Umsetzung der Richtlinie Maßnahmen zu erlassen, die mit deren Zielen unvereinbar sind.“¹³ Eine Erhöhung der Tafelendwerte würde demnach bei Annahme der Europarechtswidrigkeit der Honorarsätze im Gegensatz zu dem von der DL-RL verfolgten Ziel weitergehende Hindernisse für den grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehr schaffen. Auch eine auf den Zeitraum der Umsetzungsfrist befristete Erhöhung der Tafelendwerte stellt in Anbetracht der eindeutigen Absage des EuGH an eine solche Übergangslösung in der Rs. *Mangold* wohl keine gangbare Alternative dar.

c) *Zwischenergebnis*

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass eine Anpassung der Honorarsätze während der Umsetzungsfrist der DL-RL mit der Richtlinie und mit allgemeinem EG-Recht vereinbar wäre.

Eine Erhöhung der Tafelendwerte, die den Anwendungsbereich der in der HOAI vorgesehenen Mindest- und Höchstsätze ausweiten würde, wäre hingegen mit Blick auf Art. 15 Abs. 6 DL-RL und allgemeine Grundsätze des EG-Rechts starken Bedenken ausgesetzt.

¹² Insbesondere dritter, fünfter und siebenter Erwägungsgrund der DL-RL.

¹³ EuGH, Rs. C-144/04 – *Mangold*, Rn.72.

1.3 Kann die Kommission trotz der den Mitgliedstaaten zustehenden Umsetzungsfrist Vertragsverletzungsverfahren einleiten?

Auch wenn die DL-RL den Mitgliedsstaaten die bei Richtlinien übliche Umsetzungsfrist von drei Jahren einräumt, hindert dies die Kommission nicht daran, vor Ablauf dieser Frist Vertragsverletzungsverfahren gegen einzelne Mitgliedsstaaten einzuleiten, wenn sie durch Beschwerden oder auf andere Art und Weise Kenntnis von Vertragsverstößen erhält.¹⁴ Dies folgt bereits aus der unterschiedlichen Zielrichtung beider Instrumente: Während sich das Vertragsverletzungsverfahren als repressives Kontrollinstrument auf bestimmte Einzelfälle und spezifische mitgliedstaatliche Maßnahmen bezieht, soll die DL-RL die Übereinstimmung der nationalen Rechtsordnungen mit den Grundsätzen des Binnenmarktes in genereller und systematischer Art und Weise sicherstellen. Vor allem aber schränkt die Richtlinie in keiner Weise die rechtlichen Befugnisse (und Pflichten) der Kommission ein, die sich unmittelbar aus dem höherrangigem EG-Vertrag ergeben.

Mit der DL-RL hat die Kommission allerdings ein neues Instrument geschaffen, mit dem sie die Abschaffung von EG-rechtswidrigen Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit und der Niederlassungsfreiheit in effektiverer und systematischerer Form als durch das eher schwerfällige Vertragsverletzungsverfahren erreichen möchte. Zu dem Instrumentarium der DL-RL gehört insbesondere auch das Evaluierungsverfahren des Art. 39 DL-RL, wonach die Mitgliedstaaten die Kommission über sämtliche potentielle Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit und der Niederlassungsfreiheit in einer umfassenden Stellungnahme zu berichten haben. Dieser Bericht ist von jedem Mitgliedstaat bis Ende 2009 bei der Kommission einzureichen. Diese hat sodann bis Ende 2010 dem Europäischen Rat zu berichten. Es erscheint vor diesem Hintergrund äußerst unwahrscheinlich, daß die Kommission im Vorfeld dieser Berichtspflichten noch spezifische Vertragsverletzungsverfahren hinsichtlich der von diesen Berichtspflichten erfaßten Sachverhalte einleitet. Dies erscheint allenfalls bei Einführung gravierender neuer Beschränkungen noch als ein realistisches Szenario.

Insgesamt ist daher die Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens gegen die Bundesrepublik Deutschland wegen Aufrechterhaltung oder Modifizierung der HOAI bis Ende der Umsetzungsfrist der Richtlinie praktisch äußerst unwahrscheinlich.

¹⁴ Begründung der Kommission zum ursprünglichen Richtlinienvorschlag, KOM(2004)2 endgültig/2, S.26.

2. Europarechtskonformität der Dienstleistungsrichtlinie

Als vom EG-Vertrag (sog. *Primärrecht*) abgeleitetes Recht (sog. *Sekundärrecht*) ist die DL-RL nur dann als Prüfungsmaßstab für die Europarechtskonformität der Mindest- und Höchstsätze der HOAI heranzuziehen, wenn sie mit dem EG-Vertrag in Einklang steht.

Zur Beurteilung der Europarechtskonformität der DL-RL ist zunächst ein Blick auf ihre im EG-Vertrag verankerte (i) Ermächtigungsgrundlage und die dort gestellten Anforderungen zu werfen. Auf dieser Grundlage lassen sich dann unter Berücksichtigung des konkreten Regelungsinhaltes der DL-RL (ii) Schlussfolgerungen im Hinblick auf ihre Konformität mit den primärrechtlichen Vorschriften ziehen.

2.1 Welche Anforderungen stellt die Ermächtigungsgrundlage an die Dienstleistungsrichtlinie?

Die Dienstleistungsrichtlinie ist auf der Grundlage des Artikels 47 Abs.2 EG (für die Dienstleistungsfreiheit in Verbindung mit Artikel 55 EG) erlassen worden, der zur Koordinierung mitgliedstaatlicher Rechts- und Verwaltungsvorschriften ermächtigt. Der damit verfolgte Zweck besteht im Wesentlichen darin, die Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit durch die Beseitigung der für den grenzüberschreitenden Verkehr verbliebenen Hindernisse zu fördern.¹⁵

Der Begriff der Koordinierung umfasst dabei zunächst den Erlass von Vorschriften, die sich darauf beschränken, die unterschiedlichen mitgliedstaatlichen Normen aufeinander abzustimmen und kompatibel zu machen. Über ihren Wortlaut hinaus ermöglicht die Vorschrift nach überwiegender Ansicht und der Praxis der Gemeinschaftsorgane auch die Vereinheitlichung der mitgliedstaatlichen Vorschriften.¹⁶ Neben verfahrensmäßigen Vorkehrungen für eine grenzüberschreitende Zusammenarbeit der mitgliedstaatlichen Verwaltungsbehörden können folglich in derartigen Harmonisierungsmaßnahmen auch Anerkennungsregeln hinsichtlich von Verwaltungsakten wie behördlichen Kontrollen und Zulassungen

¹⁵ Dies ist nach der Begründung der Kommission zum ursprünglichen Richtlinienvorschlag auch erklärtes Ziel der DL-RL, siehe KOM(2004)2 endgültig/2, S.20f. Die DL-RL soll „durch Vorschriften, die bestimmte Anforderungen untersagen und den freien Dienstleistungsverkehr sicherstellen, die Hindernisse für die Niederlassungsfreiheit und den freien Dienstleistungsverkehr wirksam [...] beseitigen. Andere Bestimmungen harmonisieren gezielt bestimmte Regelungen beziehungsweise gewährleisten die für den Abbau der betreffenden Hemmnisse erforderliche Verwaltungszusammenarbeit.“ Siehe auch den sechsten Erwägungsgrund und Artikel 1 Abs.1 der DL-RL.

¹⁶ Randelzhofer/Forsthoff in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Band I, Artikel 47 Rn.20f mit weiteren Nachweisen.

vorgesehen werden. Derartige Anerkennungsregeln stellen eine notwendige Ergänzung zu der Angleichung des materiellen Rechts dar, da diese allein die Durchsetzung der Grundfreiheiten nicht in jedem Fall zu gewährleisten vermag.¹⁷

Zulässiger Gegenstand der Koordinierung bzw. Vereinheitlichung sind dabei die nationalen Rechts- und Verwaltungsvorschriften über die Aufnahme und Ausübung selbständiger Tätigkeiten sowie im Bereich der Dienstleistungsfreiheit zusätzlich all jene nationalen Vorschriften, welche Anforderungen an die Dienstleistung selbst stellen.¹⁸

Sofern sich der Gemeinschaftsgesetzgeber dabei für das am weitesten reichende Mittel der Vereinheitlichung entscheidet, führt dies dazu, dass den Mitgliedstaaten die bis dahin mögliche Berufung auf die im EG-Vertrag enthaltenen und vom EuGH in seiner Rechtsprechung entwickelten Rechtfertigungsgründe versagt wird.¹⁹ Die Sperrwirkung einer solchen Richtlinie verwehrt dem nationalen Gesetzgeber zudem, davon abweichende Regelungen zu erlassen, sofern nicht im EG-Vertrag oder der Richtlinie selbst derartige Abweichungsmöglichkeiten vorgesehen sind.²⁰

Welchen Harmonisierungsgrad bezweckt die Dienstleistungsrichtlinie im Hinblick auf die Niederlassungs- und die Dienstleistungsfreiheit?

Um feststellen zu können, welchen primärrechtlichen Anforderungen die DL-RL zu genügen hat, muss zunächst geklärt werden, ob die Richtlinie lediglich eine Koordinierung der nationalen Rechtsvorschriften anstrebt oder deren vollständige Harmonisierung bezweckt.

Im Hinblick auf die in Kapitel III geregelte Niederlassungsfreiheit beschränkt sich die DL-RL auf eine Koordinierung der in diesem Bereich existierenden mitgliedstaatlichen Vorschriften:

In Artikel 15 Abs. 2 DL-RL werden eine Reihe von Anforderungen aufgezählt, die als Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit eingestuft werden und daher von allen Mitgliedstaaten nur noch dann beibehalten werden dürfen, wenn sie die in Artikel 15 Abs. 3 DL-RL genannten Bedingungen erfüllen. Sowohl die genannten

¹⁷ Beyer, Rechtsnormanerkennung im Binnenmarkt, 86.

¹⁸ Diese erweiternde Auslegung des Regelungsbereiches des Artikels 47 Abs.2 in Verbindung mit Artikel 55 EG beruht auf der Tatsache, dass die Dienstleistungsfreiheit auch als Produktfreiheit zu verstehen ist, da sich Behinderungen der Dienstleistungsfreiheit auch aus den die Dienstleistung selbst („Produkt“) betreffenden Vorschriften ergeben können. Siehe Randelzhofer/Forsthoff in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Band I, Artikel 55 Rn.15.

¹⁹ Siehe z.B. EuGH, Rs. C-255/04 – *Kommission/Frankreich*, Rn.43.

²⁰ EuGH, Rs. C-278/85 – *Kommission/Dänemark*, Rn.22.

Anforderungen als auch die im Rahmen der Rechtfertigung zu erfüllenden Bedingungen entsprechen dabei vollständig den im Primärrecht verankerten Grundsätzen und der ständigen Rechtsprechung des EuGH.

Die Aufzählung des Artikels 15 Abs. 2 DL-RL enthält im Wesentlichen Vorschriften, die bereits durch den EuGH als weder rechtlich noch faktisch diskriminierende Beschränkungen²¹ eingestuft worden sind. Auch die in Artikel 15 Abs. 3 lit.b und lit.c der DL-RL aufgestellten Bedingungen an die Rechtfertigung derartiger Beschränkungen stimmen mit der bisherigen Rechtsprechung des EuGH überein. Für die Definition des Begriffes des „zwingenden Grundes des Allgemeininteresses“ wird dabei in Artikel 4 Nr. 8 DL-RL auf all jene Gründe Bezug genommen, „die der EuGH in ständiger Rechtsprechung als solche anerkannt hat.“ Im vierzigsten Erwägungsgrund der DL-RL wird zudem betont, dass dieser Begriff „sich noch weiterentwickeln“ kann und der Katalog der Rechtfertigungsgründe damit nach wie vor einer Erweiterung offensteht.

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die in der DL-RL enthaltenen Vorschriften zur Niederlassungsfreiheit lediglich den bisherigen Stand des Gemeinschaftsrechts widerspiegeln und zu keiner Veränderung des schon bisher unmittelbar kraft EG-Vertrag geltenden Rechtsrahmens führen. Harmonisiert werden gemäß Artikel 15 Abs. 5 und Artikel 39 DL-RL allein der Prozess der Evaluierung des bestehenden nationalen Rechts sowie der systematische Abbau unzulässiger mitgliedstaatlicher Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit und das Prüfverfahren für neu eingeführte Anforderungen im Sinne des Artikels 15 Abs. 6 und Abs. 7 DL-RL.

Die in Kapitel IV der DL-RL behandelte Dienstleistungsfreiheit wird hingegen durch die Richtlinie in deren Anwendungsbereich abschliessend neu geregelt:

Der Katalog der nicht zulässigen Anforderungen an die Ausübung der Dienstleistung in Artikel 16 Abs. 2 DL-RL und die in Artikel 16 Abs. 1 DL-RL aufgezählten Prüfungsanforderungen für rechtfertigbare Beschränkungen entsprechen zwar der ständigen Rechtsprechung des EuGH. Erheblich eingeschränkt werden hingegen die zur Rechtfertigung von Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit heranziehbaren Gründe des Allgemeininteresses. Im Unterschied zur Niederlassungsfreiheit sehen Artikel 16 Abs. 1 (b) sowie Artikel 16 Abs. 3 der DL-RL vor, dass im Hinblick auf

²¹ Eine rechtliche (direkte) Diskriminierung von EG-Ausländern liegt immer dann vor, wenn die in Frage stehende Regelung an diese ausdrücklich höhere Anforderungen stellt als an Inländer. Eine faktische (indirekte) Diskriminierung ist dagegen immer dann gegeben, wenn der Regelungstext zwar nicht ausdrücklich zwischen Inländern und EG-Ausländern differenziert, jedoch die dort enthaltenen Anforderungen in der Regel nur von Inländern erfüllt werden (wie z.B. Wohnsitzerfordernisse).

die Dienstleistungsfreiheit nunmehr nur noch die öffentliche Ordnung, die öffentliche Sicherheit, die öffentliche Gesundheit und der Schutz der Umwelt²² als zwingende Gründe des Allgemeinwohls anzusehen sind. Eine Berufung auf alle anderen bisher vom EuGH anerkannten Rechtfertigungsgründe (wie insbesondere den Verbraucherschutz) ist durch den Richtlinien-Gesetzgeber gezielt ausgeschlossen worden. Darüber hinaus sind die in Artikel 16 Abs.2 DL-RL aufgezählten Typen von Anforderungen generell nicht mehr rechtfertigbar.

Hintergrund dieser gezielten Beschneidung der Rechtfertigungsmöglichkeiten ist die mit der DL-RL angestrebte Verwirklichung des Herkunftslandprinzips²³ für den Bereich der Dienstleistungsfreiheit. Dieses Prinzip ist letztlich aufgrund politischen Widerstands zwar nicht, wie im ursprünglichen Richtlinienentwurf vorgesehen, in reiner Form in die DL-RL aufgenommen worden. Befürchtet wurde vor allem, dass die Einführung eines strikten Herkunftslandsprinzips zu Lohndumping und Niedrigpreiswettbewerb führen könnte, der sich in einigen Bereichen zwangsläufig negativ auf die Qualität der Dienstleistungen auswirken würde. Um ein Scheitern der DL-RL zu verhindern, einigte man sich daher auf die Einführung eines „abgeschwächten“ Herkunftslandprinzips, das den Aufnahmemitgliedstaaten die Beibehaltung bestimmter Anforderungen an den Dienstleistenden weiterhin erlaubt. Da solche Beschränkungen jedoch, wie bereits dargelegt, nur noch in sehr eingeschränktem Umfang möglich sind, entspricht der letztlich gefundene Kompromiss dennoch einer weitgehenden Verwirklichung des Herkunftslandprinzips.

Unter Berücksichtigung der Zielrichtung der DL-RL, die Verwirklichung des freien Dienstleistungsverkehrs sicherzustellen und die in den Rechtsvorschriften bestimmter Mitgliedstaaten noch enthaltenen, mit Artikel 49 EG unvereinbaren Beschränkungen zu beseitigen, sind diese Regelungen als abschließend zu verstehen.²⁴ Im Anwendungsbereich des Artikels 16 DL-RL ist es den Mitgliedstaaten damit

²² Die öffentliche Ordnung, Sicherheit und Gesundheit entsprechen dabei den in Artikel 46 EG kodifizierten Rechtfertigungsgründen, während der Umweltschutz im Bereich der Personenfreiheiten der Rechtsprechung des EuGH entstammt.

²³ Das Herkunftslandprinzip wurde ursprünglich für den Bereich des Warenverkehrs entwickelt und besagt, dass eine Ware, die nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates rechtmäßig hergestellt und auf den Markt gebracht worden ist, vorbehaltlich bestimmter Ausnahmen grundsätzlich im gesamten Gebiet der Europäischen Union ohne weitere Beschränkungen angeboten werden darf. Für den Bereich der Dienstleistungsfreiheit würde das Herkunftslandprinzip in reiner Form demnach bedeuten, dass ein in seinem Heimatstaat zugelassener Dienstleistungserbringer bei Tätigkeiten in einem anderen Mitgliedstaat (sog. Aufnahmestaat) keinen weitergehenden Anforderungen unterworfen werden darf. Im Ergebnis hätte er damit allein die Berufszugangs- und Berufsausübungsregeln seines Heimatstaates zu beachten.

²⁴ Siehe Erwägungsgrund 6, 12, 30 und 64. Siehe auch Roth, Freier Dienstleistungsverkehr und Verbraucherschutz, VuR 5/2007, 161, 169, 171.

untersagt, unter Berufung auf nicht von der DL-RL genannte Rechtfertigungsgründe abweichende mitgliedstaatliche Regelungen zu erlassen.²⁵

Im Unterschied zur Niederlassungsfreiheit führt die Dienstleistungsrichtlinie im Bereich der Dienstleistungsfreiheit durch die Pflicht zur gegenseitigen Anerkennung des bestehenden mitgliedstaatlichen Rechts (bis auf die von den genannten Ausnahmen erfassten Fälle) zu einer Totalharmonisierung, soweit der Anwendungsbereich des Artikels 16 DL-RL betroffen ist.

Welche primärrechtlichen Anforderungen bestehen an eine Totalharmonisierung?

Die im Bereich der Dienstleistungsfreiheit vorgenommene Totalharmonisierung muss als die Mitgliedstaaten in ihrem Handlungsspielraum am weitesten beschränkende Maßnahme bestimmten Anforderungen genügen. Um welche Anforderungen es sich dabei im Einzelnen handelt, ist im Hinblick auf Artikel 47 Abs. 2 EG bislang noch nicht abschließend geklärt. Der derzeitige Diskussionsstand lässt sich jedoch wie folgt zusammenfassen:

Im Schrifttum²⁶ wird die These vertreten, dass eine Anerkennung ausländischer Standards nur dann zu einer Sperrwirkung gegenüber der Berufung auf zwingende Erfordernisse des Allgemeinwohls führen kann, wenn die Vorschriften der Richtlinie die betroffenen Schutzgüter in gemeinschaftsrechtlich ausreichendem Maß wahren. Diese Auffassung wurde in erster Linie im Hinblick auf Artikel 95 Abs. 3 EG entwickelt, der ein *hohes Schutzniveau* für die dort genannten Rechtsgüter verlangt. Die Anerkennung ausländischer Standards ist damit nur zulässig, wenn zugleich Vorsorge dafür getroffen wird, dass die harmonisierende Richtlinie in den Herkunftsländern ein solches Schutzniveau absichert.²⁷ Die Beachtung eines hohen Schutzniveaus impliziert dabei das Verbot, hinsichtlich der davon erfassten Belange Mindeststandards zu unterschreiten.²⁸ Auch wenn ihre Rechtsgrundlage eine andere

²⁵ Weder die DL-RL selbst, noch der EG-Vertrag sehen über Artikel 15 Abs. 1 UA 3 lit. b DL-RL hinausgehende Abweichungsmöglichkeiten vor. Auch der allgemeine Vorbehalt des Artikels 95 Abs. 4 EG, der es den Mitgliedsstaaten unter bestimmten Voraussetzungen erlaubt, von der Harmonisierungsrichtlinie abweichende Vorschriften beizubehalten, ist nicht anwendbar. Nach überwiegender Ansicht ist er nicht analog auf Richtlinien anwendbar, in denen ein solcher ausdrücklicher Vorbehalt fehlt. Siehe z.B. Herrfeld in: Schwarze, EU-Kommentar, Artikel 95, Rn. 52.

²⁶ Siehe Tiedje/Troberg in: Groeben/Schwarze, Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Artikel 47 Rn. 34; Müller-Graf in: Streinz, EUV/EGV, Artikel 47 Rn. 7 und 9; Herrfeld in: Schwarze, EU-Kommentar, Artikel 94 Rn. 42 (vor allem im Hinblick auf Artikel 47 Abs. 1 EG und Artikel 95 EG).

²⁷ Steindorff, Grenzen der EG-Kompetenzen (1990), 102, 103.

²⁸ Beyer, Rechtsnormanerkennung im Binnenmarkt, 193, der im Rahmen der Binnenmarktrechtssetzung insoweit von der Geltung eines Prinzips des gemeinschaftsrechtlichen Mindestrechtsgüterschutzes in Gestalt eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes des Gemeinschaftsrechts

ist, sind diese Anforderungen auch auf die DL-RL und insbesondere auf die durch die Richtlinie erfolgende Harmonisierung im Bereich des Verbraucherschutzes übertragbar, dessen Sicherstellung auf einem hohen Niveau ausdrückliches Ziel der DL-RL ist.²⁹

In der Rechtsprechung des EuGH ist diese Frage bisher nicht eindeutig entschieden, sondern vielmehr indirekt im Rahmen der Zulässigkeit der Berufung auf die vom EuGH entwickelten Rechtfertigungsgründe mit einem vergleichbaren Ergebnis diskutiert worden. Danach ist anerkannt, dass sich die Mitgliedstaaten auf die zwingenden Gründe des Allgemeinwohls berufen können, „soweit keine Harmonisierungsmaßnahme vorliegt, die bereits die zur Gewährung des Schutzes dieser Interessen erforderlichen Maßnahmen vorsieht.“³⁰

Im Umkehrschluss ergibt sich daraus, dass die Totalharmonisierung eines bestimmten Sachbereiches nur dann zulässig ist, wenn den Allgemeininteressen, die bisher eine Beibehaltung bestimmter mitgliedstaatlicher Beschränkungen rechtfertigten, durch eine gleichzeitige Harmonisierung des zugrunde liegenden Sachrechts ausreichend Rechnung getragen wird. Der Gemeinschaftsgesetzgeber ist folglich verpflichtet, zur Wahrung der von den Mitgliedstaaten verfolgten Allgemeininteressen ein Schutzniveau festzulegen, „das für die Gemeinschaft akzeptabel erscheint.“³¹ Darüber

ausgeht. Zu diesem Ergebnis kommt Beyer nach einer Zusammenschau von Artikel 110a a.F. (heute Artikel 95 Abs. 3) und Artikel 7 Abs. 2a iVm Artikel 2, Artikel 118a Abs. 1 2. HS, Artikel 130r Abs. 2 UA 1 S.3, Artikel 129 Abs. 1 UA 3 sowie Artikel 129a Abs. 1a.

²⁹ Siehe insbesondere Erwägungsgründe 4 („Es ist deshalb wichtig, bei der Schaffung eines Binnenmarktes für Dienstleistungen auf die Ausgewogenheit zwischen Marktöffnung und dem Erhalt öffentlicher Dienstleistungen sowie der Wahrung sozialer Rechte und der Rechte der Verbraucher zu achten.“) und 7 („Diese Koordinierung der nationalen Rechtsvorschriften sollte ein hohes Maß an rechtlicher Integration auf Gemeinschaftsebene und ein hohes Niveau des Schutzes von Gemeinwohlinteressen, insbesondere den Schutz der Verbraucher, sicherstellen, wie es für die Schaffung von Vertrauen zwischen den Mitgliedstaaten unerlässlich ist.“).

Dass dem Verbraucherschutz darüber hinaus im gesamten Gemeinschaftsrecht eine besonders hoher Stellenwert zukommt, zeigt der in Artikel 3 DL-RL enthaltene Verweis auf das Verbrauchervertragsrecht der Mitgliedstaaten, welches bereits weitgehend Gegenstand gemeinschaftsrechtlicher Harmonisierung war und dessen Schutzniveau im Rahmen der Ausarbeitung eines neuen Internationalen Vertragsrechts (Rom-I-Verordnung) weiter fortentwickelt werden soll.

³⁰ EuGH, Rs. C-255/04 – *Kommission/Frankreich*, Rn. 43; Schlussanträge von GA Colomer in Rs. C-112/05, Rn. 94; EuGH, Rs. C-233/94 – *Deutschland/Parlament und Rat*, Rn. 15-17; EuGH, Rs. C-168/98 – *Luxemburg/Parlament und Rat*, Rn. 32.

³¹ EuGH, Rs. C-233/94 – *Deutschland/Parlament und Rat*, Rn. 16-17 (zur Richtlinie 94/19/EG über Einlagensicherungssysteme):

(17) „Wie der Gerichtshof mehrfach festgestellt hat, können die Mitgliedstaaten nämlich mangels einer Koordinierung auf Gemeinschaftsebene unter bestimmten Voraussetzungen nationale Maßnahmen erlassen, mit denen ein mit dem Vertrag vereinbares berechtigtes Ziel verfolgt wird und die aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses, zu denen der Verbraucherschutz gehört, gerechtfertigt sind.“

hinaus muss er zudem all die Maßnahmen vorsehen, welche zur Gewährleistung dieses Schutzniveaus notwendig erscheinen, um einen hinreichenden Ausgleich dafür zu schaffen, dass die Mitgliedstaaten nicht mehr dazu berechtigt sind, das jeweilige Interesse auf nationaler Ebene zu verfolgen.

Wie das Mindestmaß an Schutz konkret ausgestaltet sein muss, lässt sich immer nur im Hinblick auf das jeweils betroffene Schutzgut und die Regelung, die es durch den Sekundärrechtsakt erfahren hat, klären. Auch wenn daher keine allgemeingültige Definition dieses Konzeptes zur Verfügung steht, besteht Einigkeit dahingehend, dass ein hohes Schutzniveau nicht mit dem höchsten (faktischen oder potentiellen) Schutzniveau innerhalb der EG gleichbedeutend ist, aber zumindest über dem gemeinschaftlichen Durchschnitt liegen muss.³²

Es läßt sich daher als Zwischenergebnis festhalten: Die Berufung auf im EG-Vertrag gewährleistete bzw. in der Rechtsprechung entwickelte Rechtfertigungsgründe für Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit und der Niederlassungsfreiheit kann durch den Richtlinien-Gesetzgeber nur dann ausgeschlossen werden, wenn dies mit einem Mindestmaß an Harmonisierung des zugrunde liegenden Sachrechts verbunden ist.

2.2 Sind die Regelungen der Dienstleistungsrichtlinie zur Dienstleistungsfreiheit mit dem Primärrecht und insbesondere mit den an eine Totalharmonisierung gestellten Anforderungen vereinbar?

Die DL-RL ist im Bereich der Dienstleistungsfreiheit nur dann alleiniger Prüfungsmaßstab, wenn das durch Artikel 16 Abs. 1 DL-RL eingeführte Herkunftslandsprinzip nach den bereits erörterten Grundsätzen mit einer gleichzeitigen Mindestharmonisierung des Sachrechts einhergeht.

Eine abschließende Beurteilung dieser Frage kann nur anhand einer detaillierten und umfassenden Gegenüberstellung des mit der DL-RL harmonisierten Allgemeinwohlinteresse und der dieses Interesse auf Gemeinschaftsebene berücksichtigenden Vorschriften erfolgen. Da dies im Rahmen dieses Gutachtens nicht zu leisten ist, sollen die hinsichtlich der Vereinbarkeit des Artikels 16 der DL-

(18) „Die Mitgliedstaaten können folglich unter bestimmten Umständen Maßnahmen erlassen oder beibehalten, die den freien Verkehr behindern. Gerade solche Hindernisse darf die Gemeinschaft nach Artikel 57 Absatz 2 des Vertrages [Artikel 47 Abs. 2 EG der heutigen Fassung] durch die Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Aufnahme und Ausübung selbständiger Tätigkeiten beseitigen. Da es sich um Koordinierungsmaßnahmen handelt, trägt die Gemeinschaft dem von den verschiedenen Mitgliedstaaten verfolgten Allgemeininteresse Rechnung und legt zur Wahrung dieses Interesses ein Schutzniveau fest, das in der Gemeinschaft akzeptabel erscheint.“

³² Kahl in Callies/Ruffert, Art. 95, Rn. 27.

RL mit dem Primärrecht bestehenden Bedenken im Folgenden in erster Linie am Beispiel des Verbraucherschutzes als dem bei weitem wichtigsten „zwingenden Grund des Allgemeinwohls“ dargestellt werden.

Sicherstellung eines notwendigen Mindestmaßes an Verbraucherschutz durch die Dienstleistungsrichtlinie?

Wie von Kommentatoren bereits festgestellt wurde, enthält die DL-RL eine Reihe von Vorschriften, die zwar dem Verbraucherschutz dienen, hinsichtlich derer aber zu bezweifeln steht, dass sie eine ausreichende Harmonisierung des Sachrechts bewirken.³³

Die DL-RL enthält zwar in Kapitel V einige Regelungen zur Sicherstellung der Qualität der Dienstleistungen, jedoch scheinen diese Bestimmungen keinen hinreichenden Ausgleich für den Wegfall der in Artikel 4 Nr. 8 DL-RL aufgezählten und über Artikel 16 Abs. 1 (b) und Abs. 3 DL-RL hinausgehenden Rechtfertigungsgründe zu schaffen. Auch die über Artikel 17 der DL-RL erfolgte Ausnahme bestimmter Bereiche³⁴ vom weit auszulegenden Beschränkungsverbot des Artikels 16 DL-RL ändert nichts an den starken Zweifeln, ob die DL-RL in ihrem sachlichen Anwendungsbereich ein hinreichendes Schutzniveau sicherstellt:

Im Hinblick auf die Qualitätssicherung der Dienstleistungen enthält Artikel 22 DL-RL eine Aufzählung der gegenüber dem Dienstleistungsempfänger bestehenden Informationspflichten, die sich sowohl auf die Person des Dienstleistenden (Abs. 1) als auch die Dienstleistung als solche (Abs. 3) beziehen. Artikel 23 DL-RL sieht dagegen vor, dass die Mitgliedstaaten in bestimmten Fällen sicherstellen dürfen, dass die Dienstleistungserbringer eine Art und Umfang des Risikos angemessene Berufshaftpflicht abschließen oder eine vergleichbare Sicherheit zur Verfügung stellen (Abs. 1). Artikel 26 verpflichtet die Mitgliedsstaaten überdies dazu, in Zusammenarbeit mit der Kommission begleitende Maßnahmen zu ergreifen, um die Dienstleistungserbringer zur Qualitätssicherung anzuhalten.

³³ Roth, Freier Dienstleistungsverkehr und Verbraucherschutz, VuR 5/2007, 161, 171.

³⁴ Von der Ausnahmenvorschrift erfasst sind unter anderem Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse; hinsichtlich der Lohnregelungen solche Dienstleistungen, die mit Hilfe abhängiger Beschäftigter erbracht werden; die von Inkassounternehmen und Rechtsanwälten ausgeübten Tätigkeiten; die in den Anwendungsbereich der RL 2005/36/EG fallenden Regelungen zur Berufsqualifikation; Regelungen, die gewisse Tätigkeiten einem bestimmten Berufsstand vorbehalten sowie Handlungen, die der Mitwirkung eines Notars bedürfen. Ausgenommen sind zudem nach Artikel 17 Nr.15 DL-RL das internationale Verbrauchervertragsrecht sowie das internationale Deliktsrecht. All diese Bereiche sind demnach weiterhin anhand der für sie geltenden Sektorrichtlinien bzw. der im EG-Vertrag verankerten Dienstleistungsfreiheit in ihrer Auslegung durch den EuGH zu beurteilen.

Wenn man sich exemplarisch den Diskussionsstand zur Zulässigkeit der in einigen mitgliedstaatlichen Honorarordnungen für reglementierte Berufe enthaltenen Mindest- und Höchstsätze in Erinnerung ruft, decken die in der DL-RL enthaltenen Mindeststandards bei weitem nicht das unter dem Stichwort Verbraucherschutz diskutierte Spektrum an bisher zur Rechtfertigung zur Verfügung stehenden Argumenten ab. Dies lässt sich exemplarisch bereits an zwei Kernargumenten darstellen, nämlich (i) der Frage der mit den Honorarsätzen verfolgten Qualitätssicherung und (ii) dem damit angestrebten Ausgleich der in einigen Berufsständen stark ausgeprägten Informationsasymmetrie zwischen Verbraucher und Dienstleistungsanbieter:

In seinem jüngsten einschlägigen Urteil zur Zulässigkeit von Mindest- und Höchstsätzen in mitgliedstaatlichen Honorarordnungen hat der EuGH in der Rechtssache *Cipolla*³⁵ die entscheidungsbefugten Gerichte dazu aufgefordert, die beanstandete Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit auch im Hinblick auf die von der Kommission negierte „Wechselbeziehung zwischen Honorarhöhe und Qualität der von den Rechtsanwälten erbrachten Dienstleistungen“ zu überprüfen. Dabei sollen zudem „sowohl die Besonderheiten des fraglichen Marktes als auch die Besonderheiten der in Rede stehenden Dienstleistungen“ Berücksichtigung finden. Dass sich das Urteil mit den vom Anwendungsbereich der DL-RL ausgenommenen Tätigkeiten der Rechtsanwälte beschäftigt, kann der Übertragung auf andere Berufsstände mit ähnlich gelagerten Besonderheiten nicht entgegenstehen. Regelungen, die die mit den Honorarordnungen verfolgte Qualität der Dienstleistung in vergleichbarer Weise sicherstellen, sind in der DL-RL nicht erkennbar. Dies steht im Widerspruch zum Ziel der Richtlinie, „einem breiten Spektrum von Dienstleistungen zugute zu kommen und gleichzeitig die Besonderheiten einzelner Tätigkeiten und Berufe und ihre Reglementierungen berücksichtigen“ zu wollen.³⁶

Darüber hinaus sind auch die in Artikel 22 der DL-RL enthaltenen Informationspflichten nicht geeignet, die für einige Berufsstände typische Informationsasymmetrie zwischen Dienstleister und Verbraucher aufgrund der Komplexität der Dienstleistungen auszugleichen. Die in Artikel 22 Abs. 3 DL-RL auf Anfrage bereitzustellenden Zusatzinformationen dienen zwar der Transparenz des konkreten Angebotes, jedoch ermöglichen sie dem Dienstleistungsempfänger nicht zu beurteilen, ob die veranschlagten Preise weit überhöht oder vielleicht sogar so niedrig liegen, dass die versprochene Qualität kaum gewährleistet werden kann.

³⁵ EuGH, Rs. C-94/04 – *Cipolla*, Rn.65ff (Vorabscheidungsverfahren).

³⁶ Siebenter Erwägungsgrund der DL-RL.

Unabhängig von der speziellen Situation der Honorarordnungen bleibt darüber hinaus festzuhalten, dass sich der in der Rechtsprechung in einer Vielzahl von Entscheidungen anerkannte Verbraucherschutzgedanke bei weitem nicht in der Frage des Ausgleiches von Informationsdefiziten und der Gewährleistung der Schadloshaltung des Verbrauchers im Schadensfall erschöpft. Eine für die Totalharmonisierung der Bestimmungen zur DIENSTLEISTUNGSFREIHEIT notwendige Mindestharmonisierung des dem Verbraucherschutzgedanken zugrunde liegenden Sachrechts ist in der DL-RL daher jedenfalls nicht hinreichend deutlich zu erkennen. Gerade im Hinblick auf den mit der DL-RL verfolgten horizontalen Ansatz und den sehr unterschiedliche Berufstätigkeiten erfassenden Anwendungsbereich ist eine solche aber unabdinglich, um den Besonderheiten des jeweiligen Tätigkeitsbereiches Rechnung zu tragen.

Verstärkung der Nachteile grenzüberschreitend tätiger Dienstleistungserbringer nach den jeweiligen Regeln ihres Herkunftsstaates gegenüber den Dienstleistungserbringern im Aufnahmestaat

Darüber hinausgehende Zweifel an der Vereinbarkeit des durch die DL-RL für den Bereich der Dienstleistungsfreiheit eingeführten Herkunftslandsprinzips ergeben sich im Hinblick auf Fälle, in denen der Herkunftsstaat des Dienstleistungserbringers strengere Vorschriften als der Aufnahmestaat vorsieht.

Auf der Grundlage von Artikel 49 EG war es dem Dienstleistungserbringer in dieser Situation bisher möglich, sich auf die günstigeren Vorschriften des Aufnahmestaates zu berufen. Nach der DL-RL ist dem Betreffenden dies jedoch verwehrt, sofern er nicht die Niederlassungsfreiheit in Anspruch nehmen und seinen Sitz verlegen will.³⁷ Dieses Ergebnis widerspricht jedoch eindeutig dem Grundgedanken des freien Dienstleistungsverkehrs, bei dem gerade keine Notwendigkeit für eine Niederlassung im Aufnahmemitgliedstaat bestehen darf. Die Versagung der Möglichkeit, sich für die Erbringung der Dienstleistung auf die günstigeren Regelungen des Aufnahmestaates zu berufen, ist zudem geeignet, dem Dienstleistungserbringer jeglichen Anreiz für eine grenzüberschreitende Tätigkeit zu nehmen.

Weniger effektive Kontrolle der Dienstleistungserbringer durch den Herkunftsstaat

Praktische Probleme wirft das Herkunftslandprinzip im Hinblick auf die Effektivität der Kontrolle der Dienstleistungserbringer auf.

³⁷ Albath/Giesler, Das Herkunftslandprinzip in der Dienstleistungsrichtlinie – eine Kodifizierung der Rechtsprechung?, EuZW 2006, 38, 41-42, mit Verweis auf die in der 73. Sitzung des Ausschusses für die Angelegenheiten der EU des 15. Deutschen Bundestages am 1. Juni 2005 von Mayer geäußerten Zweifel an der Vereinbarkeit des Herkunftslandsprinzips mit dem Primärrecht.

Für die Überwachung der ordnungsgemäßen Dienstleistungserbringung ist nach Artikel 30 Abs.1 DL-RL der Herkunftsmitgliedstaat des Dienstleistungserbringers zuständig. Zwar sieht Artikel 29 DL-RL die Möglichkeit der Durchsetzung der Standards des Herkunftslandes im Wege der Amtshilfe vor, jedoch ist dies in der Regel mit einigen Schwierigkeiten wie z.B. Sprachbarrieren und erheblicher Zeitverzögerung verbunden, welche geeignet sind, die Effektivität derartiger Kontrollmaßnahmen zu beeinträchtigen. Zudem stellt sich die Frage, ob der Herkunftsstaat im Einzelfall überhaupt ein hinreichendes Interesse an der Durchführung der notwendigen Kontrollen bei grenzüberschreitend tätigen Dienstleistungserbringern hat.³⁸ Dass eine Abschwächung der Effektivität mitgliedstaatlicher Kontrollen gegenüber den Dienstleistungserbringern zwangsläufig zu einer Einbuße an Verbraucherschutz führt, liegt auf der Hand.

Keine sonstige Richtlinie mit einem vergleichbar weiten Regelungsansatz

Der gemeinschaftsrechtliche Besitzstand umfasst mittlerweile eine Reihe von Richtlinien, die in ihrem Regelungsbereich auf die Anerkennung der rechtlichen Standards anderer EG-Mitgliedstaaten in Form des Herkunftslandsprinzips zurückgreifen.

Keine dieser Richtlinie scheint jedoch einen ähnlich weiten Integrationsansatz zu verfolgen wie die DL-RL, mit der „ein allgemeiner Rechtsrahmen geschaffen (wird), der einem breiten Spektrum von Dienstleistungen zugute kommt und gleichzeitig die Besonderheiten einzelner Tätigkeiten und Berufe und ihre Reglementierung berücksichtigt.“³⁹

Der Großteil der Richtlinien, die auf das Herkunftslandprinzip als Regelungstechnik zur Verwirklichung des Binnenmarktes zurückgreifen, verfolgt einen sektoriellen Ansatz wie z.B. die Fernseh-RL⁴⁰ und die Signatur-RL.⁴¹

Allein die E-Commerce-RL,⁴² welche den freien Dienstleistungsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten für den Bereich der Informationsgesellschaft sicherstellen soll,

³⁸ Albath/Giesler, Das Herkunftslandprinzip in der Dienstleistungsrichtlinie – eine Kodifizierung der Rechtsprechung?, EuZW 2006, 38, 41-42.

³⁹ Siebenter Erwägungsgrund der DL-RL.

⁴⁰ Artikel 2 Abs.2 der RL 89/552/EWG des Rates vom 3. Oktober 1989 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität, geändert durch RL 97/36/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 30. Juni 1997, ABl. Nr. L 202 vom 30.7.1997, 60ff.

⁴¹ RL 1999/93/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 13. Dezember 1999 über gemeinschaftliche Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen, ABl. Nr. L 13 vom 19.1.2000, 12ff.

scheint die mitgliedstaatlichen Regelungen in ihrem Anwendungsbereich in Form eines horizontalen Ansatzes⁴³ und damit in einem der DL-RL vergleichbaren Umfang zu regeln.⁴⁴ Wie auch die DL-RL erlegt Artikel 3 Abs. 2 der E-Commerce-RL dem Bestimmungsland der Dienstleistung ein Beschränkungsverbot hinsichtlich des freien Verkehrs von Diensten der Informationsgesellschaft aus einem anderen Mitgliedstaat auf. Zudem können die Mitgliedstaaten entsprechend der DL-RL gemäß Artikel 3 Abs. 4 der E-Commerce-RL von diesem Grundsatz abweichende Maßnahmen im Hinblick auf einen bestimmten Dienst der Informationsgesellschaft treffen, wenn diese aus einem der enumerativ genannten Gründe erforderlich und angemessen sind. Der entscheidende Unterschied zu Artikel 16 DL-RL besteht jedoch darin, dass eine Berufung auf den Verbraucherschutz gemäß Artikel 3 Abs. 4 lit. a (i) (4. Anstrich) trotz Einführung des Herkunftslandsprinzips ausdrücklich zulässig bleibt.

Die DL-RL scheint mithin bisher die einzige Richtlinie zu sein, die einen weit gefassten horizontalen Ansatz verfolgt und gleichzeitig (im Bereich der Dienstleistungsfreiheit) die Berufung auf so wichtige Allgemeinwohlintressen wie den Verbraucherschutz vollständig ausschließt. Zur Verteidigung des Ausschlusses von Rechtfertigungsgründen in der DL-RL lässt sich daher nicht auf andere Richtlinien verweisen, die zwar ebenfalls das Herkunftslandprinzip einführen, aber in ihrem Anwendungsbereich letztlich sektoriell begrenzt sind.

Zwischenergebnis

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass aus den genannten Gründen erhebliche Zweifel an der Vereinbarkeit von Artikel 16 der DL-RL mit dem Primärrecht bestehen. Es ist zu bezweifeln, dass der Einführung des Herkunftslandsprinzips und dem damit verbundenen Ausschluss des Rechtfertigungsgrunds des Verbraucherschutzes eine hinreichende Harmonisierung des einschlägigen Sachrechts gegenübersteht.

2.3 Ergebnis

⁴² Artikel 2 der RL 2000/31/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“), ABl. Nr. L 178 vom 17.7.2000, 1ff.

⁴³ Nach dem 18. und 21. Erwägungsgrund der Richtlinie umfassen die Dienste der Informationsgesellschaft „einen weiten Bereich von wirtschaftlichen Tätigkeiten, die online vonstatten gehen“, d.h. „Online-Tätigkeiten wie beispielsweise Online-Informationendienste, Online-Werbung, Online-Verkauf und Online-Vertragsabschluss.“

⁴⁴ Kramer, Das sekundärrechtliche Herkunftslandsprinzip als Regelungstechnik des Binnenmarktes, Digitale Dissertation der FU Berlin, <http://www.diss.fu-berlin.de/2007/65/index.html>, 1, 10ff.

Die Regelung der DL-RL zur Niederlassungsfreiheit werfen keinerlei Bedenken hinsichtlich ihrer Vereinbarkeit mit dem Primärrecht auf. Sie sind folglich alleiniger Prüfungsmaßstab für die Beurteilung der Europarechtskonformität der Mindest- und Höchstsätze der HOAI in diesem Bereich.

Im Hinblick auf die Dienstleistungsfreiheit und die Vereinbarkeit des Artikels 16 DL-RL mit dem EG-Vertrag bestehen in Anbetracht der wohl fehlenden Mindestharmonisierung des zugrunde liegenden Sachrechts erhebliche Bedenken, so dass die Annahme der Primärrechtswidrigkeit dieser Vorschrift nahe liegt.

Der dadurch entstehende Konflikt zwischen der DL-RL als Sekundärrecht und dem EG-Vertrag als Primärrecht lässt sich dadurch lösen, dass die Richtlinie als abgeleitetes Gemeinschaftsrecht nach den allgemeinen Grundsätzen⁴⁵ so ausgelegt wird, dass sie mit dem EG-Vertrag vereinbar ist. Zwar gibt es im Europarecht im Unterschied zum nationalen Recht keine Normenhierarchie im klassischen Sinne, jedoch geht aus Artikel 7 Abs. 1 S. 2 EG⁴⁶ und Artikel 249 Abs. 1 EG⁴⁷ hervor, dass das von den Organen der EU geschaffene Sekundärrecht im Rang unter dem primären Gemeinschaftsrecht steht. Der Grundsatz des Vorrangs des Primärrechts spiegelt sich auch in der Ausstrahlungswirkung des EGV auf das gesamte Gemeinschaftsrecht und speziell im Gebot zur primärrechtskonformen Auslegung wider.⁴⁸ Bestimmungen des abgeleiteten Gemeinschaftsrechts sind daher möglichst so auszulegen, dass sie mit dem Primärrecht vereinbar sind. Diese Auslegungsverpflichtung hat auch gegenüber der Nichtigerklärung einer Rechtshandlung Vorrang.⁴⁹

Vor diesem Hintergrund spricht viel dafür, dass zumindest der in Artikel 16 Abs.1 (b) der DL-RL nicht genannte, aber von der Rechtsprechung bislang für die Dienstleistungsfreiheit anerkannte Rechtfertigungsgrund des Verbraucherschutzes im

⁴⁵ Siehe z.B. EuGH, Rs. C-1/67 – *Ciechelski/Caisse Régionale u.a.*; EuGH, Rs. C-168/01 – *Bosal Holding*, Rn.26.

⁴⁶ Artikel 7 Abs.1 S.2 EG: „Jedes Organ handelt nach Maßgabe der ihm in diesem Vertrag zugewiesenen Befugnisse.“

⁴⁷ Artikel 249 Abs.2 EG: „Zur Erfüllung ihrer Aufgaben und nach Maßgabe dieses Vertrages erlassen das Europäische Parlament und der Rat gemeinsam, der Rat und die Kommission Verordnungen, Richtlinien und Entscheidungen, sprechen Empfehlungen aus oder geben Stellungnahmen ab.“

⁴⁸ Niedobitek in: Streinz, EUV/EGV, Artikel 249, Rn.17.

⁴⁹ EuGH, Rs. 29/69 – *Stauder*, Rn.4 ff; EuGH, Verb. Rs. 201 und 202/85 – *Klensch*, Rn. 21; EuGH, Rs. C-314/89 – *Rauh*, Rn. 17.



Rahmen der gebotenen primärrechtskonformen Auslegung in den Wortlaut der Vorschrift hineinzulesen ist.⁵⁰

⁵⁰ Eine solche, dem Ziel des Artikels 49 EG entsprechende Auslegung ist möglich, da ihr der Wortlaut der Vorschrift nicht entgegensteht. Zudem verpflichtet Artikel 3 Abs.3 der DL-RL die Mitgliedstaaten, die Bestimmungen der Richtlinie „in Übereinstimmung mit den Bestimmungen des Vertrages über die Niederlassungsfreiheit und den freien Dienstleistungsverkehr umzusetzen.“

II. Niederlassungsfreiheit

Die Mindest- und Höchstsätze der HOAI sind nicht nur auf deutsche Dienstleistungsanbieter, sondern auch auf in Deutschland niedergelassene Anbieter aus anderen EG-Mitgliedstaaten anwendbar, so dass sich die Frage nach ihrer Vereinbarkeit mit der Niederlassungsfreiheit stellt.

Prüfungsmaßstab ist, wie bereits erörtert, Artikel 15 der DL-RL, der in seiner Struktur dem vom EuGH für die Grundfreiheiten entwickelten Prüfungsschema folgt. Zunächst ist festzustellen, wann der Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit (in Abgrenzung zur Dienstleistungsfreiheit) durch die Honorarsätze der HOAI betroffen ist (siehe 1.) und inwieweit die Honorarsätze zu prüfende, nicht diskriminierende Anforderungen im Sinne des Artikel 15 Abs.2 DL-RL darstellen (siehe 2.). In Anbetracht der vom EuGH entwickelten Grundsätze zur Rückführung des äußerst weit verstandenen Anwendungsbereiches der Grundfreiheiten auf den Marktzugang beeinträchtigende mitgliedstaatliche Maßnahmen stellt sich zudem die Frage, ob die Honorarsätze der HOAI wieder aus dem Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit auszunehmen sind (siehe 3.). Im Anschluss wird geprüft, ob die Honorarsätze der HOAI durch einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses gerechtfertigt werden können (siehe 4.).

1. Schutzzumfang der Niederlassungsfreiheit

Um feststellen zu können, wann Architekten- und Ingenieurleistungen im grenzüberschreitenden Verkehr unter die Niederlassungsfreiheit und wann unter die Dienstleistungsfreiheit fallen, müssen zunächst (i) der Regelungsumfang der Niederlassungsfreiheit und (ii) der Regelungsumfang der Dienstleistungsfreiheit näher betrachtet werden, bevor (iii) auf die Abgrenzung zwischen beiden Grundfreiheiten eingegangen werden kann.

1.1 Welche Tätigkeiten werden von der Niederlassungsfreiheit erfasst?

Der Begriff der Niederlassung wird in Artikel 4 Nr. 5 der DL-RL definiert als die „tatsächliche Ausübung einer von Artikel 43 des Vertrages erfassten wirtschaftlichen Tätigkeit durch den Dienstleistungserbringer auf unbestimmte Zeit und mittels einer festen Infrastruktur, von der aus die Geschäftstätigkeit der Dienstleistungserbringung tatsächlich ausgeübt wird.“

Die wichtigsten der vom EuGH im Laufe der Zeit zur Konkretisierung des Artikels 43 EG entwickelten Kriterien⁵¹ sind in dieser Begriffsbestimmung bereits enthalten und

⁵¹ Artikel 43 EG sieht selbst keine Definition vor, so dass der Niederlassungsfreiheit erst im Laufe der Zeit durch die Rechtsprechung des EuGH Kontur verliehen wurde.

lassen sich wie folgt zusammenfassen: (1) Es muss sich um die tatsächliche Ausübung einer wirtschaftlichen und selbständigen Tätigkeit handeln. Das dafür gezahlte Entgelt darf dabei nicht völlig unerheblich sein. (2) Die Ausübung der Tätigkeit muss mittels einer festen Einrichtung und (3) auf unbestimmte Zeit erfolgen, so dass der Betroffene in stabiler und kontinuierlicher Weise am Wirtschaftsleben eines anderen Mitgliedsstaates teilnehmen kann.⁵²

In einem anderen Mitgliedstaat angebotene Architekten- oder Ingenieurdienstleistungen werden danach immer dann von der Niederlassungsfreiheit erfasst, wenn sich der in einem anderen Mitgliedstaat zugelassene Architekt oder Ingenieur im Geltungsbereich der HOAI niederlässt und sich dadurch dauerhaft in das Wirtschaftsleben vor Ort integriert.

1.2 Welche Tätigkeiten werden von der Dienstleistungsfreiheit erfasst?

Wie die Begriffbestimmung der DL-RL zur Niederlassungsfreiheit, verweist auch Artikel 4 Nr. 1 DL-RL für die Bestimmung des Schutzzumfanges der Dienstleistungsfreiheit auf die entsprechende Bestimmung des EG-Vertrages.⁵³ Nach Artikel 50 EG sind Dienstleistungen „alle Leistungen, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden, soweit sie nicht den Vorschriften über den freien Waren- und Kapitalverkehr und über die Freizügigkeit der Personen unterliegen.“

Sieht man vom Kriterium der Entgeltlichkeit ab, wird der Schutzbereich der Dienstleistungsfreiheit in Übereinstimmung mit der bisherigen Rechtslage daher negativ definiert. Mit anderen Worten greift die Dienstleistungsfreiheit immer nur dann ein, wenn keine der anderen Grundfreiheiten auf den in Frage stehenden Sachverhalt Anwendung findet. Hauptmerkmal der Abgrenzung zur hier relevanten Niederlassungsfreiheit ist nach ständiger Rechtsprechung der vorübergehende Charakter der Dienstleistung.⁵⁴

Im Hinblick auf die von der HOAI erfassten Architekten- und Ingenieurdienstleistungen bedeutet dies, dass diese immer dann vom Schutzbereich der Dienstleistungsfreiheit erfasst werden, wenn sich der Betroffene nur vorübergehend zur Dienstleistungserbringung nach Deutschland begibt (sog. *aktive Dienstleistungsfreiheit*).

⁵² EuGH, Rs. C-55/94 – *Gebhard*, Rn. 25.

⁵³ Artikel 4 Nr. 1 DL-RL: „Dienstleistung ist jede von Artikel 50 des Vertrages erfasste selbständige Tätigkeit, die in der Regel gegen Entgelt erbracht wird.“

⁵⁴ Hakenberg in: Lenz/Borchardt, EU- und EG-Vertrag, Artikel 49/50, Rn. 8.

Von der Dienstleistungsfreiheit werden darüber hinaus auch Situationen erfasst, in denen sich der Dienstleistungsempfänger vorübergehend in das Land des Dienstleistungserbringers begibt (sog. *passive Dienstleistungsfreiheit*). Diese Erscheinungsform der Dienstleistungsfreiheit hat jedoch für die Beurteilung der Honorarsätze der HOAI keine Relevanz, da die Planung und Errichtung von Bauwerken in einem anderen Mitgliedstaat nicht vom Geltungsbereich der HOAI erfasst wird.

Die dritte Form der Dienstleistungsfreiheit, bei der allein die Dienstleistung die Landesgrenze überschreitet, ohne dass sich Dienstleistungserbringer und Dienstleistungsempfänger in einen anderen Mitgliedstaat begeben (sog. *Korrespondenzdienstleistung*), kann bei Architekten- und Ingenieurleistungen in den Leistungsphasen (insbesondere Planung) auftreten, die ausschließlich im Ausland erbracht werden können. Da jedoch Bauplanung und Objektüberwachung für ein bestimmtes Projekt in der Regel nicht separat vergeben werden und die Ausführungsphase zumindest teilweise die Anwesenheit des Architekten oder Ingenieurs vor Ort verlangt, haben diese Fälle nur geringe praktische Relevanz.

1.3 Wie werden die Niederlassungs- und die Dienstleistungsfreiheit voneinander abgegrenzt?

Auf den ersten Blick erscheint die Abgrenzung beider Grundfreiheiten eindeutig, da allein die Niederlassungsfreiheit die Möglichkeit gewährt, in stabiler und kontinuierlicher Weise am Wirtschaftsleben eines anderen Mitgliedsstaates teilzunehmen, während die Dienstleistungsfreiheit nur die vorübergehende Dienstleistungserbringung erfasst. Im Einzelfall treten jedoch oft schwierige Abgrenzungsfragen auf. Dies liegt zum einen daran, dass auch der Dienstleistende sich mit der für die Erbringung der Dienstleistung erforderlichen Infrastruktur unter anderem in Form von Geschäftsräumen im Aufnahmestaats ausstatten kann.⁵⁵ Zum anderen sollen für die Annahme einer Niederlassung zum Teil auch bloße Vertriebsvertretungen und sonstige untergeordnete Nebenstellen ausreichen.⁵⁶

Im Laufe der letzten Jahrzehnte hat der EuGH in seiner Rechtsprechung verschiedene Kriterien zur Abgrenzung der beiden Grundfreiheiten entwickelt. Der Aspekt der zeitlichen Erstreckung der Dienstleistung stellt dabei nur den Ausgangspunkt der Betrachtung dar, da keine genaue Zeitdauer bestimmt werden kann, ab der eine zur

⁵⁵ EuGH, Rs. C-55/94 – *Gebhard*, Rn. 27.

⁵⁶ EuGH, Rs. C-205/84 – *Kommission /Deutschland*, Rn. 21; EuGH, Rs. C-270/83 – *Kommission/Frankreich*, Rn. 14.

Dienstleistungserbringung dienende Einrichtung als Niederlassung anzusehen ist.⁵⁷ Als zusätzliche Kriterien müssen daher die Häufigkeit, die regelmäßige Wiederkehr und die Kontinuität der Leistungserbringung Berücksichtigung finden.⁵⁸ Angesichts der Tatsache, dass all diese Kriterien letztlich nur Auslegungshilfen darstellen können, muss die Abgrenzung der beiden Grundfreiheiten jedoch im Ergebnis über eine Gesamtschau der betroffenen Tätigkeit erfolgen, die den Kern der Niederlassungsfreiheit – die Ausrichtung auf die wirtschaftliche Integration in den Aufnahmemitgliedstaat – nicht aus den Augen verlieren darf.⁵⁹

In der Praxis beginnt eine solche Gesamtschau in der Regel bei der zwischen den Parteien getroffenen vertraglichen Vereinbarung. Soweit diese keine genaue Abgrenzung ermöglicht, sind insbesondere Natur, Zweck und Umfang der Dienstleistung sowie der jeweilige Tätigkeitsschwerpunkt in die Betrachtung einzubeziehen.⁶⁰ Die Frage des Ortes der Entgeltzahlung, die Wohnsituation des Dienstleistungserbringers und seiner Familienangehörigen sowie die Aufrechterhaltung oder Aufgabe der ursprünglichen Betriebsräume können dabei wichtige Indizien darstellen.⁶¹

Zwar ist eine Pauschalisierung in Anbetracht der Komplexität der möglichen Fallgestaltungen nur schwer möglich, jedoch lässt sich im Ergebnis folgendes feststellen: Die Dienstleistungserbringung durch in einem anderen Mitgliedstaat zugelassene Architekten und Ingenieure fällt immer dann unter die Dienstleistungsfreiheit, wenn der Dienstleister entweder nur für einen kurzen Zeitraum oder nur für die Dauer eines (unter Umständen auch mehrjährigen) Bauvorhabens im Aufnahmestaat tätig wird. Lässt sich der Dienstleister dagegen für einen nicht absehbaren Zeitraum in einem anderen Mitgliedstaat nieder, um dort wiederholt an Bauvorhaben mitzuwirken, ist allein die Niederlassungsfreiheit auf ihn anwendbar.

⁵⁷ Randelzhofer/Forsthoff in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Band I, Artikel 43 Rn.25, der die Schwierigkeit der zeitlichen Festlegung am Beispiel der Verwirklichung eines Bauvorhabens verdeutlicht. Für die Einordnung eines solchen unter die Niederlassungsfreiheit oder die Dienstleistungsfreiheit ist eben nicht entscheidend, ob der die Bauaufsicht führende Architekt oder die mit der Bauaufsicht beauftragten Firmen ihre Einrichtungen in dem Mitgliedstaat der Bauausführung nur für einige Monate oder eben für mehrere Jahre unterhalten.

⁵⁸ EuGH, Rs. C-55/94 – *Gebhard*, Rn.27; EuGH, Rs. C-3/95, Rn.22; 77.Erwägungsgrund der DL-RL.

⁵⁹ Randelzhofer/Forsthoff in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Band I, Artikel 43 Rn.25.

⁶⁰ Hakenberg in: Lenz/Borchardt, EU- und EG-Vertrag, Artikel 49/50, Rn.8.

⁶¹ EuGH, C-171/02 – *Kommission/Portugal*.

2. Stellen die Mindest- und Höchstsätze der HOAI zu prüfende, nicht diskriminierende Anforderungen im Sinne des Artikels 15 Abs.2 DL-RL dar?

Im Bereich der Niederlassungsfreiheit stellt die Pflicht „zur Beachtung von festgesetzten Mindest- und Höchstpreisen durch den Dienstleistungserbringer“ nach Artikel 15 Abs. 2 lit. g DL-RL eine von den Mitgliedstaaten zu prüfende Anforderung dar. Der Begriff der Anforderung ist nach der in Artikel 4 Nr. 7 DL-RL enthaltenen Definition dem durch die Rechtsprechung des EuGH geprägten Terminus der Beschränkung⁶² gleichzusetzen, der hier aus Gründen der Einheitlichkeit weiter verwendet werden soll.

Voraussetzung für die Annahme einer Beschränkung und damit auch für die Anwendung des Artikels 15 Abs.2 lit. g DL-RL ist jedoch, dass es sich bei den Honorarsätzen der HOAI um (i) unabdingbare und (ii) nicht diskriminierende Regelungen handelt.

2.1 Unabdingbarkeit der Regelung

Die Honorarsätze der HOAI fallen nur dann unter Artikel 15 Abs. 2 lit. g der DL-RL, wenn ihnen ein unabdingbarer Charakter zukommt. Rein dispositiven Bestimmungen, die den Vertragsparteien die Wahl hinsichtlich ihrer Anwendbarkeit überlassen, fehlt dagegen (unabhängig von ihrer Wirkung auf den Marktzugang) bereits per se der beschränkende Charakter.

Gemessen wird dies an Artikel 34 EGBGB, der verlangt, dass die in Frage stehende Vorschrift die von ihr betroffenen Sachverhalte ohne Rücksicht auf das auf den Vertrag anzuwendende Recht international zwingend regelt. Sofern das diese Vorschrift enthaltende Gesetz deren internationalen Geltungsanspruch nicht selbst festlegt, sind die mit der Bestimmung verfolgten ordnungspolitischen Interessen maßgeblich. Zum zwingend anwendbaren Recht zählen somit sowohl privatrechtliche als auch öffentlich-rechtliche Vorschriften, sofern sie sich nicht lediglich im Ausgleich widerstreitender Interessen der Vertragsparteien erschöpfen, sondern vielmehr im öffentlichen Interesse in ein Schuldverhältnis eingreifen und damit zumindest auch Gemeinwohlziele verfolgen.⁶³ Im Hinblick auf ihre besondere sozialpolitische Bedeutung sind damit grundsätzlich auch alle Vorschriften des Verbraucherschutzes vom Anwendungsbereich des Artikels 34 EGBGB umfasst.

⁶² Der Begriff der Beschränkung umfasst alle mitgliedstaatlichen Maßnahmen, die unterschiedslos auf inländische und grenzüberschreitende Sachverhalte anwendbar und geeignet sind, die Ausübung der jeweiligen Grundfreiheit zu behindern oder weniger attraktiv zu machen. Siehe z.B. EuGH, Rs. C-55/94 – *Gebhard*, Rn.37.

⁶³ Heldrich in: Palandt, BGB, Artikel 34 EGBGB Rn. 3.

Vor diesem Hintergrund hat der BGH⁶⁴ im Jahr 2000 entschieden, dass die HOAI zwingendes öffentliches Preisrecht darstellt, das unabhängig vom jeweils gewählten Vertragsstatut Anwendung findet. In einem weiteren Urteil aus dem Jahr 2003 hat der BGH⁶⁵ diese Erkenntnis aufgrund der von ihr verfolgten ordnungspolitischen Ziele (Begrenzung des Mietanstieges und Verhinderung eines ruinösen Preiswettbewerbes) auch auf die für den damaligen Rechtsstreit relevante Mindestsatzfiktion des § 4 Abs. 4 HOAI übertragen.

Im Ergebnis fallen die in der HOAI festgelegten Honorarsätze somit aufgrund ihrer Unabdingbarkeit unter Artikel 15 Abs. 2 lit.g DL-RL. Die Tatsache, dass den Vertragsparteien ein im Rahmen der Honorarspanne liegender Handlungsspielraum verbleibt, ändert an dieser Beurteilung nichts. Mindest- und Höchstsätze verhindern gerade die den Dienstleistungserbringern ohne Preisregime offenstehende Möglichkeit, ihre Honorare frei zu kalkulieren und auch im Bereich unter- oder oberhalb der festgelegten Sätze anzusiedeln.

2.2 Grundsatz der Nicht-Diskriminierung

Die Verpflichtung zur Anwendung der in der HOAI festgesetzten Mindest- und Höchstsätze gilt unterschiedslos für inländische und ausländische Anbieter und erfüllt damit das in Artikel 15 Abs. 2 der DL-RL für zu prüfende Anforderungen aufgestellte Kriterium der Nicht-Diskriminierung.

Die Mindest- und Höchstsätze der HOAI finden weder nur auf Dienstleister aus anderen Mitgliedsstaaten Anwendung (sog. direkte Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit), noch knüpfen sie an sonstige Merkmale an, die typischerweise allein von EG-Ausländern erfüllt werden (indirekte Diskriminierung). Die Regelungen finden vielmehr in für Beschränkungen typischer Art und Weise auf inländische und ausländische Anbieter gleichermaßen Anwendung, ohne zwischen Sachverhalten mit reinem Inlandsbezug und solchen mit einem grenzüberschreitenden Element in irgendeiner Weise zu differenzieren.

3. Fallen die Honorarsätze der HOAI in den (auf Marktzugangsregeln beschränkten) Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit?

Der EuGH hat in seiner jüngeren Rechtsprechung den im Ausgangspunkt äußerst weiten Anwendungsbereich der Grundfreiheiten auf mitgliedstaatliche Maßnahmen begrenzt, die geeignet sind, den Marktzugang zu beeinträchtigen. Zu prüfen ist, ob die Honorarsätze der HOAI nach dieser Rechtsprechung vom Anwendungsbereich der

⁶⁴ BGH, Urteil vom 7. Dezember 2000 – VII ZR 404/99.

⁶⁵ BGH, Urteil vom 27. Februar 2003 – VII ZR 169/02.

Niederlassungsfreiheit auszunehmen sind. Zwar bestimmt Artikel 15 Abs. 2 lit. g der DL-RL ausdrücklich, dass „festgesetzte Mindest- und/oder Höchstpreise“ eine Form der Beschränkung der Niederlassungsfreiheit sind. Zu prüfen bleibt aber, ob diese Vorschrift jedenfalls im Hinblick auf die Honorarsätze der HOAI mit der Rechtsprechung des EuGH vereinbar ist.

Nachstehend wird daher zunächst erörtert (3.1), ob die Niederlassungsfreiheit aufgrund der Eingliederung des Niederlassungswilligen in die Rechtsordnung des Aufnahmestaates im Hinblick auf Berufsausübungsregeln überhaupt als Beschränkungsverbot oder lediglich als Diskriminierungsverbot zu verstehen ist. Sofern die Niederlassungsfreiheit nur als Diskriminierungsverbot zu verstehen sein sollte, stellen die nicht diskriminierenden Honorarsätze der HOAI als Rahmenbedingungen für die Berufsausübung keinen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit dar.

Stellt die Niederlassungsfreiheit dagegen ein Beschränkungsverbot dar, ist im Anschluss zu diskutieren (3.2), ob die vom EuGH ursprünglich für die Warenverkehrsfreiheit entwickelten Bereichsausnahmen auch auf die Niederlassungsfreiheit übertragen werden können. Sollte eine Übertragbarkeit dieser Grundsätze gegeben sein und sollten die Honorarsätze tatsächlich keine Auswirkung auf den Marktzugang niederlassungswilliger EG-Ausländer haben, sind sie aufgrund ihrer Unbedenklichkeit für den Binnenmarkt aus dem Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit herauszunehmen und als zulässig einzustufen.

3.1 Stellt die Niederlassungsfreiheit im Hinblick auf Berufsausübungsregeln ein Beschränkungsverbot oder ein reines Diskriminierungsverbot dar?

Im Gleichklang mit den anderen Grundfreiheiten wird auch der Niederlassungsfreiheit ein sehr weiter Schutzzumfang zugestanden, der im Laufe der Jahre dazu geführt hat, dass die Niederlassungsfreiheit nicht mehr nur als reines Diskriminierungsverbot, sondern auch als Beschränkungsverbot verstanden wird.

Nach der vom EuGH für den Bereich der Niederlassungsfreiheit entwickelten Gebhard-Formel sind demnach auch alle unterschiedslos geltenden mitgliedstaatlichen Maßnahmen als Beschränkungen einzustufen, sofern sie „die Ausübung der durch den Vertrag garantierten grundlegenden Freiheiten behindern oder weniger attraktiv machen können.“⁶⁶ Die tatsächliche Beeinträchtigung der Niederlassungsfreiheit ist daher nicht mehr zwingende Voraussetzung für die Einordnung einer Maßnahme als Beschränkung. Vielmehr reicht bereits aus, dass die

⁶⁶ EuGH, Rs. C-55/94 – *Gebhard*, Rn. 37.

Regelung potentiell geeignet ist, die Ausübung der Niederlassungsfreiheit zu beeinträchtigen.

Die Niederlassungsfreiheit weist jedoch aufgrund der mit ihr verbundenen freiwilligen und längerfristigen Integration in das Wirtschaftsleben des Aufnahmestaates einen wesentlichen Unterschied zur Struktur der anderen Grundfreiheiten auf. Dieser hat dazu geführt, dass vielfach⁶⁷ die Auffassung vertreten wird, den Schutzzumfang der Niederlassungsfreiheit entsprechend abzustufen zu müssen:

Die Niederlassungsfreiheit soll danach grundsätzlich immer nur dann als Beschränkungsverbot zu verstehen sein, wenn die in Frage stehende Regelung spezifisch den Marktzugang von EG-Ausländern behindert. Als spezifische Zugangshindernisse wirken sich in der Regel Verbote oder Voraussetzungen für das Ergreifen bestimmter Tätigkeiten wie z.B. das Verbot der Mehrfachniederlassung oder die Zulassungsbegrenzung auf der Grundlage nationaler Bedürfnisregelungen aus.

In allen übrigen Fällen und damit insbesondere im Hinblick auf mitgliedstaatliche Berufsausübungsregelungen und Standortbedingungen, die den Marktzugang an sich nicht begrenzen, soll die Niederlassungsfreiheit dagegen nur als Diskriminierungsverbot ausgestaltet sein. Dies folgt aus der Tatsache, dass sich niederlassungswillige EG-Ausländer freiwillig in die Rechtsordnung des Aufnahmestaates integrieren und damit in Kauf nehmen, dass ihre Tätigkeit nach den Bedingungen des Aufnahmestaates erfolgt. Als Beispiel für solche Regelungen können all die tätigkeitsbezogenen Anforderungen angeführt werden, die weder ein absolutes Zugangshindernis darstellen, noch im Hinblick auf die Anforderungen der Rechtsordnung des jeweiligen Heimatstaates Doppelbelastungen aufstellen.

Folgt man dieser Differenzierung des Schutzzumfanges der Niederlassungsfreiheit, so widerspräche die in der DL-RL erfolgte Einordnung von Mindest- und Höchstsätzen als Beschränkung der bisherigen Auslegung des Primärrechts. Da Mindest- und Höchstsätze im Sinne dieser Differenzierung zu den Vorschriften zählen, die den Rechtsrahmen für die Ausübung der Tätigkeit im Aufnahmestaat bilden und damit zu den allgemeinen Standortbedingungen gehören, stellen sie kein spezifisches Marktzugangshindernis dar. Folglich wären sie allein vom Diskriminierungsverbot

⁶⁷ Randelzhofer/Forsthoff in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Band I, Artikel 43 Rn. 83ff, 102, 106 mit Beispielen und weiteren Nachweisen; Müller-Graff in: Streinz, EUV/EGV, Artikel 43 Rn. 68.

erfasst, gegen welches sie jedoch aufgrund ihrer regelmäßig unterschiedslosen Gestaltung nicht verstoßen.⁶⁸

Der Streit um die Reichweite des Beschränkungsverbot im Bereich der Niederlassungsfreiheit scheint mittlerweile jedoch auf die rein akademische Ebene gerückt zu sein, da die neuere Rechtsprechung des EuGH dieser Differenzierung nicht folgt. In der Rechtssache *Caixa-Bank France*⁶⁹ hat der EuGH die Niederlassungsfreiheit als Beschränkungsverbot interpretiert und daher auch auf die Tätigkeit der französischen Tochtergesellschaft einer spanischen Bank im Aufnahmestaat angewendet. Das von der Tochtergesellschaft angegriffene Verbot der Verzinsung von Sichteinlagen zur Werbung von Kunden, das in Frankreich für alle dort tätigen Unternehmen galt, hindert nämlich nach Ansicht des EuGH

„die Kreditinstitute, die Tochtergesellschaften ausländischer Gesellschaften sind, an der Sammlung von Kapital beim Publikum, in dem es ihnen verwehrt ist, mit den traditionell im Niederlassungsmitgliedstaat ansässigen Kreditinstituten, die ein ausgedehntes Filialnetz haben und damit über größere Möglichkeiten als diese Tochtergesellschaften verfügen, Kapital beim Publikum zu sammeln, durch eine Verzinsung der Sichteinlagenkonten wirksamer in Wettbewerb zu treten. Wenn also Kreditinstitute, die Tochtergesellschaften einer ausländischen Gesellschaft sind, versuchen, auf dem Markt eines Mitgliedstaates Fuß zu fassen, stellt der Wettbewerb mit Hilfe des Zinssatzes auf die Sichteinlagen eine der insoweit wirksamsten Methoden dar. Der Marktzugang wird demnach durch ein solche Verbot erschwert.“ (Rn.13-14)

Mit diesem Urteil hat der EuGH eindeutig klargestellt, dass im Unterschied zur eingangs erwähnten Differenzierung auch tätigkeitsbezogene Ausübungsregelungen zumindest dann geeignet sind, den Marktzugang für EG-Ausländer zu erschweren, wenn sie den Betroffenen die Möglichkeit nehmen, mit den regelmäßig gut etablierten nationalen Anbietern in wirksamen Wettbewerb zu treten.

In Anwendung dieser Grundsätze könnten die in der HOAI enthaltenen Mindest- und Höchstsätze niederlassungswilligen EG-Ausländern den Marktzugang möglicherweise wie folgt erschweren:

⁶⁸ Randelzhofer/Forsthoff in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Band I, Artikel 43 Rn. 102 am Ende; Randelzhofer/Dörr, Zur Vereinbarkeit der Höchst- und Mindestdatzregelungen der HOAI mit EG-Recht und Völkervertragsrecht, DAB 1996, 874, 884.

⁶⁹ EuGH, C-442/02 – *Caixa-Bank France/Ministère de l’Economie, des Finances et de l’Industrie*.

Mindestsätze der HOAI

Anknüpfend an die Rechtsprechung des EuGH stellt der gegenüber dem Kunden für eine bestimmte Tätigkeit veranschlagte Preis einen Wettbewerbsparameter dar, den EG-Ausländern nutzen können, um mit den nationalen Anbietern in Wettbewerb zu treten. Mindest- und Höchstpreise belassen zwar einen gewissen Raum für den Preiswettbewerb, jedoch werden den Mindestpreis unterschreitende Angebote, durch welche etwaige Kostenvorteile des Heimatstaates weitergegeben werden könnten, ausgeschlossen.⁷⁰

Höchstsätze der HOAI

Im Unterschied zu den Mindestsätzen verhindern die bei der Honorarvereinbarung einzuhaltenden Höchstsätze der HOAI die preisliche Weitergabe von Standortvorteilen nicht. Sie sind jedoch in den Fällen, in denen der niederlassungswillige EG-Ausländer weiterhin ein Büro in seinem Herkunftsland unterhalten möchte, im Hinblick auf die fehlende Berücksichtigung der dafür möglicherweise anfallenden Mehrkosten ebenso potentiell geeignet, die Ausübung der durch die Niederlassungsfreiheit verbürgten Freiheiten weniger attraktiv zu machen.⁷¹

Zwischenergebnis

Die jüngste Rechtsprechung des EuGH sieht als Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit auch solche tätigkeitsbezogenen Berufsausübungsregelungen, die zwar diskriminierungsfrei sind, aber indirekt den Marktzugang von Ausländern zu erschweren geeignet sind. Auf der Grundlage dieser Rechtsprechung lässt sich die potentielle Eignung der Mindest- und Höchstsätze der HOAI zur Behinderung des Marktzuganges von Anbietern aus dem EG-Ausland nur schwerlich verneinen.

3.2 Sind die Honorarsätze der HOAI vom Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit auszunehmen, da ihre Wirkungen auf den Marktzugang zu ungewiss und zu mittelbar sind?

Die Honorarsätze der HOAI könnten vom Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit ausgenommen sein, wenn ihre Wirkungen auf den Marktzugang zu ungewiss und zu mittelbar sind. Dies setzt jedoch zunächst voraus, dass die unter dem Stichwort „Keck-Formel“ zur Warenfreiheit diskutierte Frage der tatsächlichen

⁷⁰ Vgl. begründete Stellungnahme der Kommission gegenüber Italien vom 21.12.2005, C(2005)5894, Punkt 4.1; EuGH, Rs. C-442/02 – *Caixa-Bank France/Ministère de l’Economie, des Finances et de l’Industrie*, Rn. 13-14, 17; EuGH, Rs. C-439/99 – *Kommission/Italien*, Rn. 22, 36-37.

⁷¹ Vgl. GA Poiares Maduro in Rs. C-94/04 – *Cipolla*, Rn.66ff (zur Dienstleistungsfreiheit und zur italienischen Rechtsanwalts-Gebührenregelung).

Wirkungen von mitgliedstaatlichen Beschränkungen auch auf die Niederlassungsfreiheit übertragen werden kann.

Die der Keck-Formel⁷² zugrunde liegende Dogmatik wurde ursprünglich im Rahmen der Warenverkehrsfreiheit und der diese beschränkenden Verkaufsmodalitäten⁷³ entwickelt, die in der Regel keine Auswirkung auf den Marktzugang haben. In Anbetracht der Tatsache, dass durch das weite Verständnis der Grundfreiheiten als Beschränkungsverbot zum Teil auch solche Maßnahmen vom Schutzbereich der jeweiligen Grundfreiheit erfasst sein können, die den Marktzugang rechtlich und tatsächlich in keiner Weise beeinträchtigen, hat der EuGH mit dieser Formel den Anwendungsbereich der Grundfreiheiten beschränkt.

Da sich im Laufe der Zeit das Verständnis herausgebildet hat, dass im Sinne der Einheitlichkeit der Auslegung ein gewisser Gleichlauf zwischen allen Grundfreiheiten bestehen muss (sog. Konvergenz der Grundfreiheiten), ist vielfach auch die entsprechende Anwendung der für die Warenverkehrsfreiheiten entwickelten Bereichsausnahmen auf die anderen Grundfreiheiten diskutiert worden. So wird mittlerweile auch im Hinblick auf die Personenverkehrsfreiheiten (d.h. die Niederlassungsfreiheit und die Dienstleistungsfreiheit) vertreten, dass rein beschränkende (also unterschiedslos geltende und wirkende) Ausübungsregelungen vom Schutzbereich dieser Freiheiten ausgenommen werden müssen, sofern sie den Marktzugang inländischer und im Aufnahmestaat niedergelassener EG-Ausländer rechtlich wie tatsächlich in gleicher Weise berühren.⁷⁴

Der EuGH hat dazu bisher weder in die eine noch in die andere Richtung eindeutig Stellung bezogen.⁷⁵ In Einzelfällen hat der EuGH jedoch zumindest für den Bereich

⁷² EuGH, C-267/91 – Keck, Rn.16: „Demgegenüber ist entgegen der bisherigen Rechtsprechung die Anwendung nationaler Bestimmungen, die bestimmte Verkaufsmodalitäten beschränken oder verbieten, auf Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten nicht geeignet, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten [...] unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern, sofern diese Bestimmungen für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gelten, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben, und sofern sie den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise berühren.“

⁷³ EuGH, verbundene Rs. C-267/91 und C-268/91 – *Keck und Mithouard*.

⁷⁴ Müller-Graff in: Streinz, EUV/EGV, Artikel 43 Rn. 60ff.

⁷⁵ Der EuGH hat bisher allein die sinngemäße Übertragung der Keck-Formel auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit und die Dienstleistungsfreiheit diskutiert, ohne jedoch einen den Verkaufsmodalitäten entsprechenden Begriff für den Bereich der Personenverkehrsfreiheiten zu prägen (siehe dazu z.B. EuGH, Rs. C-384/93 – *Alpine Investments* (Dienstleistungsfreiheit), Rn.32-39; Rs. C-413/95 – *Bosman* (ANF), Rn.102f). Für den Bereich der Niederlassungsfreiheit hat sich der EuGH dagegen bislang in keinem seiner Urteile zur Anwendung der Keck-Formel geäußert, auch wenn dazu vereinzelt Gelegenheit gewesen wäre, so z.B. in der Rs. C-108/96 – *Mac Queen*. In diesem Fall hätte die Einordnung des streitgegenständlichen Verbotes der Durchführung von Augeninnendruckmessungen für Optiker als reine Berufsausübungsregelung sogar nach Ansicht des Generalanwaltes Mischo (Schlussanträge, Rn 43-44) nahe gelegen.

der Niederlassungsfreiheit auf die zu ungewisse und zu mittelbare Wirkung einzelner Beschränkung auf die Niederlassungsfreiheit abgestellt⁷⁶, was praktisch zum selben Ergebnis wie die entsprechende Annahme einer auf der Keck-Formel basierenden Bereichsausnahme führt.

Für die Annahme einer Beschränkung der Grundfreiheiten ist zwar kein Spürbarkeitserfordernis wie in Artikel 81 EG vorgesehen, jedoch lässt sich vor dem Hintergrund des erörterten Diskussionsstandes die Notwendigkeit einer Bereichsausnahme für die Personenverkehrsfreiheiten zur Begrenzung des äußerst weit gefassten Schutzbereiches durchaus vertreten. Somit muss die Eignung der in Frage stehenden Beschränkung zur Behinderung des Marktzugangs zumindest so hinreichend substantiiert sein, dass Regelungen, deren behindernde Wirkung für eine Entscheidung zur grenzüberschreitenden Tätigkeit (sei es in Form einer Niederlassung oder einer vorübergehenden Tätigkeit im Aufnahmestaat) zu ungewiss bleiben, nicht unter die Niederlassungsfreiheit fallen.⁷⁷

Wirkung der Mindest- und Höchstsätze der HOAI auf den Marktzugang

Die Erfahrungen in der Praxis haben gezeigt, dass die in der HOAI vorgesehenen Mindest- und Höchstsätze unabhängig von der Frage ihrer potentiellen Eignung zur Behinderung des Marktzuganges in tatsächlicher Hinsicht keine messbare Auswirkung auf Niederlassungs- oder Tätigkeitsentscheidung von EG-Ausländern in Deutschland haben. Dies beruht auf folgenden Gründen, die in erster Linie auf die Besonderheiten des deutschen Marktes für Architekten- und Ingenieurdienstleistungen zurückzuführen sind:

- Reputation und Erfahrung des Anbieters sind entscheidend:

Die staatliche Regulierung deutscher Architekten- und Ingenieurdienstleistungen folgt seit den 1950er Jahren (erst mit der Gebührenordnung für Architekten und seit 1977 mit der HOAI) dem Prinzip des Qualitätswettbewerbes unter den verschiedenen Anbietern. Als wichtigste Unterscheidungskriterien haben sich für die Kunden daher im Laufe der Jahre die Reputation und die Erfahrung des Dienstleistungsanbieters herauskristallisiert, während der Höhe des Honorars ein eher nachrangiges Kriterium darstellt.

Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass qualitativ hochwertige Planung zu einer erheblichen Reduzierung der Folgekosten (auch im Hinblick auf den Energieverbrauch) und damit zu einer langfristigen Kostenersparnis führt. Aus diesem

⁷⁶ EuGH, Rs. C-418/93 – *Semeraro Casa Uno*, Rn.32.

⁷⁷ So z.B. Müller-Graff in: Streinz, EUV/EGV, Artikel 43 Rn.61.

Grund tritt die Bedeutung der Honorarkosten bei einer Qualität und langfristige Kostenersparnis garantierenden Anbieter nicht nur für eigenständig bauende Verbraucher, sondern auch für alle anderen Kundengruppen in den Hintergrund.

Im Ergebnis lässt sich daraus schlussfolgern, dass der Kunde sich bei der Entscheidung für oder gegen einen bestimmten Anbieter in erster Linie von dessen Erfahrung und Reputation im Hinblick auf Qualität und Zuverlässigkeit leiten lässt. Den für die Dienstleistung veranschlagten Honorarkosten kommt dagegen als sekundärem Entscheidungskriterium eine weitaus geringere Bedeutung zu.

- Geringer Anteil der Honorarkosten an den Baukosten:

Die veranschlagten Honorarkosten spielen bei der Kundenentscheidung auch im Hinblick auf ihren geringen Anteil an den Gesamtkosten des Bauvorhabens nur eine untergeordnete Rolle.

Nach Auskunft des BKI (Baukosteninformationszentrum Deutscher Architektenkammern GmbH) liegen die Kosten für Architekten- und Fachingenieurleistungen in Deutschland derzeit im Durchschnitt bei ca. 18% der Nettoherstellkosten für alle Gebäudearten.⁷⁸ In Anbetracht des für ein Bauvorhaben in der Regel erforderlichen Investitionsbetrages und den bei einer Fremdfinanzierung anfallenden Zinszahlungen kommt dem Architekt- oder Ingenieurhonorar daher bei der Entscheidung des Kunden für einen bestimmten Anbieter nur ein geringeres Gewicht zu.

- Kaum grenzüberschreitender Verkehr:

Neben der geringen Relevanz der Honorarhöhe für die Kundenentscheidung ist zu berücksichtigen, dass die Zahl der nicht in ihrem Zulassungsstaat niedergelassenen Architekten und Ingenieure in den letzten Jahrzehnten unverändert niedrig geblieben ist. Dass der geringe Umfang an grenzüberschreitendem Architekten- und Ingenieurverkehr nicht auf die Honorarsätze der HOAI zurückzuführen ist, zeigt sich daran, dass auch in anderen Mitgliedstaaten, in denen keinen Mindest- oder Höchstsätze gelten, die Marktdurchdringung durch ausländische Architekten und Ingenieure nicht größer ist.

⁷⁸ Dieser Wert wurde vom BKI im Rahmen eines Forschungsauftrages des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung zu den Nettoherstellkosten im Hinblick auf die Summe der Kosten für die Kostengruppe 300 (Baukonstruktion) und 400 (Technische Anlagen) ermittelt. Bezogen auf die Gesamtkosten nach DIN 276 (Kostengruppen 200-600 brutto) ist der Honorarkostenanteil daher noch erheblich geringer.

Aus den für die GD Binnenmarkt der Europäischen Kommission erstellten Statistiken über die Wanderbewegung von Architekten⁷⁹ (im Bereich der Niederlassungsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit) ergibt sich zum Beispiel, dass in Deutschland im Jahr 2002 nur 47, im Jahr 2003 nur 38 und im Jahr 2004 nur 55 Architekten nach der Richtlinie 89/48/EWG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen zur Berufsausübung zugelassen worden sind, die ihre Grundausbildung im EG-Ausland abgeschlossen haben. Bei den Ingenieuren wurden in Deutschland im Zeitraum 2001/2002 dagegen sogar nur 7 und im Zeitraum 2003/2004 nur 25 Ingenieure mit einem im EG-Ausland erworbenen Berufsabschluss aufgrund der Anerkennungsrichtlinien zur Berufsausübung zugelassen.

Setzt man die Zahl der nach einer bundesweiten Statistik aus dem Juli 2006⁸⁰ in den einzelnen Bundesländern tätigen Architekten aus dem EG-Ausland in das Verhältnis zu der Anzahl der im jeweiligen Bundesland zugelassen Architekten mit deutscher Ausbildung, wird die geringe Bedeutung des grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehrs für diese Berufsgruppe noch deutlicher – die 94 in Bayern tätigen Ausländer belief sich lediglich auf 0.7% der in diesem Gebiet zugelassenen Inländer. Das Zahlenverhältnis in anderen Mitgliedstaaten liegt auf etwa gleichem Niveau oder geringfügig darüber. Nach Auskunft der Architektenkammer Bozen sind z.B. in dieser Region im Vergleich zu 1.800 Inländern lediglich 50-60 Ausländer registriert, was einem Verhältnis von etwa 3% entspricht.

- Marktzugangshindernisse sind in erster Linie die unterschiedlichen Rechtssysteme und Landessprachen sowie divergierende Ausbildungsstandards:

Die eigentlichen Hindernisse für den Marktzugang von aus dem EG-Ausland stammenden Architekten und Ingenieuren liegen nicht in der Pflicht zur Anwendung bestimmter Honorarsätze, sondern in erster Linie in den unterschiedlichen Rechtssystemen und Landessprachen sowie in divergierenden Ausbildungsstandards.

Architekten- und Ingenieurleistungen sind in starkem Maße durch nationales Bauordnungs- und Bauplanungsrecht, DIN-Normen und Richtlinien reguliert, so dass ohne profunde Kenntnis der jeweiligen Regelungen im Aufnahmestaat keine verlässliche rechtliche Absicherung des Bauvorhabens möglich ist. Zudem handelt es sich bei Architekten- und Ingenieurleistungen um hochqualifizierte Dienstleistungen,

⁷⁹ Statistische Tabellen über die Wanderung von Architekten im Jahr 2002-2004. Die Statistiken betreffen sowohl Architekten, die sich in Deutschland niedergelassen haben, als auch Architekten, die ihre Tätigkeit in Ausübung der Dienstleistungsfreiheit in Deutschland anbieten. Nach beiden Grundfreiheiten getrennte Statistiken stehen leider nicht zur Verfügung.

⁸⁰ Aufstellung der Architektenkammern über auswärtige Architekten bundesweit (Stand Juli 2006).

die zur gemeinsamen Entwicklung der Planungsaufgabe eine intensive Kommunikation zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer erfordern. Ohne fundierte Kenntnisse der jeweiligen Landessprache ist dies genauso wenig möglich wie die notwendige Kommunikation mit den nationalen Bauordnungsbehörden und den bauausführenden Firmen vor Ort.

Für Deutschland lässt sich diese Aussage anhand der bereits erwähnten bundesweiten Statistik aus dem Juli 2006 belegen. Danach liegt die Zahl der in Bayern tätigen ausländischen Architekten mit 94 weit über dem bundesweiten Durchschnitt (etwa 31 bei einer Gesamtzahl von ca. 490). Etwa 2/3 davon stammen in erster Linie aus den deutschsprachigen Regionen der Schweiz und Österreichs sowie aus Südtirol.⁸¹ In Rheinland-Pfalz und dem Saarland ist in Anbetracht der nur 18 bzw. 10 registrierten Ausländer dagegen kaum grenzüberschreitender Verkehr aus den drei angrenzenden Ländern Frankreich, Luxemburg und Belgien zu verzeichnen.

In Deutschland lässt sich zudem eine überwiegend regionale Verteilung der Bauaufträge feststellen. Nach dem Hommerich-Gutachten⁸² zur Situation der Ingenieure aus dem November 2006 werden „mit durchschnittlich 82% Anteil an allen Aufträgen [...] weit überwiegend Aufträge aus dem jeweiligen Bundesland des Bürostandortes bearbeitet. [Nur] 18% aller Aufträge kommen aus anderen Bundesländern.“ Bei den Architekten liegt die regionale Zentrierung bei ca. 88%.⁸³

Darüber hinaus sind auch die Tätigkeitsbilder der in unterschiedlichen Mitgliedstaaten ausgebildeten Architekten und Ingenieure aufgrund divergierender Ausbildungsstandards nicht vergleichbar. Während in Deutschland ausgebildete Anbieter in der Lage sind, die Kunden über alle neun Leistungsphasen hinweg bis zur Schlüsselübergabe zu betreuen, können in Frankreich geschulte Architekten und

⁸¹ Auch die von der Bayrischen Architektenkammer erstellte Statistik über Neueintragungen ausländischer Architekten in den Jahren 2002 - 2006 bestätigt diese Tendenz: 2002 – 11/19; 2003 – 12/17; 2004 – 9/15; 2005 – 11/16 und 2006 – 4/6.

⁸² Hommerich, „Die wirtschaftliche Situation der Ingenieure in der Bundesrepublik Deutschland“ (Ergebnisse einer Repräsentativbefragung), im Auftrag der Bundesingenieurkammer erstelltes Gutachten vom November 2006, S.55.

Dieses Ergebnis gilt unabhängig vom jeweiligen regionalen Standort des Büros, wobei die regionale Zentrierung in kleineren Büros typischerweise stärker ausgeprägt ist als in größeren Büros (84% bei Ein-Personen-Büros gegenüber 49% bei Büros mit über 50 Personen).

⁸³ Hommerich, „Analyse der Kosten- und Ertragssituation in Architekturbüros“ (Ergebnisse einer Repräsentativbefragung), im Auftrag der Bundesarchitektenkammer erstelltes Gutachten vom Oktober 2006, S.54.

Wie auch bei den Ingenieurbüros gilt dieses Ergebnis unabhängig vom jeweiligen regionalen Standort des Architekturbüros, wobei die regionale Zentrierung in kleineren Büros typischerweise stärker ausgeprägt ist als in größeren Büros (90% bei Ein-Personen-Büros gegenüber 79% bei Büros mit über 10 Personen).

Ingenieure in der Regel nur die Leistungsphasen 1-4 der HOAI übernehmen. Anbieter mit einer im Vergleich zu anderen Mitgliedstaaten weniger umfassenden Ausbildung haben folglich nur einen geringen Anreiz, grenzüberschreitend tätig zu werden, da sie sich deshalb gegenüber der inländischen Konkurrenz nur schwer durchsetzen können.

Vor dem Hintergrund der beschriebenen Zugangshindernisse erklärt sich auch, warum sich im Hinblick auf die Anzahl von aus dem EG-Ausland stammenden Architekten und Ingenieuren in den Mitgliedstaaten, in denen die Gebühren- bzw. Honorarordnung mittlerweile abgeschafft worden ist (wie z.B. Italien und Belgien), bis heute keine nennenswerte Änderung ergeben hat.

Zwischenergebnis

Als Ergebnis lässt sich festhalten, dass die tatsächliche Situation auf dem Markt der Architekten- und Ingenieurdienstleistungen die These der Beschränkung des Marktzuganges durch die Honorarsätze der HOAI praktisch widerlegt. Es lässt sich daher argumentieren, dass die von diesen Regelungen ausgehenden Wirkungen im Sinne der Rechtsprechung des EuGH zu ungewiss und zu mittelbar sind, als dass sie eine tatsächliche Beschränkung der Niederlassungsfreiheit darstellen würden.

3.3 Ergebnis

In der Praxis haben die in der HOAI enthaltenen Mindest- und Höchstsätze aus einer Reihe von Gründen keine Auswirkung auf die Niederlassungsentscheidung von EG-Ausländern. Vor diesem Hintergrund liegt die Schlussfolgerung nahe, dass die Honorarsätze aufgrund ihrer zu mittelbaren bzw. zu ungewissen Wirkung auf den Marktzugang in primärrechtskonformer Auslegung des Artikels 15 Abs. 2 lit. g der DL-RL nicht als Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit einzustufen sind.

Es bleibt jedoch zu berücksichtigen, dass angesichts der in dieser Hinsicht unklaren Rechtslage und in Ermangelung relevanter Präzedenzfälle vor dem EuGH schwer prognostizierbar ist, ob der EuGH letztlich einer solchen Argumentation folgen würde. Gleichwohl lässt sich eine klare Tendenz der Rechtsprechung zugunsten dieser Argumentation auf Basis der bereits erwähnten Urteile erkennen, die auch dem praktischen Bedürfnis nach einer Einschränkung der Ausdehnung des Schutzbereiches der Personenverkehrsfreiheiten auf reine Berufsausübungsregeln entspricht.

Im Urteil *Cipolla*⁸⁴ hat der EuGH festgestellt, dass die Gebührensätze zur Beschränkung der Ausübung der Dienstleistungstätigkeiten geeignet sind, ohne

⁸⁴ EuGH, Rs. C-94/04 – *Cipolla*, Rn.55ff.

jedoch auf die Frage der tatsächlichen Wirkungen der Gebührensätze einzugehen. Hieraus lässt sich jedoch nicht zwingend ableiten, dass der Gerichtshof die tatsächlichen Wirkungen als unerheblich ansah. Vielmehr kann sich diese Frage in dem fraglichen Verfahren aus anderen Gründen nicht gestellt haben.

4. Können die der Mindest- und Höchstsätze der HOAI durch einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses gerechtfertigt werden?

Sofern man der Auffassung folgt, dass allein die potentielle Eignung von Mindest- und Höchstsätzen zur Behinderung des Marktzuganges für Anbieter aus anderen Mitgliedsstaaten ausreicht, ist zu prüfen, ob eine Rechtfertigung dieser Regelungen nach den in Artikel 15 Abs. 3 der DL-RL genannten Kriterien in Betracht kommt.

Die Beweislast für das Eingreifen eines Rechtfertigungsgrundes sowie die Tatsache, dass die mitgliedstaatlichen Beschränkungen geeignet und erforderlich sind, um den Rechtsgutsgefährdungen zu begegnen, tragen grundsätzlich die Mitgliedstaaten. Dies entspricht dem allgemeinen Rechtsgrundsatz, dass die Nachweispflicht immer denjenigen trifft, der sich auf einen Ausnahmetatbestand beruft.⁸⁵

Durch die DL-RL hat sich an dieser Rechtslage nichts geändert, da die Berufung auf einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses zur Rechtfertigung einer Beschränkung der Niederlassungsfreiheit nach Artikel 15 Abs. 3 DL-RL weiterhin die Ausnahme darstellen soll. Artikel 15 Abs. 5 (a) DL-RL stellt in Verbindung mit Artikel 39 Abs. 1 DL-RL zudem ausdrücklich klar, dass es die Mitgliedstaaten sind, die im Rahmen der gegenseitigen Evaluierung ihrer bestehenden binnenmarktrelevanten Rechtsvorschriften darlegen müssen, warum sie der Auffassung sind, dass die in Frage stehenden Beschränkungen die Bedingungen des Artikels 15 Abs. 3 der DL-RL erfüllen.

Da der Gesetzgeber mit den in der HOAI enthaltenen Mindest- und Höchstsätzen unterschiedliche Ziele verfolgt, werden beide Regelungen im Folgenden getrennt betrachtet.

4.1 Rechtfertigung der Mindestsätze der HOAI

Die Mindestsätze der HOAI sind im Rahmen der Niederlassungsfreiheit einer Rechtfertigung zugänglich, sofern sie den in Artikel 15 Abs. 3 DL-RL enthaltenen Bedingungen gerecht werden.

⁸⁵ Becker in: Schwarze, EU-Kommentar, Artikel 30 Rn.75 ff mit Verweis auf EuGH, Rs. 247/81 – *Kommission/Deutschland*, Rn.7. Diese Ausführungen betreffen zwar die Warenverkehrsfreiheit, jedoch sind sie aufgrund der anerkannten Einheitlichkeit der Struktur und Auslegung der Grundfreiheiten auch auf die Niederlassungsfreiheit und die Dienstleistungsfreiheit übertragbar.

Der nach Artikel 15 Abs. 3 (a) DL-RL geforderte nicht diskriminierende Charakter ist bei den Mindestsätzen der HOAI eindeutig gegeben. Sie sind auf inländische und grenzüberschreitende Sachverhalte gleichermaßen anwendbar, ohne direkt oder indirekt zwischen inländischen und ausländischen Anbietern zu differenzieren.

Da die in Artikel 15 Abs. 3 (b) und (c) DL-RL genannten Bedingungen der „Erforderlichkeit“ und der „Verhältnismäßigkeit“ untrennbar miteinander verknüpft sind, werden diese im Folgenden gemeinsam unter dem jeweils zur Rechtfertigung herangezogenen zwingenden Grund des Allgemeininteresses diskutiert. Als Rechtfertigungsgrund für die in der HOAI enthaltenen Mindestsätze kommen dabei (i) die Aufrechterhaltung eines hohen Qualitätsniveaus zum Schutz der Verbraucher und Dienstleistungsnutzer, (ii) der Schutz der Verbraucher und Dienstleistungsnutzer vor Missbrauch bei der Honorarabrechnung und (iii) eine Reihe weiterer, zur Rechtfertigung heranziehbarer Gründe wie z.B. die öffentliche Sicherheit, Ordnung und Gesundheit sowie der Umweltschutz in Betracht.

4.1.1 Aufrechterhaltung eines hohen Qualitätsniveaus zum Schutz der Verbraucher und Dienstleistungsnutzer

Die Mindestsätze der HOAI dienen in erster Linie der Qualitätssicherung und damit dem in Artikel 15 Abs. 3 (b) in Verbindung mit Artikel 4 Nr. 8 DL-RL als Rechtfertigungsgrund anerkannten Schutz der Verbraucher und der Dienstleistungsempfänger.

Die Aufrechterhaltung eines hohen Qualitätsniveaus der von einer reglementierten Berufsgruppe erbrachten Dienstleistungen wird sowohl von der Kommission⁸⁶ als auch vom EuGH⁸⁷ als Ziel von öffentlichem Interesse und damit als zur Rechtfertigung geeigneter zwingender Grund des Allgemeininteresses akzeptiert.

⁸⁶ Siehe z.B. begründete Stellungnahme der Kommission gegenüber Italien vom 21.12.2005, C(2005)5894, Punkt 4.3.1. und 4.3.2.

⁸⁷ Siehe z.B. EuGH, Rs. 94/04 – *Cipolla/Portolese*, Rn. 64 und EuGH, Rs. C-233/94 – *Einlagensicherungssysteme*, Rn. 16 mit weiteren Nachweisen; EuGH, C-58/98 – *Corsten*, Rn. 38 (im Hinblick auf die Sicherung der Qualität handwerklicher Arbeiten zur Bewahrung der Abnehmer vor Schäden). Generalanwalt Léger hat in seinen Schlussanträgen zur Rs. C-35/99 – *Arduino*, Rn. 112, zur Begründung des öffentlichen Interesses zu Recht darauf abgestellt, dass die von Architekten erbrachten Leistungen „wesentliche Aspekte der Gesellschaft, wie etwa [...] die öffentliche Sicherheit und den Städtebau [betreffen]. Diese Dienstleistungen können sich direkt und unmittelbar auf grundlegende Aspekte des Lebens der Bürger, wie etwa ihre körperliche Unversehrtheit, auswirken. [...] Diese Leistungen [haben] auch Außeneffekte in Form von Gewinnen oder Verlusten für die Gesellschaft als Ganzes. Die Nachfrage nach beruflichen Dienstleistungen ist oft abgeleiteter Natur, was bedeutet, dass der Output (Plan eines Architekten) Zwischenstück einer längeren Produktionskette ist. Die Qualität dieser Dienstleistungen bildet demnach einen der entscheidenden Inputs in vielen Bereichen der Volkswirtschaft. Außerdem zeichnen sich die Märkte für berufliche Dienstleistungen durch eine asymmetrische Information aus. Da der Verbraucher die Qualität der

4.1.1.1 Eignung der Mindestsätze zur Zielerreichung

Zu prüfen ist zunächst die Eignung der Mindestsätze der HOAI zur Erreichung dieses Ziels.

Eine Maßnahme ist immer dann als geeignet anzusehen, wenn sie tatsächlich tauglich ist, das in Anspruch genommene Rechtsgut zu schützen und damit das gemeinschaftsrechtlich anerkannte Ziel zu erreichen.⁸⁸ Dabei kommt es darauf an, ob die Maßnahme unter Kausalitäts- und Wahrscheinlichkeitsgesichtsaspekten den Geschehensablauf in die vom Mitgliedsstaat beabsichtigte Richtung lenken kann.⁸⁹ Der EuGH gewährt den Mitgliedstaaten dabei einen gewissen Prognosespielraum,⁹⁰ der dazu führt, dass nur offensichtlich protektionistische Maßnahmen als nicht geeignet einzustufen sind.

Die Kommission vertritt die Ansicht,⁹¹ dass Mindestsätze nicht zur Erreichung dieses Ziels geeignet sind, da zwischen verbindlichen Mindestsätzen und einem gehobenen Qualitätsstandard der angebotenen Leistung kein kausaler Zusammenhang besteht. In der begründeten Stellungnahme gegenüber Italien bezüglich der dort geltenden Mindesthonorarvorgaben für Architekten- und Ingenieurleistungen hat die Kommission zu dieser Frage folgendes festgestellt:

„In jedem Fall können festgesetzte Mindesttarife nicht verhindern, dass wenig skrupelhafter Dienstleister Dienstleistungen von minderer Qualität anbieten und zu hohe Honorare für die erbrachte Dienstleistung fordern. Die Mindesttarife gestatten nicht den Schutz des Dienstleistungsnutzers gegen eventuelle Versuche des Dienstleisters, die Qualität und die Kosten der eigenen Dienstleistung zu reduzieren, um einen potentiell höheren Gewinn zu erzielen; der Dienstleister kann seine Kosten reduzieren, er kann jedoch nicht die entsprechenden Honorare reduzieren, die für alle erbrachten Dienstleistungen auf dem gleichen Niveau bleiben.“ (Rn.4.3.1.)

angebotenen Dienstleistungen nur selten beurteilen kann, ist es unerlässlich, gewisse Regelungen zur Aufrechterhaltung der Qualität dieser Dienstleistungen aufzustellen.“ Dies gilt in entsprechender Weise für Ingenieur-Dienstleistungen.

⁸⁸ Becker in: Schwarze, EU-Kommentar, Artikel 30, Rn. 64 ff. Auch wenn die Erörterung der Begrifflichkeiten im Rahmen der Warenverkehrsfreiheit erfolgt, sind diese auf alle anderen Grundfreiheiten übertragbar, da es sich um einen allgemeinen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts handelt.

⁸⁹ Schroeder in: Streinz, EUV/EGV, Artikel 30, Rn. 52.

⁹⁰ Insbesondere EuGH, Rs. C-293/93 – *Houtwipper*, Rn. 22; EuGH, C-265/95 – *Kommission/Frankreich*, Rn. 33.

⁹¹ Siehe z.B. begründete Stellungnahme der Kommission gegenüber Italien vom 21.12.2005, C(2005)5894, Punkt 4.3.1. und Bestätigung in EuGH, Rs. C-94/04 – *Cipolla*, Rn. 63.

Der EuGH hat sich gegenüber dem Argument der Wechselwirkung zwischen der Honorarhöhe und der Qualität der Leistung dagegen in der aus dem Jahr 2006 stammenden Rechtssache *Cipolla*,⁹² in der es um die italienische Honorarordnung für Rechtsanwälte ging, aufgeschlossener gezeigt:

„Zwar können hohe Mindesthonorare die Mitglieder des Berufsstandes nicht davon abhalten, minderwertige Dienstleistungen zu erbringen, doch kann nicht von vornherein ausgeschlossen werden, dass solche Honorare helfen, in einem Kontext wie dem des italienischen Marktes, der [...] durch eine ausgesprochen große Anzahl zugelassener und praktizierender Anwälte gekennzeichnet ist, einen Konkurrenzkampf zwischen Anwälten zu vermeiden, der zu Billigangeboten führen könnte, was das Risiko eines Verfalls der Qualität der erbrachten Dienstleistungen zur Folge hätte.“

Bei der vom EuGH geforderten Gesamtschau unter Berücksichtigung der Besonderheiten des fraglichen Marktes lassen sich eine Reihe von Indizien finden, die belegen, dass die in der HOAI enthaltenen Mindestsätze einen unverzichtbaren Beitrag zur Qualitätssicherung leisten:

- a) *Gewährleistung der Unabhängigkeit und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Anbieter als unverzichtbare Grundlage für qualitätvolle Arbeit*

Die Mindestsätze der HOAI stellen in erster Linie sicher, dass die Dienstleistungserbringer ihre Unabhängigkeit und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit bewahren. Diese stellen eine unverzichtbare Grundlage für qualitätvolle Arbeit dar, da die Dienstleistungserbringer nur so in der Lage sind, ihre Tätigkeit unter Einhaltung aller ihnen zum Schutz der Verbraucher und Dienstleistungsempfänger auferlegten beruflichen Pflichten auszuüben.

Die These der Kommission, dass Mindesthonorarsätze nicht verhindern können, dass Dienstleistungen schlechter Qualität erbracht werden, geht am entscheidenden Punkt vorbei. Für die Eignung zur Qualitätssicherung ist nicht ausschlaggebend, ob durch die Mindesthonorarsätze schlechte Leistungen in jedem Einzelfall *ausgeschlossen* werden. Massgeblich ist vielmehr, ob durch die HOAI das generelle Qualitätsniveau gesteigert wird. Insoweit ist von dem Erfahrungssatz auszugehen, dass die Sicherung einer ausreichenden Mindestvergütung den Dienstleistungserbringer in die wirtschaftliche Lage versetzt, eine qualitativ hochwertige Leistung zu erbringen. Die Mindesthonorarsätze schaffen daher die Möglichkeit und steigern massgeblich die Wahrscheinlichkeit, dass Architekten und Ingenieure qualitätvolle Arbeit leisten. Gerade angesichts des existierenden Überangebots an Architekten am Markt drohte

⁹² EuGH, Rs. C-94/04 – *Cipolla*, Rn. 63.

bei Wegfall der Mindesthonorarsätze ein Abrutschen der Honorare bis zu dem Punkt, zu dem qualitativ hochwertige nicht mehr kostendeckend erbracht werden kann. Die HOAI verhindert daher einen Wettbewerb, der auf Kosten der Qualität geht.

Im Gegenzug und in positiver Hinsicht setzt die HOAI über die Mindesthonorarsätze einen starken Anreiz für Qualitätswettbewerb. Indem Wettbewerbsvorsprünge nur begrenzt über den Preis erzielt werden können, sind die Architekten und Ingenieure gezwungen, sich am Markt über die Qualität ihrer Dienstleistung zu profilieren. Es lässt sich kaum bestreiten, dass die Schaffung einer Anreizsituation für Qualitätswettbewerb unmittelbar geeignet ist, ein hohes Qualitätsniveau zu sichern.

Die Mindestsätze der HOAI haben hingegen nicht zum Zweck, lediglich ein bestimmtes Vergütungsniveau für eine einzelne Berufsgruppe abzusichern.⁹³ Vielmehr hat das gesetzgeberische Unterlassen einer Anpassung der Honorarsätze in den letzten Jahren dazu geführt, dass die Gefahr besteht, dass die Mindesthonorarsätze ihren ursprünglichen Zweck bald nicht mehr erfüllen können. Das sog. Hommerich-Gutachten⁹⁴ hat ergeben, dass trotz der Mindestsätze der HOAI im Referenzjahr 2004 im Durchschnitt 8% aller Architekturbüros in der Verlustzone gearbeitet haben. Von den restlichen 92% der Architekten hat die Hälfte im Referenzzeitraum einen Inhaberüberschuss von unter € 30.000 erwirtschaftet, der in etwa 10% unter dem Gesamtbruttoeinkommen eines Hausmeisters in öffentlichen Gebäuden liegt. Das Gutachten stellt weiter fest, dass mittlerweile 30% der Ingenieurbüros keine Gewinne mehr erzielen. Dies verdeutlicht auch, dass für die Architekten und Ingenieure der Preiswettbewerb durch die in der HOAI enthaltenen Mindestsätze gerade nicht ausgeschlossen wird.

Insgesamt sind die Mindesthonorarsätze daher geeignet, im Sinne des Verbraucherschutzes zur Qualitätssicherung beizutragen.

⁹³ Das Ziel der Einkommenssicherung für eine bestimmte Berufsgruppe kann nicht als zwingender Grund des Allgemeininteresses zur Rechtfertigung der Mindestsätze der HOAI angeführt werden. Es liegt zum einen nicht im allgemeinen Interesse der Gemeinschaft (siehe z.B. begründete Stellungnahme der Kommission gegenüber Italien vom 21.12.2005, C(2005)5894, Punkt 4.3.1. mit Verweis auf die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes von Italien) und stellt zum anderen ein rein wirtschaftliches Ziel dar, das nach ständiger Rechtsprechung des EuGH eine Einschränkung der für den Binnenmarkt elementaren Grundfreiheiten nicht rechtfertigen kann (siehe EuGH, Rs. C-398/95 – *SETTG*, Rn. 23; EuGH, Rs. C-158/98 – *Kohl*, Rn. 41).

⁹⁴ Hommerich, „Analyse der Kosten- und Ertragssituation in Architekturbüros“ (Ergebnisse einer Repräsentativbefragung), im Auftrag der Bundesarchitektenkammer erstelltes Gutachten vom Oktober 2006, S. 95ff.

b) *Angemessener Ausgleich für die Berücksichtigung öffentlicher Belange*

Mindestsätze sind darüber hinaus ein geeignetes Mittel, die Erfüllung von ursprünglich den Baubehörden zugewiesenen Aufgaben zu gewährleisten, die Architekten und Ingenieure aufgrund der Deregulierungsmaßnahmen in steigendem Maße zu erbringen haben.

In diesen speziellen Fällen nehmen die Mindestsätze der HOAI den Charakter einer Gebührenordnung an. Mindestsätze sind also in diesen Bereichen mit den gleichen Argumenten zu rechtfertigen wie staatliche Gebührenordnungen (z.B. die Gebührenordnung für Prüfstatiker).

Es liegt auf der Hand, dass die mangelfreie Erfüllung dieser Leistungen (z.B. Brandschutznachweise) im besonderen Interesse der Öffentlichkeit liegt. Dumpingpreise oder Preiswettbewerb in diesen sensiblen Bereichen würde den Intentionen des Gesetzgebers entgegenstehen und auch Belange der öffentlichen Sicherheit erheblich tangieren.

c) *Angemessener Ausgleich für ein erhöhtes Haftungsrisiko*

Die Mindestsätze der HOAI stellen zudem sicher, dass darüber hinaus auch das erhöhte Haftungsrisiko dieser Berufsgruppe Berücksichtigung findet.

Das gesteigerte Haftungsrisiko für Architekten und Ingenieure ergibt sich in erster Linie aus den hohen Haftungssummen, die im Hinblick auf die durchschnittlichen Kosten eines Bauvorhabens im Raum stehen, und zum anderen aus der in den letzten Jahren gestiegenen Verantwortung für die Genehmigungsplanung. Im Rahmen der vorgenommenen Deregulierung des Bauplanungs- und Bauordnungsrechts sind die Genehmigungserfordernisse für die meisten Bauwerke auf ein unerlässliches Minimum zurückgefahren worden, so dass letztlich nur noch sog. Sonderbauten⁹⁵ einer Baugenehmigung im ursprünglich bekannten Umfang bedürfen. Da die Baubehörden jedoch für die Genehmigungsfähigkeit der von ihnen nicht mehr zu prüfenden Aspekte des Bauvorhabens nicht mehr einstehen, lastet in dieser Hinsicht nunmehr die Verantwortung und Haftung vollständig auf den Planern; durch den Wegfall des sog. „Vier-Augen-Prinzips“ hat sich das faktische Risiko für den Planer verschärft. Insbesondere in den Bereichen, in denen der Gesetzgeber (de)regulierend tätig wird und dadurch die Haftungsrisiken der betroffenen Berufsgruppe erheblich ausweitet, muss er in dieser Hinsicht gleichzeitig für einen angemessenen Ausgleich sorgen.

⁹⁵ Sonderbauten sind Anlagen und Räume besonderer Art oder Nutzung, die einen der in den Bauordnungen der Länder aufgeführten Tatbestände erfüllen (siehe z.B. § 2 Abs.4 BauO Bln: Nr.1 Hochhäuser, Nr.2 bauliche Anlagen mit einer Höhe von mehr als 30m, etc).

Zudem ist zu berücksichtigen, dass Architekten und Ingenieure gegenüber dem Auftraggeber zusammen mit den Bauunternehmern als Gesamtschuldner haften und damit im Innenverhältnis zusätzlich deren Insolvenzrisiko tragen.⁹⁶

Zwar wird die Haftungssumme im Schadensfall in der Regel über die Berufshaftpflichtversicherung abgedeckt, jedoch muss der Dienstleister dafür zum einen hohe Versicherungsprämie vorfinanzieren.⁹⁷ Zum anderen kommt es aufgrund der im Baubereich typischerweise hohen Schadenssummen nach dem Eintreten der Versicherung im Schadensfall üblicherweise zu Prämiensteigerungen. Bei wiederholtem Eintreten der Versicherung steht zudem regelmäßig die Kündigung durch die jeweilige Versicherung im Raum. Dies kann in Anbetracht der begrenzten Anzahl der zur Verfügung stehenden Berufshaftpflichtversicherer bei wiederholten Kündigungen zu Schwierigkeiten bei der Suche nach einer neuen Haftpflichtversicherung führen, ohne die der jeweilige Dienstleister seine Tätigkeiten grundsätzlich nicht weiter anbieten darf.

d) Gefahr eines qualitätsbeeinträchtigenden Wettbewerbes zulasten der Verbraucher

Vor dem Hintergrund der vorstehenden Argumente besteht beim Wegfall der Mindestsätze der HOAI die vom EuGH in der Rechtssache *Cipolla* angesprochene Gefahr, dass es zwischen den Anbietern zu einem vorrangig über den Preis geführten qualitätsbeeinträchtigenden Wettbewerbes auf Kosten der Verbraucher kommt.

Wie auch der dem EuGH-Verfahren *Cipolla* zugrunde liegende italienische Anwaltsmarkt ist der Markt für Architekten und Ingenieure in Deutschland durch eine Überzahl von Anbietern geprägt. Nach ihrem Jahresbericht 2005/2006 wies die Bundesarchitektenkammer in Deutschland zum 1. Januar 2006 118.298 Kammermitglieder aus. Da somit in etwa ein Architekt bzw. Stadtplaner auf 697 Einwohner kommt, weist Deutschland im europäischen Vergleich eine

⁹⁶ Ausgangspunkt der in den letzten Jahrzehnten in dieser Hinsicht weiterentwickelten Rechtsprechung war der Beschluss des BGH vom 1. Februar 1965 – GSZ 1/64, BGHZ 43, 227.

⁹⁷ Nach einer Studie zur Architekten-Haftpflicht in Europa beträgt die zu zahlende Nettoprämie für eine Deckungssumme von € 3 Mio. für Personenschäden und € 500.000 für Sach- und Vermögensschäden bei einem Musterbüro (1 Inhaber, 3 angestellte Architekten) mit einem Jahresumsatz von ca. €400.000 und Lohnkosten von €180.000 je nach Anbieter zwischen €8.900 bis €17.000. Aufgrund des im Rahmen der Reform des Versicherungsvertragsgesetzes (VVG) eingeführten Direktanspruchs gegen den Pflichtversicherer werden die Prämien für die Berufshaftpflicht nach Schätzungen der Versicherungswirtschaft zum 1. Januar 2008 erheblich steigen. S. www.gdv.de/Downloads/Pressemeldungen_2006/Argumentarium_VVG.pdf.

überdurchschnittlich hohe Architektendichte auf.⁹⁸ Ähnliches gilt für die im Bausektor tätigen Ingenieure.

Der Wegfall der Mindestsätze der HOAI würde folglich in Anbetracht der in Deutschland vorherrschenden hohen Architekten- und Ingenieurichte den Wettbewerb zulasten der Qualität auf den Preis verlagern. Diese Gefahr wird durch die für den Architekten- und Ingenieurmarkt prägende Informationsasymmetrie zwischen Bauherrn und Dienstleistungserbringer noch verstärkt.

e) *Treuhandverhältnis zwischen Auftraggeber und Dienstleistungserbringer*

Mit der vertraglichen Bindung des Architekten oder Ingenieurs an ein Projekt wird durch die verbindliche Geltung der HOAI gleichzeitig dessen Leistungsbild festgeschrieben. Aufgabe des Dienstleisters ist es danach, treuhänderisch im Sinne der jeweiligen Bauherren zu arbeiten, indem er durch die Entwicklung der Planung, die Definition ihrer Umsetzung sowie die Kontrolle ihrer Realisierung und Ausführung das mit dem Bauherrn abgestimmte Bauvorhaben in ein qualitätvolles Gebäude umsetzt.

Die Kontrolle der ordnungsgemäßen Ausübung dieser treuhänderischen Funktion ist den Auftraggebern zum Teil nur schwer möglich, zumal sich die bei Preisdruck nicht ausbleibenden Einsparungen an Arbeitsaufwand nicht immer in einem für den Auftraggeber sichtbaren Schaden manifestieren. Als Beispiel lässt sich die in der HOAI verankerte Variantenplanung⁹⁹ anführen, welche die Prüfung unterschiedlicher Realisierungsmöglichkeiten für das Bauwerk unter vorrangiger Berücksichtigung umweltrelevanter Gesichtspunkte wie etwa der Energieeffizienz beinhaltet.¹⁰⁰ Eine Einsparung von Arbeitsaufwand an dieser Stelle ist für die Kunden nicht sichtbar, da er dem Rat des von ihm ausgewählten Anbieters im Vertrauen auf dessen fachliche Kompetenz und die fachgerechte Durchführung der Variantenplanung in der Regel

⁹⁸ Siehe auch Arbeitsmarkt-Information der Bundesagentur für Arbeit, Zentralstelle für Arbeitsvermittlung, Juni 2004, S. 30, <http://www.arbeitsagentur.de/zentraler-Content/Veroeffentlichungen/AM-Kompakt-Info/AM-Info-Architekten-Lage.pdf>.

Nach den dort zitierten Statistiken zum Jahr 2002 wies Deutschland im europäischen Vergleich vor Italien die größte Anzahl von Architekten aus, wobei die Einwohnerzahl pro Architekt in Deutschland (1,4/1000) knapp hinter der der Spitzenreiter Italien (1,7/1000) und Griechenland (1,5/1000) lag.

⁹⁹ Die Variantenplanung ist unter anderem in § 15 und § 73 (Leistungsphase 2) der HOAI verankert.

¹⁰⁰ Hinsichtlich der Energieeffizienz soll die Variantenplanung zum Beispiel sicherstellen, dass das Bauwerk im Hinblick auf die Lichtverhältnisse nicht so realisiert wird, dass der Auftraggeber letztlich auch bei Tag auf künstliche Lichtquellen zurückgreifen und längerfristig mit einem erhöhten Stromverbrauch rechnen muss.

folgen wird. Dass eine andere Bauvariante ihm erhebliche Folgekosten gespart hätte, ist ihm als Laien dagegen nicht erkennbar.

f) *Asymmetrie der Information zwischen Anbieter und Verbraucher bzw. Dienstleistungsnehmer*

Der Markt für Architekten- und Ingenieurdienstleistungen ist angesichts der Komplexität der erbrachten Leistungen und der eingeschränkten Möglichkeiten der Kunden, die ordnungsgemäße Ausübung dieser Tätigkeiten wirksam zu kontrollieren, durch eine ausgeprägte Informationsasymmetrie gekennzeichnet. Durch die in der HOAI enthaltenen Mindestsätze ist es den Kunden derzeit möglich, selbst zu beurteilen, welcher Leistungsaufwand in welcher Höhe mindestvergütet werden muss, damit die Dienstleistung den Qualitätserwartungen entspricht.

Beim Wegfall der Mindestsätze der HOAI würde der ursprüngliche Wissens- und Beurteilungsvorsprung der Anbieter hinsichtlich der Frage, ob das verlangte Honorar auch die für die qualitätvolle Erbringung der Leistung notwendigen Kosten deckt, wiederhergestellt. Die Verlagerung des Wettbewerbes von der Qualität auf den Preis würde somit die Abgabe von nicht kostendeckenden Billigangeboten erleichtern, bei denen zwangsläufig zur Aufrechterhaltung der Wettbewerbsfähigkeit an der Qualität der Dienstleistung gespart werden müsste, ohne dass sich der Kunde dessen bewusst wäre.

g) *Zusammenhang zwischen Preis und Qualität als dem Vergaberecht zugrunde liegender Rechtsgedanke*

Der Kausalzusammenhang zwischen Angebotspreis und Leistungsqualität liegt als allgemeiner Rechtsgedanke auch dem europäischen Vergaberecht zugrunde.

Die Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge¹⁰¹ sieht in Art. 55 Abs. 1 folgendes vor: „Erwecken im Fall eines bestimmten Auftrags Angebote den Eindruck, im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrig zu sein, so muss der öffentliche Auftraggeber vor Ablehnung dieser Angebote schriftlich Aufklärung [...] verlangen [...].“ In Anknüpfung hieran sieht § 25 Nr. 3 Abs. 1 VOB/A: „Auf ein Angebot mit einem unangemessen niedrigen Preis darf der Zuschlag nicht erteilt werden.“

Wie in der Rechtsprechung mehrfach festgestellt wurde, liegt der Zweck dieser Vorschriften darin, den Auftraggeber vor ruinösen Angeboten zu schützen, die

¹⁰¹ Artikel 53 Abs. 1 der RL, ABl. Nr. L 134 vom 30/04/2004, S. 114 – 240.

aufgrund ihres zu niedrigen Preises keine ordentliche Ausführung erwarten lassen.¹⁰² „Der Auftraggeber läuft bei der Zuschlagserteilung auf ein Unterangebot Gefahr, dass der Auftragnehmer in wirtschaftliche Schwierigkeiten gerät und den Auftrag nicht oder nicht ordnungsgemäß, insbesondere nicht mängelfrei, zu Ende führt“.¹⁰³

Diese Regelungen verdeutlichen, dass der europäische Richtlinien-Gesetzgeber selbst einen kausalen Zusammenhang zwischen Preis und Qualität einer Leistung sehen. Wie sich aus den zitierten Vorschriften und aus der in Bezug genommenen Rechtsprechung ergibt, spricht bei ungewöhnlich niedrigen Preisen die Vermutung des ersten Anscheins dafür, dass diese Preise auf Kosten der Qualität der zu erbringenden Leistung gehen. Die mit Blick auf Honorarordnungen aufgestellte These der Kommission, dass zwischen Mindestpreisen und Qualitätswahrung kein erkennbarer Zusammenhang bestehe, widerspricht somit anderweitiger europäischer Gesetzgebung.

h) Keine Nachteile für den Kunden durch die verbindliche Anwendung von Mindestsätzen

Die Mindestsätze der HOAI stehen schliesslich auch nicht im Widerspruch zum Ziel des Verbraucherschutzes, da sie – wie die Kommission gegenüber der Republik Italien hinsichtlich der Honorarordnung für Anwälte geltend machte - zu dem Nachteil führten, dass etwaige finanzielle Schwierigkeiten des Auftraggebers in der Preisgestaltung des Anbieters nicht berücksichtigt werden können.¹⁰⁴

Zunächst kann Verbraucherschutz nicht bedeuten, Verbrauchern den Anspruch auf eine Dienstleistung (zur Planung und/oder Errichtung eines Bauwerks) zu gewähren, zu deren Entlohnung sie finanziell nicht in der Lage sind. Wie oben aufgezeigt, bewegen sich die Mindesthonorarsätze am unteren Ende dessen, was noch die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Architekten und Ingenieure deckt. Während ein finanziell wenig leistungsfähiger Verbraucher in die Lage geraten kann, anwaltlichen Rat in Anspruch nehmen zu müssen (so der sachliche Hintergrund im Fall *Cipolla*), ist kein Verbraucher auf die Errichtung eines Bauwerks angewiesen. Vielmehr wird er

¹⁰² OLG Düsseldorf, VergabeR 2001, 128; BayObLG ZfBR 2001, 45; BGH, Beschluss vom 31.08.1994 - 2 StR 256/94 - NJW 1995, 737; ders. BauR 1980, 63.

¹⁰³ BayObLG, Beschl. v. 18.9.2003, Verg 12/03. S. auch Vergabekammer des Bundes, Beschluss vom 20.04.2005 – VK 1/23-05: „Vor diesem Hintergrund kann es dem Auftraggeber nicht zugemutet werden, ein ihm unauskömmlich erscheinendes Angebot zunächst anzunehmen und bei nicht ordnungsgemäßer Leistungserbringung seine Rechte sodann auf der Ebene der Vertragsdurchführung durchzusetzen. Das Vergaberecht will gerade dies verhindern, indem es Angebote, die erhebliche Zweifel an einer ordnungsgemäßen Vertragsdurchführung erwarten lassen, von vornherein aus dem Kreis der zuschlagsfähigen Angebote ausschließt“.

¹⁰⁴ Siehe z.B. begründete Stellungnahme der Kommission gegenüber Italien vom 21.12.2005, C(2005)5894, Punkt 4.3.1.

dies nur tun (oder ist nur insoweit schutzwürdig), als er auch über die hierzu erforderlichen finanziellen Mittel verfügt.

i) *Zwischenergebnis:*

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die in der HOAI enthaltenen Mindesthonorarsätze darauf abzielen und geeignet sind, ein qualitativ hohes Niveau der von Architekten und Ingenieuren erbrachten Dienstleistungen zu sichern.

Zwar mögen Mindesttarife die Kunden nicht umfassend davor schützen, dass einzelne Anbieter möglicherweise versuchen, die Qualität und die Kosten der eigenen Dienstleistung zu reduzieren und so ihren Gewinn zu erhöhen. Ein solches Verhalten läßt sich unter keinen Umständen mit gänzlich ausschließen kann. Eine solche Ausschlusswirkung ist für die Feststellung der Geeignetheit der in der HOAI enthaltenen Mindestsätze allerdings auch nicht notwendig. Vielmehr reicht es aus, dass die staatliche Massnahme unter Kausalitäts- und Wahrscheinlichkeitsaspekten den Geschehensablauf in die vom Mitgliedstaat beabsichtigte Richtung lenkt. Dieser Effekt ist vorliegend uneingeschränkt zu bejahen.

4.1.1.2 Erforderlichkeit der Mindestsätze zur Zielerreichung

Die Mindestsätze der HOAI müssten zudem zur Erreichung des Ziels der Qualitätssicherung erforderlich sein.

Artikel 15 Abs. 3 lit. c der DL-RL verlangt in dieser Hinsicht, dass die mitgliedstaatliche Maßnahme „nicht über das hinausgehen (darf), was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist: diese Anforderungen können nicht durch andere weniger einschneidende Maßnahmen ersetzt werden, die zum selben Ergebnis führen.“ Dies entspricht auch der vom EuGH geprägten Definition der Erforderlichkeit, nach der „der angestrebte Zweck nicht durch Maßnahmen erreicht werden kann, die den innergemeinschaftlichen Handel weniger beschränken.“¹⁰⁵

Die Mitgliedstaaten verfügen grundsätzlich über eine gewisse Einschätzungsprärogative im Hinblick auf die Frage, ob die Verfolgung bestimmter Anliegen erforderlich ist und auf welchem Weg dies zu geschehen hat. Auch wenn der EuGH diesen Bereich in seiner Rechtsprechung bisher nicht näher konturiert hat, lässt sich aus seiner bisherigen Rechtsprechung ableiten, dass der den Mitgliedstaaten zur Verfügung stehende Spielraum umso größer ist, je eher Fragen berührt sind, die über den Kreis der Wirtschaftspolitik hinausgehen.¹⁰⁶ Hat ein Mitgliedstaat dabei die

¹⁰⁵ EuGH, Rs. 25/88 – *Wurmser*, Rn. 13ff; EuGH, Rs. C-470/93 – *Mars*, Rn. 15.

¹⁰⁶ Randelzhofer/Forsthoff in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, vor Artikel 39-55, Rn. 172.

Wahl zwischen verschiedenen zur Erreichung desselben Ziels gleichermaßen geeigneten Mitteln, so hat er jedoch das Mittel zu wählen, das die Inanspruchnahme der betroffenen Grundfreiheit am wenigsten behindert.

Im Unterschied zur Verhältnismäßigkeitsprüfung nach deutschem Recht sieht das Europarecht die Prüfung der Angemessenheit der Maßnahme nicht als gesondertes drittes Kriterium vor. Wertende Aspekte wie die abstrakte Gewichtigkeit des betroffenen Schutzgutes, die Intensität der konkreten Bedrohung desselben und die Besonderheit des Falls sind nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH vielmehr bereits in die Erforderlichkeitsprüfung einzustellen.¹⁰⁷

Die Kommission¹⁰⁸ vertritt die Auffassung, dass Berufsausübungsregeln für Architekten und Ingenieure ein milderes Mittel zu Gewährleistung eines hohen Qualitätsstandards darstellen. Nach ihrer Ansicht

„wird die Qualität der Dienstleistungen durch andere Maßnahmen [als Mindestsätze] garantiert (bzw. sie muss durch andere Maßnahmen garantiert werden), wie zum Beispiel die Regelung des Zugangs zum Beruf und die berufliche Haftung [...]“ (Rn. 4.3.2.)

Der EuGH hat sich im Hinblick auf Architekten- und Ingenieurdienstleistungen zu dieser Frage bisher noch nicht äußern können. In seinem Urteil zur Rechtssache *Cipolla*,¹⁰⁹ in der er die Entscheidung dem vorlegenden mitgliedstaatlichen Gericht überlassen musste, hat er jedoch unterstrichen, dass zur Beurteilung der Erforderlichkeit der Mindestsätze geprüft werden muss,

„ob für die [in diesem Fall] Anwälte geltende Berufsregeln und insbesondere Vorschriften über die Organisation, die Qualifikation, das Standesrecht, die Kontrolle und die Haftung als solche ausreichen, um die Ziele des Verbraucherschutzes [...] zu erreichen.“ (Rn.69)

Zur Sicherstellung qualitativ hochwertiger Leistungen im Interesse des Verbraucherschutzes stehen jedoch entgegen der Ansicht der Kommission aus den folgenden Gründen keine gleichermaßen geeigneten Alternativen zu den Mindestsätzen in der HOAI zur Verfügung:

¹⁰⁷ Schroeder in: Streinz, Artikel 30, Rn. 55; EuGH, Rs. C-293/93 – *Houtwipper*, Rn. 25f.

¹⁰⁸ Siehe z.B. begründete Stellungnahme der Kommission gegenüber Italien vom 21.12.2005, C(2005)5894, Punkt 4.3.2. mit Verweis auf die Schlussanträge von GA Léger, C-35/99 – *Arduino*, Rn. 117 im Hinblick auf die Dienstleistungserbringung durch Rechtsanwälte.

¹⁰⁹ EuGH, C-94/04 – *Cipolla*, Rn. 69.

- a) *Kein ausreichender Schutz durch ein Berufsausübungsrecht, durch die Kontrolle des Berufszuganges und durch Berufsausübungsregeln*

Die in der Bundesrepublik Deutschland existierenden Regelungen zum Berufszugang bzw. zur Berufsausübung für Architekten und im Baubereich tätige Ingenieure sind nicht in gleichem Maße zur Herstellung des erwarteten Qualitätsniveaus geeignet, wie dies durch die Festlegung von Mindesthonorarsätzen für vertragsgemäß erbrachte Planungsleistungen möglich ist.

In den Baukammern-, Architekten- und Ingenieurgesetzen der Bundesländer sind die Voraussetzungen zur Führung der geschützten Berufsbezeichnungen „Architekt“, „Innenarchitekt“, „Landschaftsarchitekt“, „Stadtplaner“ und „Beratender Ingenieur“ geregelt. Eine Eintragung in die entsprechende Liste verleiht für sich selbst genommen nur das Recht, die entsprechende Berufsbezeichnung zu führen, also unter der geschützten Berufsbezeichnung auf dem Markt tätig zu werden. Ein eine andere Berufsgruppe ausschließendes Berufsausübungsrecht ist damit grundsätzlich nicht verbunden. Dies hat zur Folge, dass sich Architekten und Ingenieure bei der Ausübung ihres Berufes der Konkurrenz von sonstigen Anbietern aus nicht reglementierten Berufsbereichen ausgesetzt sehen, welche nicht über eine nachgewiesene vergleichbare Qualifikation verfügen. Zwar ist es die Pflicht der Berufskammern der Architekten und Ingenieure, berufswidriges Verhalten ihrer Mitglieder zu verfolgen. Dieser Möglichkeit kommt natürlich auch eine präventive Wirkung zu, jedoch ist ihr Charakter in erster Linie repressiver Natur. Sie kann damit nicht den zulasten der Kunden entstandenen Schaden ungeschehen machen. Die Mindestsätze der HOAI kommen dagegen bereits im Vorfeld der Tätigkeit des Dienstleistungsanbieters zur Anwendung und sind damit aufgrund ihrer ausschließlich präventiven Wirkung zur Vorbeugung der Schadensentstehung eindeutig besser geeignet als repressive Maßnahmen.

Zudem stellen die Mitglieder der Berufskammern – wie soeben ausgeführt – nur einen Teil der am Markt tätigen Anbieter. Selbst wenn man also der Auffassung folgen würde, dass die erwarteten Qualitätsstandards besser und wirkungsvoller durch berufsrechtliche Vorschriften erreichbar wären, so würde dies aufgrund des Fehlens eines Berufsausübungsrecht für die reglementierte Berufsgruppe nur zu einer unbefriedigenden Teillösung führen.

Konsequenterweise gilt deshalb die HOAI auch nicht ausschließlich – personenbezogen – für Architekten und Ingenieure, sondern für jeden, der dort geregelte Leistungen erbringt.¹¹⁰ Dieser Leistungsbezug der HOAI wird vom Bundesgerichtshof völlig zutreffend wie folgt begründet: „Ein ‚ruinöser

¹¹⁰ BGH, Urt. vom 22.05.1997 - VII ZR 290/95, BauR 1997, 677.

Preiswettbewerb bei Architekten- und Ingenieurleistungen‘ wird jedenfalls nur dann wirkungsvoll unterbunden, wenn alle Anbieter denselben Preisregeln unterliegen. Da die Tätigkeit der Architekten und Ingenieure im Gegensatz zu ihrer Berufsbezeichnung gesetzlich weitgehend nicht den eingetragenen Architekten und Ingenieuren vorbehalten ist, kann das nur erreicht werden, wenn alle Anbieter von Leistungsbildern der HOAI gleichmäßig deren Regeln unterstellt werden.“¹¹¹

Folglich reichen die für Architekten und Ingenieure geltenden Berufsregeln nicht aus, um im Sinne der Rechtsprechung des EuGH in seinem Urteil zur Rechtssache *Cipolla*,¹¹² die Ziele des Verbraucherschutzes in gleichem Maße zu erreichen, wie dieses durch die HOAI möglich ist. Die leistungs- und nicht personen- oder berufsstandsbezogene HOAI mit den dort geregelten Mindestsätzen ist also das derzeit einzige geeignete Instrument, insgesamt die im Interesse der Öffentlichkeit liegende Mindeststandards sicherzustellen, wie sie etwa in den Landesbauordnungen gefordert werden.

Sofern man sich auf Standpunkt stellt, dass der deutsche Gesetzgeber in Ermangelung eines effektiven Berufsausübungsrechts regulierend eingreifen müsste, um z.B. die bestehenden Berufszugangs- und Kammervorschriften für beide Berufsgruppen auf bisher nicht davon erfasste Personengruppen auszuweiten, stellt sich die Frage, ob ein solches Berufsausübungsrecht gleichermaßen wie die Mindestsätze der HOAI geeignet wäre, das Ziel der Qualitätssicherung zu erreichen.

Zwar ist einem solchen Berufsausübungsrecht durchaus eine präventive Wirkung immanent, jedoch kommt es in der Praxis in erster Linie als repressive Maßnahme zum Einsatz, da die Einhaltung bestimmter Qualitätsstandards im Einzelfall nur schwer zu kontrollieren ist. Die Pflicht zur Einhaltung bestimmter Mindestsätze im Rahmen der Honorarvereinbarung stellt dagegen präventiv und generell sicher, dass die Dienstleistungserbringer auf den Qualitätswettbewerb verwiesen werden. Gleichzeitig wird der Anreiz ausgeschlossen, zur Erlangung eines Wettbewerbsvorsprungs an der Qualität der Leistung zu sparen. Eine gleichermassen präventive und effektive Verringerung des Anreizes, im Wettbewerb die Leistungsqualität auf Kosten der Kunden zu beschränken, kann ein Berufsausübungsrecht nicht gleichermaßen erreichen. Es ist daher auch nicht gleichermaßen zur Zielerreichung geeignet wie die in der HOAI enthaltenen Mindestsätze.

Zudem ist davon auszugehen, dass die Einführung eines derartiger Berufsausübungsrechtes einen nicht zu vernachlässigenden Teil der derzeit auf dem

¹¹¹ BGH, a.a.O.

¹¹² EuGH, C-94/04 – *Cipolla*, Rn. 69.

Markt Tätigen für die Zukunft von einer entsprechenden Berufstätigkeit ausgrenzen würde und deshalb für diesen Personenkreis eine erhebliche und einschneidende Maßnahme darstellte, also kein den Wettbewerb und die Vertragsfreiheit weniger als die HOAI einschränkendes Mittel bilden. Folglich wäre der angestrebte Zweck der Qualitätssicherung nicht durch eine Maßnahme zu erreichen, die den innergemeinschaftlichen Handel weniger beschränkte.

b) *Festlegung von Leistungsbildern ohne Verknüpfung mit Mindestsätzen ist zur Zielerreichung nicht gleichermaßen geeignet*

Auch die Schaffung eines für alle Architekten- und Ingenieurdienstleistungen geltenden Leistungskataloges ist zur Zielerreichung nicht gleichermaßen geeignet.

Ein solcher Leistungskatalog, der die für die verschiedenen Leistungsphasen abrechenbaren Einzelleistungen abschließend aufzählt, würde zwar gewisse Leistungstransparenz schaffen. Der Dienstleistungsempfänger wäre jedoch in Anbetracht der bereits erörterten Informationsasymmetrie ohne die bisherige Verknüpfung mit entsprechenden Mindestsätzen nicht in der Lage nachzuvollziehen, ob es dem Anbieter mit dem für die einzelnen Leistungen verlangten Honorar überhaupt tatsächlich möglich ist, die jeweilige Leistung in der notwendigen Qualität zu erbringen.

Auch die von der Kommission¹¹³ vorgeschlagene „Veröffentlichung historischer oder erhebungsgeschätzter Angaben durch unabhängige Dritte (z.B. eine Verbraucherorganisation) [...] als Leitfaden“ stellt keine gleichermaßen geeignete Alternative dar. Aus solchen Statistiken lässt sich allein das derzeit am Markt vorherrschende durchschnittliche Preisniveau für einzelne Leistungen ablesen, jedoch ergibt sich daraus nicht, ob die verlangten Honorare auch in einem angemessenen Verhältnis zur erbrachten Qualität stehen.

c) *Kein ausreichender Schutz über das Haftungsrecht*

Auch das Haftungsrecht für Architekten und Ingenieure trägt nicht gleichermaßen zur Gewährleistung eines hohen Qualitätsstandards bei wie die in der HOAI enthaltenen Mindestsätze.

Die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen stellt lediglich eine reaktives Instrument dar, welches von bestimmten rechtlichen Voraussetzungen abhängt und lediglich bei konkreten und für den Verbraucher erkennbaren Schäden zur

¹¹³ Entscheidung der Kommission vom 24. Juni 2006, COMP/38.549 – Barème d’honoraires de l’Ordre des Architectes belges, Rn.99 zur Vereinbarkeit der belgischen Honorarordnung für Architekten mit Artikel 81 EG.

Anwendung kommt. Gegenüber Maßnahmen einer generellen Sicherstellung einer hohen Qualität kann es daher kein milderes Mittel darstellen. Schadensersatz ist konzeptionell etwas anderes als Sicherung einer hohen Dienstleistungsqualität. Auch kann der Auszahlung der Schadenssumme durch den Haftpflichtversicherer unter Umständen ein langwieriger und kostenintensiver Rechtsstreit vorausgehen, dessen Ausgang für den Dienstleistungsempfänger alles andere als gewiss ist.

Zudem trägt der Dienstleistungsempfänger trotz Berufshaftpflicht zu einem gewissen Grad das Insolvenzrisiko des Anbieters. Dies liegt zum einen daran, dass die Berufshaftpflicht nicht für jeden Schadensfall eintritt und der Anbieter für die vom Versicherungsschutz ausgeschlossenen Schadensfälle persönlich haftet. Zum anderen können Fälle auftreten, in denen der Anbieter sich nur in Höhe der obligatorischen Mindestdeckung versichert,¹¹⁴ welche die Schadens- und Haftungssumme im Einzelfall bei weitem übersteigen kann. Auch in diesem Fall haftet der Anbieter gegenüber dem anspruchsberechtigten Kunden für den überschießenden Betrag persönlich.

d) *Vergleich zu Regelungen in anderen Mitgliedstaaten*

Auch das Fehlen einer Honorarordnung in anderen Mitgliedstaaten kann nicht als Begründung für die mangelnde Notwendigkeit der HOAI für die Qualitätssicherung im Rahmen des Verbraucherschutzes angeführt werden.

Allein die Tatsache, dass andere Mitgliedstaaten auch ohne die in Frage stehenden Mindestsätze auskommen (müssen), lässt die Beibehaltung solcher Regelungen in einzelnen Mitgliedstaaten nicht als unverhältnismäßig erscheinen.¹¹⁵ Eine solche Unverhältnismäßigkeit ist bei unterschiedlichen mitgliedstaatlichen Regelungen allein dann gegeben, wenn den Dienstleistungsnutzern durch das Zusammentreffen der Regelungen des Herkunfts- und des Aufnahmemitgliedstaates eine Doppelbelastung erwächst.¹¹⁶ Im Hinblick auf die Pflicht zur Einhaltung der Mindestsätze der HOAI ist eine solche Doppelbelastung der Dienstleistungserbringer nicht gegeben, da der Geltungsbereich der HOAI auf im deutschen Hoheitsgebiet belegene Bauvorhaben beschränkt ist und Kollisionen mit den Regelungen des Herkunftsstaates damit ausgeschlossen sind.

Vor diesem Hintergrund kann man aus der in einem Mitgliedstaat bestehenden Pflicht zur Einhaltung festgesetzter Mindesthonorare zur Sicherstellung eines hohen

¹¹⁴ Bei Architekten und Ingenieuren ist derzeit aufgrund der neuen Vorgaben des VVG für Sachschäden eine Mindestversicherungssumme in Höhe von nur €250.000 vorgesehen.

¹¹⁵ EuGH, Rs. C-384/93 – *Alpine Investments*, Rn.51; EuGH, Rs. C-3/95 – *Reisebüro Broede*, Rn.42.

¹¹⁶ GA Jacobs in EuGH, Rs. C-384/93 – *Alpine Investments*, Rn.90.

Qualitätsniveaus der Dienstleistungserbringung entgegen der Auffassung der Kommission¹¹⁷ ebenso wenig schlussfolgern, dass damit die Qualität der Dienstleistung eines im EG-Ausland ansässigen Dienstleisters geleugnet wird, sofern in dessen Heimatstaat keine vergleichbare Pflicht besteht und die dortigen Tarife nicht denen des Aufnahmestaates entsprechen.

e) Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis ist festzustellen, dass sich mit guten Gründen vertreten lässt, dass die in der HOAI enthaltenen Mindestsätze erforderlich sind, um einen hohen Qualitätsstandard von Architekten- und Ingenieurdienstleistungen zum Vorteil der Verbraucher und Dienstleistungsnutzer zu gewährleisten. Regelungen über die Berufszulassung, Berufsausübung und Haftung für Architekten und Ingenieure sind keine gleichermaßen geeigneten Mittel, um das angestrebte Ziel der Qualitätssicherung zu erreichen.

4.1.2 Schutz der Verbraucher und der Dienstleistungsnutzer vor Missbrauch bei der Honorarabrechnung

Die in der HOAI enthaltenen Mindestsätze dienen zudem der Gewährleistung von Kostentransparenz für die Verbraucher und Dienstleistungsnutzer und tragen somit zur Verhinderung von Missbrauch bei der Honorarabrechnung bei. Da auch dieses Ziel unter den Begriff des Verbraucherschutzes fällt, ist eine Rechtfertigungsmöglichkeit der in der HOAI enthaltenen Mindestsätze auf Grundlage von Artikel 15 Abs.3 (b) DL-RL in Verbindung mit Artikel 4 Nr.8 DL-RL eröffnet.

Da die Möglichkeit zum Missbrauch bei der Honorarabrechnung von Architekten- und Ingenieurdienstleistungen in der Regel in überhöhten Rechnungen zum Ausdruck kommt und dafür in erster Linie die Höchstsätze der HOAI von Relevanz sind, wird dieser Rechtfertigungsgrund im Rahmen der Begutachtung der Höchstsätze behandelt.

4.1.3 Sonstige Rechtfertigungsgründe

Der EuGH hat in seiner ständigen Rechtsprechung weitere Gründe des Allgemeininteresses zur Rechtfertigung von Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit anerkannt. Zu diesen gehören die öffentliche Ordnung, Sicherheit und Gesundheit (ein sich bereits unmittelbar aus dem Primärrecht ergebender Rechtfertigungstatbestand) sowie der Schutz der Umwelt.

¹¹⁷ Begründete Stellungnahme der Kommission gegenüber Italien vom 21.12.2005, C(2005)5894, Punkt 4.3.2.

4.1.3.1 Öffentliche Sicherheit, Ordnung und Gesundheit

Es lässt sich vertreten, dass die HOAI jedenfalls mittelbar einen Beitrag zur öffentlichen Sicherheit, Ordnung und Gesundheit leistet, indem sie (wie oben näher erläutert) Anreize für eine hohe Qualität der Baudienstleistungen setzt.

Wie eine nähere Analyse der europarechtlichen Begriffe der öffentlichen Sicherheit, Ordnung und Gesundheit zeigt, lässt sich diese mittelbare Wirkung indessen schwerlich unter diese Rechtfertigungsgründe subsumieren. Die Begriffe der öffentlichen Sicherheit, Ordnung und Gesundheit werden vom EuGH in ständiger Rechtsprechung als Ausnahme vom Grundsatz der freien Niederlassung eng ausgelegt. Zwar billigt der EuGH den Mitgliedstaaten dabei einen gewissen Beurteilungsspielraum zu, jedoch unterliegt dieser gemeinschaftsrechtlich gezogenen Grenzen.¹¹⁸ Der Rechtfertigungsgrund der öffentlichen Sicherheit, Ordnung und Gesundheit hat hierbei einen sehr engen, spezifisch EG-rechtlichen Gehalt¹¹⁹, der sich von dem potentiell recht weiten Bedeutungsgehalt, der sich nach allgemeinem Sprachgebrauch in diese Begriffe hineinlesen lässt, unterscheidet. Die ursprüngliche gesetzgeberische Intention dieser drei Rechtfertigungsgründe liegt darin, den Mitgliedstaaten in für das nationale Gemeinwesen äußerst sensiblen Bereichen ausnahmsweise Sonderregelungen für Ausländer, wie z.B. Einreise- und Aufenthaltsbestimmungen sowie sonstige ausländerrechtliche Vorschriften und Regeln für die Ausübung einer selbständigen und unternehmerischen Tätigkeit zu ermöglichen.¹²⁰

Öffentliche Ordnung

Die öffentliche Ordnung umfasst als gemeinschaftsrechtlicher Rahmenbegriff neben der Meldepflicht im Meldewesen nur die elementaren unverzichtbaren Grundregeln, die im Grundinteresse der zivilen und politischen Struktur der Gesellschaft in einem Mitgliedstaat erlassen werden.¹²¹ Zudem kann nicht jede Verletzung nationaler Rechtsvorschriften bereits als Verstoß gegen die öffentliche Ordnung gewertet werden. Erforderlich ist vielmehr „eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt.“¹²² Als Beispiele für ein solches, vom Begriff der öffentlichen Ordnung geschütztes Grundinteresse zählt die

¹¹⁸ EuGH, Rs. 41/74 – *Van Duyn*, Rn.18-19.

¹¹⁹ S. hierzu auch das Handbuch der Europäischen Kommission zur Dienstleistungs-Richtlinie, S. 50.

¹²⁰ Müller-Graff in: Streinz, EUV/EGV, Artikel 46, Rn.3.

¹²¹ Müller-Graff in: Streinz, EUV/EGV, Artikel 46, Rn.8-9. Bejaht worden ist die Gefährdung der öffentlichen Ordnung z.B. beim Verbrauch von Betäubungsmitteln und Suchtkrankheiten.

¹²² EuGH, Rs. 30/77 – *Bouchereau*, Rn. 33-35.

DL-RL in ihrem 41. Erwägungsgrund „die Frage der menschlichen Würde, des Schutzes von Minderjährigen und hilfsbedürftigen Erwachsenen sowie den Tierschutz“ auf.

Die Mindestsätze der HOAI sollen zwar der Gefahr von Dumpingpreisen für Architekten- und Ingenieurdienstleistungen und einem damit einhergehenden Absinken des Qualitätsstandards zulasten der Dienstleistungsempfänger vorbeugen. Dieses Ziel liegt durchaus im öffentlichen Interesse des Gemeinwesens, jedoch stellt die Qualität der Dienstleistungen im Baubereich ein Schutzgut dar, das sich schwerlich als unverzichtbare Grundregel des Gemeinwesens ansehen lässt. Eine Rechtfertigung der Mindestsätze über den Begriff der öffentlichen Ordnung lässt sich somit kaum begründen.

Öffentliche Sicherheit

Der Begriff der öffentlichen Sicherheit bezeichnet inhaltlich einen Zustand der physischen und psychischen Gewaltfreiheit in der Öffentlichkeit und umfasst daher in seinem Kern das Schutzsystem zur Bekämpfung von Gewaltanwendung im Inneren oder von außen.¹²³ Der 41. Erwägungsgrund der DL-RL stellt insoweit klar, dass der Begriff der öffentlichen Sicherheit „auch Fragen der nationalen Sicherheit und Fragen der Sicherheit der Bevölkerung“ umfasst. Im Unterschied zur Auslegung dieses Begriffs im deutschen Recht verlangt der EuGH zusätzlich, dass „ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt“ ist, wodurch der Schutzzumfang weiter eingengt wird.¹²⁴

Im Hinblick auf die HOAI ließe sich zunächst argumentieren, dass die HOAI zu einer hohen Qualität im Bauwesen beitragen soll und mit dem Absinken des Qualitätsniveaus von Architekten- und Ingenieurleistungen sich Sicherheitsrisiken am Bau und durch den Bau ergeben können¹²⁵. Insofern ist die beabsichtigte Rückwirkung auf die Bausicherheit jedoch erstens nur sehr mittelbar: Die HOAI ist keine Bausicherheitsvorschrift, sondern eine Preisregelung. Zweitens ist fraglich, ob die Bausicherheit bzw. die Sicherheit von Bauten unter den engen europarechtlichen Begriff der „öffentlichen Sicherheit“ fällt, wie er in der Rechtsprechung des EuGH

¹²³ EuGH, Rs. C-367/89 – *Richardt*, Rn.22ff; EuGH, Rs. C-266/96 – *Corsica Ferries France II*, Rn.61.

¹²⁴ Tiedje/Troberg in: von der Groeben/Schwarze, Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Artikel 46, Rn.21. Aus der Rechtsprechung siehe u.a. EuGH, 72/83 – *Campus Oil*, in dem es um die Mindestversorgung mit Ölzeugnissen ging. In diesem Fall hielt der EuGH Maßnahmen im Rahmen der öffentlichen Sicherheit für gerechtfertigt, wenn dies wesentlich für die Existenz des Staates ist und hiervon nicht nur das Funktionieren der Wirtschaft, sondern das der staatlichen Einrichtungen, dessen zentraler öffentlicher Dienste und das Überleben der Bevölkerung abhängt.

¹²⁵ Statusbericht 2000plus Architekten/Ingenieure, Kapitel 5 – Europarecht und Gemeinschaftsfestigkeit der HOAI, S.8.

definiert wurde. Die Bausicherheit lässt sich wohl nicht als Frage der nationalen Sicherheit verstehen.

Öffentliche Gesundheit

Der Begriff der öffentlichen Gesundheit umfasst den von einem Mitgliedstaat angestrebten qualitativen Standard der Gesundheitslage in seinem Hoheitsgebiet. Er bezieht sich somit auf das Ziel, eine qualitativ hochwertige, ausgewogene sowie allen zugängliche ärztliche und klinische Versorgung aufrechtzuerhalten, und ermöglicht dazu, den freien Dienstleistungsverkehr im Bereich der ärztlichen und klinischen Versorgung unter bestimmten Voraussetzungen zu beschränken, gegebenenfalls auch durch Maßnahmen, die eine erhebliche Gefährdung des finanziellen Gleichgewichts des Systems der sozialen Sicherheit vermeiden.¹²⁶

Wiederum ließe sich überlegen, dass die HOAI auf hohe Bauqualität gerichtet ist und letztere auch positive Rückwirkungen auf die Gesundheit haben kann (etwa durch die Wahl der verwendeten Baumaterialien). Auch hier sind diese Rückwirkungen allerdings nur höchst indirekt und letztlich nur sekundäre Reflexe der eigentlichen Zielsetzungen der HOAI, welche eine Preisregelung und keine auf die öffentliche Gesundheit gerichtete Regelung ist. Wenn der Staat die öffentliche Gesundheit vor vom Bau ausgehenden Gefahren sichern wollte, wäre zudem eine entsprechende direkt diese Gefahren adressierende gesetzliche Regelung das geeignetere und verhältnismäßigere Mittel. Insgesamt lässt sich daher die HOAI wohl kaum mit der Sicherstellung der öffentlichen Gesundheit rechtfertigen.

4.1.3.2 Schutz der Umwelt

Für ein Eingreifen dieses Rechtfertigungsgrundes ist erforderlich, dass eine „echte Gefahr für die Umwelt“¹²⁷ besteht, der die in Frage stehende mitgliedstaatliche Regelung entgegenwirkt. Der EuGH hat unter diesem Rechtfertigungsgrund bislang nur solche mitgliedstaatlichen Regelungen akzeptiert, die der Umwelt *direkt* zugute kommen, wie z.B. die Einführung eines verpflichtenden Rücknahmesystems für Getränkeverpackungen und von Vorschriften zur Begrenzung der Geräuschemissionen von Flugzeugen.

Indem die HOAI auf die Sicherung einer hohen Qualität von Planungs- und Bauleistungen gerichtet ist, trägt sie indirekt auch zum Umwelt- und

¹²⁶ Müller-Graff in: Streinz, EUV/EGV, Artikel 46, Rn.11-12; EuGH, Rs. C-385/99 – *Müller-Fauré*, Rn.67, 81. Im Hinblick auf Maßnahmen, die einem Krankheitsfall vorbeugen sollen, werden nur solche erfasst, die wie die Einschränkung der Werbung für alkoholische Getränke und Tabak, einen direkten Bezug zur körperlichen Unversehrtheit aufweisen.

¹²⁷ EuGH, Rs. C-2/90 – *Kommission/Belgien*, Rn.31.

Ressourcenschutz bei¹²⁸. Durch entsprechende Bauqualität lassen sich die CO₂-Emissionen reduzieren und wird die Energieeffizienz gesteigert. Das Eingreifen des Rechtfertigungsgrundes scheidet indessen letztlich aus denselben Gründen wie im Hinblick auf die öffentliche Sicherheit und Ordnung: Es lässt sich allenfalls eine höchst indirekte Rückwirkung der Mindesthonorarsätze auf die öffentliche Gesundheit konstatieren, und letztere wäre über direkte Vorschriften über gesundheitliche Aspekte im Bausektor geeigneter und verhältnismäßiger geschätzt als über die schwer kalkulierbaren indirekten Auswirkungen der HOAI. Das Eingreifen des Rechtfertigungsgrundes würde daher spätestens in der Verhältnismäßigkeitsprüfung scheitern.

4.1.3.3 Sicherung der Baukultur

Das mit der HOAI verfolgte Ziel der Sicherung der Baukultur durch die künstlerische und ästhetische Gestaltung der gebauten Umwelt¹²⁹ ist derzeit kein im Gemeinschaftsrecht und in der ständigen Rechtsprechung des EuGH anerkannter Rechtfertigungsgrund und kann daher jedenfalls bisher nicht zur Rechtfertigung der Mindestsätze der HOAI herangezogen werden.

4.1.4 Ergebnis zur Prüfung der Rechtfertigung der Mindestsätze der HOAI

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass sich gewichtige Gründe für eine Rechtfertigung der in der HOAI enthaltenen Mindestsätze im Hinblick auf den Schutz der Verbraucher und Dienstleistungsempfänger anführen lassen. Es lässt sich daher – wohl entgegen der Auffassung der EU-Kommission - mit guten Gründen vertreten, dass die Mindestsätze der HOAI mit den Regelungen der DL-RL zur Niederlassungsfreiheit vereinbar und damit europarechtskonform sind.

Eine Rechtfertigung der mit der HOAI verbundenen Beschränkungen aus Gründen der öffentlichen Sicherheit, Ordnung und Gesundheit ist hingegen nur schwer begründbar.

4.2 Rechtfertigung der Höchstsätze der HOAI

Die Höchstsätze der HOAI sind einer Rechtfertigung zugänglich, sofern sie die in Artikel 15 Abs.3 DL-RL enthaltenen Bedingungen erfüllen.

¹²⁸ Statusbericht 2000plus Architekten/Ingenieure, 2002, S.5-8.

¹²⁹ Statusbericht 2000plus Architekten/Ingenieure, 2002, S.5-8.

Wie die Mindestsätze sind auch die in der HOAI enthaltenen Höchstsätze auf inländische und grenzüberschreitende Sachverhalte gleichermaßen anwendbar und erfüllen damit die Voraussetzung der Nicht-Diskriminierung in Artikel 15 Abs. 3 (a) DL-RL.

Im Unterschied zu den Mindestsätzen wurde den in den mitgliedstaatlichen Honorarordnungen enthaltenen Höchstsätzen bisher wenig Beachtung geschenkt, da sie keine Auswirkungen auf den Preiswettbewerb zwischen den Anbietern haben. Aus diesem Grund kann im Hinblick auf ihre Rechtfertigung weder auf eine gefestigte Kommissionspraxis noch auf eine ständige Rechtsprechung des EuGH zurückgegriffen werden.

4.2.1 Schutz der Verbraucher und Dienstleistungsnutzer durch die Begrenzung der Baukosten und des Mietanstieges

Die in der HOAI enthaltenen Höchstsätze dienen in erster Linie dem Ziel der Begrenzung der Baukosten und des Mietanstieges und damit direkt dem nach Artikel 15 Abs. 3 lit. b DL-RL in Verbindung mit Artikel 4 Nr. 8 DL-RL als Rechtfertigungsgrund anerkannten Schutz der Verbraucher und Dienstleistungsempfänger.

a) Eignung der Höchstsätze zur Zielerreichung

Die Höchstsätze sind zur Erreichung dieses Ziels geeignet.

Die Festlegung von Obergrenzen für das Honorar, das von Architekten und Ingenieuren für bestimmte Leistungen verlangt werden kann, verhindert die Entstehung eines überhöhten Honorarniveaus und damit gleichzeitig einen unangemessenen Anstieg der Gesamtkosten des jeweiligen Bauvorhabens. Die Begrenzung der für die Schaffung von Eigentum notwendigen Investitionskosten hat im Falle der Vermietung an Dritte auch eine positive Wirkung auf die für das Objekt zu zahlende Miethöhe, die vom Eigentümer in erster Linie auf der Grundlage der angefallenen Investitionskosten berechnet wird.

Die Tatsache, dass der Anteil der Honorarkosten an den Baukosten eher gering ist, steht der Eignung der Höchstsätze zur Zielerreichung nicht entgegen. Wie bereits erörtert, ist der Umfang der Wirkungen der mitgliedstaatlichen Maßnahmen kein Kriterium für die Feststellung ihrer Geeignetheit. Es kommt vielmehr allein darauf an, dass die Maßnahme unter Kausalitäts- und Wahrscheinlichkeitsgesichtspunkten in der Lage ist, den Geschehensablauf in Richtung des damit beabsichtigten Zieles zu lenken.

Die sachliche Begrenzung des Anwendungsbereiches der HOAI auf anrechenbare Baukosten von ca. € 25 Millionen steht der Geeignetheit der Höchstsätze zur Zielerreichung nicht entgegen. Der Ausschluss bestimmter Bauvorhaben von der verpflichtenden Anwendung der Höchstsätze schmälert nicht die von den Höchstsätzen ausgehende Wirkung auf die vom Anwendungsbereich der HOAI erfassten Bauvorhaben. Zudem ist zu berücksichtigen, dass aufgrund dieser relativ hoch angesetzten Grenze in der Praxis der Großteil der verbraucherrelevanten Projekte vom Anwendungsbereich der HOAI erfasst wird.

b) Erforderlichkeit der Höchstsätze zur Zielerreichung

Die Festlegung von Höchstsätzen ist zur Begrenzung der Baukosten und der Mietanstieges dürfte auch als erforderlich angesehen werden können. Es sind insoweit keine gleichermaßen effektiven Alternativmaßnahmen ersichtlich. Die Begrenzung der Baukosten lässt sich allein durch die Festlegung konkreter Höchstsummen erreichen, da es sich bei den Honorarkosten für die im Baubereich tätigen Berufsgruppen um den einzigen Kostenfaktor handelt, der staatlich regulierbar ist.

4.2.2 Schutz der Verbraucher und der Dienstleistungsnutzer vor Missbrauch bei der Honorarabrechnung

Wie bereits im Rahmen der Begutachtung der Mindestsätze ausgeführt, dienen die in der HOAI enthaltenen Honorarsätze auch der Gewährleistung von Kostentransparenz für den Verbraucher und Dienstleistungsempfänger und tragen somit zur Verhinderung von Missbrauch bei der Honorarabrechnung bei.

Diese Feststellung steht auch mit der bisherigen Entscheidungspraxis der Kommission im Einklang. Nach Auffassung der Kommission¹³⁰ kann die Pflicht zur Anpassung an einen festgesetzten Tarif für die Honorare von Architekten und Ingenieuren der Gewährleistung von Transparenz und damit dem Vorteil des Kunden dienen, der so gegen Missbrauch bei der Honorarabrechnung geschützt wird.

a) Eignung der Höchstsätze zur Zielerreichung

Die Festlegung von Höchstsätzen ist zur Verhinderung von Missbrauch bei der Honorarabrechnung geeignet.

Der Markt für Architekten- und Ingenieurdienstleistungen ist angesichts der Komplexität der erbrachten Leistungen durch eine ausgeprägte Informationsasymmetrie gekennzeichnet. In Verbindung mit den in der HOAI

¹³⁰ Siehe z.B. begründete Stellungnahme der Kommission gegenüber Italien vom 21.12.2005, C(2005)5894, Punkt 4.2.1.

enthaltenen Mindestsätzen zeigen die Höchstsätze dem Dienstleistungsempfänger auf, welches Honorar für welche Leistungsphasen als angemessen angesehen werden kann. Die so geschaffene Leistungs- und Kostentransparenz gleicht das auf Seiten der Dienstleistungsempfänger bestehende Informationsdefizit aus und verhindert, dass die Dienstleistungserbringer ihren Wissens- und Beurteilungsvorsprung hinsichtlich der Angemessenheit der von ihnen verlangten Honorare zulasten des Kunden ausnutzen.

Das Bundesverfassungsgericht hat in entsprechender Weise kürzlich für die Streitwertkappung des Rechtsanwaltsvergütungsgesetzes festgestellt: „Die gesetzliche Regelung dient dem Schutz der Rechtssuchenden, indem in generalisierender Form für alle anwaltlichen Leistungen Pauschalvergütungssätze vorgesehen sind. Dem Rechtssuchenden ist es regelmäßig nicht möglich, den für die anwaltliche Tätigkeit erforderlichen Aufwand selbst zu beurteilen.“¹³¹

Die Tatsache, dass der sachliche Anwendungsbereich der HOAI auf anrechenbare Kosten in einer Höhe von ca. €25 Millionen begrenzt ist und die Honorare für über diesen Betrag liegende Baukosten frei verhandelt werden können, spricht nicht gegen die Geeignetheit der Mindest- und Höchstsätze der HOAI zur Zielerreichung. Zwar besteht die Informationsasymmetrie im Hinblick auf die außerhalb des Anwendungsbereiches der HOAI liegenden Bauvorhaben fort. Jedoch ändert dies zum einen nichts an der im Anwendungsbereich der HOAI erreichten Ausgleichs des Informationsdefizits zwischen Dienstleistungserbringer und –empfänger. Zum anderen führt die so geschaffenen Leistungs- und Preistransparenz so einem Grundverständnis für die Honorarabmessung, welche auch die Beurteilung der Angemessenheit frei ausgehandelter Honorare außerhalb des Anwendungsbereiches der HOAI erleichtert.

b) Erforderlichkeit der Höchstsätze zur Zielerreichung

Die Festlegung von Höchstsätzen ist entgegen der Ansicht der Kommission¹³² zum Ausgleich der bestehenden Informationsasymmetrie und somit zur Verhinderung von Missbrauch bei der Honorarabrechnung auch erforderlich, da kein milderes und gleichermaßen effektives Mittel zur Zielerreichung zur Verfügung steht.

- Kein ausreichender Schutz durch die Möglichkeit zur Beanstandung überhöhter Honorare:

¹³¹ BVerfG, Beschl. v. 13.2.2007 – 1 BvR 910/05, BRAK-Mitt. 4/2007, S. 165.

¹³² Siehe z.B. begründete Stellungnahme der Kommission gegenüber Italien vom 21.12.2005, C(2005)5894, Punkt 4.3.1.

Nach Ansicht der Kommission¹³³ stellen die dem Verbraucher zur Verfügung stehenden Möglichkeiten zur Beanstandung überzogener Honorare, zum Beispiel durch Einspruch beim die Architekten und Ingenieure kontrollierenden Berufsverband, weniger einschneidende Mittel da, um den Verbraucher vor Abrechnungsmissbrauch zu schützen. Da Mindestsätze dem Verbraucher die Möglichkeit nehmen, Dienstleistungen zum besten Preis zu erhalten, müsse

„die Vertragsfreiheit zwischen Kunden und Architekt/Ingenieur [...] daher Vorrang haben, gemeinsam mit der Möglichkeit der Anrufung eines Berufsverbandes oder eines sonstigen zuständigen Organs bei Beanstandung von überzogenen Honoraren. [...] Maßnahmen zur Verbesserung der Verfügbarkeit und der Qualität der Informationen könnten die Verbraucher außerdem auf effizientere Weise schützen und ihnen die Wahl auf der Grundlage besserer Informationen ermöglichen.

Es erscheint dem Recht des Dienstleistungsnutzers und dem des Architekten und Ingenieurs daher angemessener, dass die Honorare Gegenstand einer bilateralen Vereinbarung zwischen den Parteien sein können, die eine direkte Bewertung der anfallenden Kosten sowie der Anforderungen und Erwartungen der Parteien in dem Bewusstsein gestattet, dass eventuelle Missbräuche von den zuständigen Einrichtungen geahndet werden.“

Diesen Feststellungen kann aus den folgenden Gründen nicht gefolgt werden:

Zunächst setzt die Alternative der Beanstandung das Bewusstsein des Dienstleistungsempfängers voraus, dass der Dienstleistungserbringer ein für die geleistete Tätigkeit überhöhtes Honorar verlangt hat. In Anbetracht der eingangs geschilderten Informationsasymmetrie und der Komplexität der Architekten- und Ingenieurdienstleistungen wird für den Dienstleistungsempfänger jedoch nur in Ausnahmefällen die Vermutung nahe liegen, dass das verlangte Honorar überzogen ist. Der Großteil der Fälle wird damit unbeanstandet bleiben, da aufgrund der Einzelfallbezogenheit der Honorare kein Richtpreis existiert, an dem der Dienstleistungsempfänger seine Beurteilung ausrichten kann.

Die Möglichkeit der Beanstandung überhöhter Honorare ist darüber hinaus als reaktive Maßnahme nicht gleichermaßen geeignet, die Vermögensinteressen der Dienstleistungsempfänger ausreichend zu schützen. Zudem ist zu berücksichtigen, dass die abweichende Einschätzung des jeweiligen Berufsverbandes den Architekten oder Ingenieur nicht daran hindert, die Angemessenheit des von ihm verlangten

¹³³ Siehe z.B. begründete Stellungnahme der Kommission gegenüber Italien vom 21.12.2005, C(2005)5894, Punkt 4.3.1.

Honorars vor Gericht auszufechten und den Dienstleistungsempfänger mit einem kosten- und zeitintensiven Rechtsstreit zu belasten.

Im Hinblick auf den Berufsstand der Ingenieure ist zudem zu berücksichtigen, dass die Kontrollbefugnisse der Berufskammern nur den Teil der Anbieter erfasst, die auf obligatorischer oder freiwilliger Basis Mitglieder sind.

- Kein ausreichender Schutz durch vorherige Unterrichtung über die Art und Weise der Honorarberechnung:

Sowohl die Kommission¹³⁴ als auch der Generalanwalt Poires Maduro¹³⁵ haben die Auffassung vertreten, dass die vorherige Unterrichtung der Dienstleistungsempfänger über die Art und Weise der Honorarabrechnung in reglementierten Berufen ein weniger einschneidendes Mittel zum Ausgleich des in diesen Märkten bestehenden Informationsgefälles darstellt.

Diese Ansicht spiegelt sich auch in Artikel 22 der DL-RL wider, der bestimmte Mindestanforderungen an die gegenüber dem Dienstleistungsempfänger offen zu legenden Informationen enthält. Nach Artikel 22 Abs. 1 (i) DL-RL muss der Dienstleistungserbringer demnach Informationen zum Preis der Dienstleistung zur Verfügung stellen, falls dieser vom Dienstleistungserbringer im Voraus festgelegt worden ist. Auf Anfrage muss der Dienstleistungserbringer dem Dienstleistungsempfänger nach Artikel 22 Abs. 3 DL-RL zudem Zusatzinformationen wie z.B. die Vorgehensweise zur Berechnung des Preises mitteilen.

Vor diesem Hintergrund ist der Kommission zwar insoweit zuzustimmen, als die Unterrichtung des Dienstleistungsempfängers über die Berechnung des von ihm verlangten Honorars eine gewisse Kostentransparenz schafft und damit zur Verringerung der bestehenden Informationsasymmetrie beiträgt.

Jedoch ist nicht ersichtlich, wie diese einzelfallbezogene Offenlegung der Honorarkalkulation den Dienstleistungsempfänger vor Missbrauch bei der Honorarabrechnung schützen kann. Die in der DL-RL vorgesehenen Unterrichtungspflichten, die auch die Kommission bei ihrer Aussage im Blick hatte, ermöglichen dem Dienstleistungsempfänger lediglich, die ihm vorgelegte Honorarabrechnung nachvollziehen zu können, ohne jedoch die notwendige Grundlage zur kundigen Beurteilung der Angemessenheit der für die einzelnen Leistungsphasen verlangten Honorare zu schaffen. Die Möglichkeit der Prüfung der

¹³⁴ Begründete Stellungnahme der Kommission gegenüber Italien vom 21.12.2005, C(2005)5894, Punkt 4.3.2.

¹³⁵ Schlussanträge des Generalanwaltes M. Poires Maduro vom 1. Februar 2006 in der Rs. C-94/04 – *Cipolla*, Rn.90.

vorlegten Rechnungsposten anhand der für vergleichbare Leistungen angemessenen Referenzpreise ist jedoch unverzichtbare Voraussetzung für das Bewusstsein des Dienstleistungsnutzers, mit einer überhöhten Honorarabrechnung konfrontiert worden zu sein, und damit auch für die Verhinderung von Missbrauch durch den Dienstleistungserbringer.

Der in der HOAI festgelegte Honorarrahmen gibt dem Dienstleistungsempfänger dagegen ein wirksames Mittel zur Überprüfung der Angemessenheit der ihm vorgelegten Honorarabrechnung zur Hand. Da die durch den Honorarrahmen als angemessen indizierte Honorarspanne den Parteien im Unterschied zu festen Honorarsätzen einen gewissen Raum für die individuelle Preisgestaltung belässt, ist zudem gewährleistet, dass die von den Honorarsätzen ausgehende Beschränkung der Niederlassungsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit nicht über das zur Zielerreichung erforderliche Maß hinausgeht.

- Kein ausreichender Schutz durch die Schaffung eines Leistungskataloges:

Auch die Schaffung eines für alle Architekten- und Ingenieurdienstleistungen geltenden Leistungskataloges ist zur Zielerreichung nicht gleichermaßen geeignet.

Ein solcher Leistungskatalog, der die für die verschiedenen Leistungsphasen abrechenbaren Einzelleistungen abschließend aufzählt, würde zwar über die bereits erwähnten Unterrichtungspflichten hinaus auch eine gewisse Leistungstransparenz schaffen. Der Dienstleistungsempfänger wäre jedoch nach wie vor nicht in der Lage, die Angemessenheit des für die einzelnen Leistungsphasen verlangten Honorars nachzuprüfen, solange der Leistungskatalog nicht, wie in der HOAI geschehen, an einen Honorarrahmen gekoppelt wird.

Auch im Hinblick auf die in der HOAI enthaltenen Höchstsätze stellt die von der Kommission¹³⁶ vorgeschlagene „Veröffentlichung historischer oder erhebungsgeschätzter Angaben durch unabhängige Dritte (z.B. eine Verbraucherorganisation) [...] als Leitfaden“ keine gleichermaßen geeignete Alternative dar. Aus solchen Statistiken lässt sich allein das derzeit am Markt vorherrschende durchschnittliche Preisniveau für einzelne Leistungen ablesen, jedoch ergibt sich daraus nicht, ob die verlangten Honorare auch in einem angemessenen Verhältnis zur erbrachten Qualität stehen.

- Zwischenergebnis

¹³⁶ Entscheidung der Kommission vom 24. Juni 2006, COMP/38.549 – Barème d’honoraires de l’Ordre des Architectes belges, Rn.99 zur Vereinbarkeit der belgischen Honorarordnung für Architekten mit Artikel 81 EG.

Die in der HOAI enthaltenen Höchstsätze können demnach als erforderlich angesehen werden, um die Dienstleistungsnutzer effektiv gegen Missbrauch bei der Honorarabrechnung zu schützen. Weder die Möglichkeit zur nachträglichen Beanstandung der Honorarabrechnung bei den Berufsverbänden oder vor Gericht, noch die in der DL-RL vorgesehenen Informationspflichten stellen zur Erreichung dieses Ziels gleichermaßen geeignete Alternativen dar.

4.2.3. Ergebnis zur Prüfung der Rechtfertigung der Höchstsätze der HOAI

In Anbetracht der vorstehenden Argumente lässt sich mit guten Gründen vertreten, dass auch die in der HOAI enthaltenen Höchstsätze unter dem Gesichtspunkt des Schutzes der Verbraucher und Dienstleistungsempfänger gerechtfertigt sind und daher im Hinblick auf die Niederlassungsfreiheit als europarechtskonform angesehen werden können.

5. Ergebnis zur Vereinbarkeit der Mindest- und Höchstsätze der HOAI mit der Niederlassungsfreiheit

Im Ergebnis lassen sich – entgegen der Auffassung der Kommission - gute Gründe dafür anführen, dass die Mindest- und Höchstsätze der HOAI mit der Niederlassungsfreiheit vereinbar sind.

Zum einen stellt sich die Frage, ob die Honorarsätze der HOAI bereits aufgrund ihrer zu mittelbaren bzw. zu ungewissen Wirkung auf dem Marktzugang überhaupt als Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit einzustufen sind.

Zum anderen lassen sich die Honorarsätze mit guten Gründen unter dem Gesichtspunkt des Schutzes der Verbraucher und der Dienstleistungsempfänger zu rechtfertigen.

III. Dienstleistungsfreiheit

Die Mindest- und Höchstsätze der HOAI sind nicht nur auf deutsche und in Deutschland niedergelassene Anbieter aus dem EG-Ausland, sondern auch auf vorübergehend in Deutschland tätige Dienstleistungserbringer anwendbar. Aus diesem Grund stellt sich in europarechtlicher Hinsicht auch die Frage der Vereinbarkeit dieser Honorarsätze mit der Dienstleistungsfreiheit.

Wie weiter oben diskutiert, ist zweifelhaft, ob der Ausschluss des Rechtfertigungsgrunds des Verbraucherschutzes durch die DL-RL mit dem EG-Vertrag vereinbar ist. Im folgenden wird daher die HOAI zum einen an Artikel 16 Abs. 1 DL-RL als der die Dienstleistungsfreiheit im Anwendungsbereich der Richtlinie abschließend harmonisierenden Vorschrift geprüft (wortlautgetreue Fassung) (siehe unten 1.) und zum anderen – in berichtigender primärrechtskonformer Auslegung – in Erweiterung um die in Artikel 4 Nr. 8 DL-RL genannten Rechtfertigungsgründe, also insbesondere den des Verbraucherschutzes (siehe unten 2.).

1. Vereinbarkeit der Mindest- und Höchstsätze der HOAI mit dem geltendem Wortlaut des Artikels 16 Abs. 1 DL-RL

Im Hinblick auf die Vereinbarkeit der Honorarsätze der HOAI mit Art. 16 Abs. 1 der DL-RL sind zwei Fragen zu prüfen, nämlich (i) die Feststellung einer Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit und (ii) die Möglichkeit einer Rechtfertigung dieser Beschränkung.

1.1 Honorarsätze der HOAI als Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit

Im Unterschied zur *Niederlassungsfreiheit* werden in den Regelungen der Richtlinie zur *Dienstleistungsfreiheit* mitgliedstaatliche Mindest- und Höchstsätze nicht ausdrücklich als potentielle Beschränkungen aufgeführt. Dies liegt daran, dass die DL-RL für die Dienstleistungsfreiheit keinen vergleichbaren Katalog potentieller Beschränkungen enthält. Vielmehr werden Mindest- und Höchstsätze vom Begriff der „Anforderungen“ in Artikels 16 Abs. 1 UA 3 der DL-RL erfasst, der wie der vom EuGH geprägte Begriff der „Beschränkung“ auszulegen ist.

a) Mindestsätze

Die in der HOAI enthaltenen Mindestsätze beschränken die Dienstleistungsfreiheit insofern, als sie es Dienstleistungserbringern aus dem EG-Ausland untersagen, den in Deutschland niedergelassenen Architekten und Ingenieuren mit einem unter den HOAI-Mindestsätzen liegenden Preis in Wettbewerb zu treten. Damit sind sie

zumindest potentiell geeignet, einen möglichen Wettbewerbsvorteil von in anderen Mitgliedstaaten ansässigen Architekten und Ingenieuren zu neutralisieren.

Zudem beschränken sie die Auswahlmöglichkeiten der Dienstleistungsempfänger, indem diesen versagt wird, Dienstleistungen von in anderen Mitgliedstaaten ansässigen Architekten und Ingenieuren zu einem unter dem in der Honorarordnung festgelegten Preis in Anspruch zu nehmen. Entsprechendes hatte der EuGH in der Rechtssache „Cipolla“ für die Mindest-Gebührensätze der italienischen Anwälte festgestellt und sodann hieraus geschlossen: „Das Verbot, durch Vereinbarung von den durch die Gebührenordnung festgesetzten Mindesthonoraren abzuweichen, wie es die italienischen Rechtsvorschriften vorsehen, kann den Zugang von in einem anderen Mitgliedstaat als der Italienischen Republik niedergelassenen Rechtsanwälten zum italienischen Markt für juristische Dienstleistungen erschweren und ist somit geeignet, die Ausübung ihrer Dienstleistungstätigkeiten in diesem Mitgliedstaat zu beschränken. Folglich stellt sich dieses Verbot als eine Beschränkung im Sinne von Artikel 49 EG dar.“¹³⁷

b) *Höchstsätze*

Auch die Höchstsätze der HOAI wirken sich im Lichte der Rechtsprechung des EuGH als Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit aus, da sie allein die Situation der in Deutschland zugelassenen Architekten und Ingenieure im Blick haben. Etwaige Zusatzkosten, die bei Anbietern aus dem EG-Ausland durch die vorübergehende Erbringung ihrer Dienstleistungen in Deutschland fallen, wie z.B. die Kosten eines zweiten Büros vor Ort,¹³⁸ finden dagegen keine Berücksichtigung. Die dadurch potentiell verursachte Verringerung der Gewinnmarge von im EG-Ausland ansässigen Dienstleistungserbringern ist somit geeignet, diese von der Inanspruchnahme der Dienstleistungsfreiheit abzuhalten oder diese weniger attraktiv erscheinen zu lassen.¹³⁹

¹³⁷ EuGH, Rs. 94/04 – *Cipolla*, Rn.58-60.

¹³⁸ Wie bereits im Rahmen der Abgrenzung von Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit dargestellt, darf sich auch der die Dienstleistungsfreiheit in Anspruch nehmende EG-Ausländer mit der für die Erbringung der Dienstleistung erforderlichen Infrastruktur in Form von Geschäftsräumen im Aufnahmestaat ausstatten. Die Abgrenzung zur Niederlassungsfreiheit erfolgt nicht anhand des Bestehens oder Nichtbestehens einer physischen Einrichtung vor Ort, sondern anhand der Frage, ob sich der Betroffene dauerhaft in das Wirtschaftsleben des Aufnahmestaates integriert.

¹³⁹ Schlussanträge des Generalanwaltes M. Poiares Maduro in Rs. C-94/04 – *Cipolla*, vom 1. Februar 2006, Rn.69.

- c) *Sind die Honorarsätze der HOAI vom Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit auszunehmen, da ihre Wirkungen auf den Marktzugang zu ungewiss und zu unmittelbar sind?*

Unabhängig von der potentiellen Eignung der Mindest- und Höchstsätze der HOAI zur Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit stellt sich wie bei der Niederlassungsfreiheit die Frage, ob ihre Wirkung auf den Marktzugang in tatsächlicher Hinsicht zu ungewiss und zu mittelbar ist. In letzterem Fall wären sie aus dem Schutzbereich der Dienstleistungsfreiheit auszunehmen und ohne weitere Rechtfertigung zulässig.

Zur Begründung der fehlenden praktischen Wirkung der Mindest- und Höchstsätze der HOAI auf die Entscheidung aus dem EG-Ausland stammender Dienstleistungsanbieter, ihre Dienstleistungen vorübergehend in Deutschland anzubieten, können dieselben Argumente wie im Bereich der Niederlassungsfreiheit angeführt werden: Hauptkriterien der Kundenentscheidung für einen bestimmten Anbieter sind Reputation und Erfahrung. Die Honorarkosten spielen aus diesem Grund und auch im Hinblick auf die Tatsache, dass nur ein geringer Teil der Gesamtkosten des Bauvorhabens auf sie entfällt, eine untergeordnete Rolle. Die eigentlichen Marktzugangshindernisse für Anbieter aus dem EG-Ausland liegen in den unterschiedlichen Rechtssystemen und Landessprachen sowie in den erheblich divergierenden Ausbildungsstandards.

Trotz des praktischen Bedürfnisses nach einer Einschränkung des vom EuGH weit verstandenen Schutzbereiches der Dienstleistungsfreiheit auf solche mitgliedstaatlichen Maßnahmen, die auch in der Praxis eine Wirkung zeitigen, ist diese Aussage in rechtlicher Hinsicht nicht so eindeutig zu treffen. Zum einen hat der EuGH diesen Schritt bisher nicht vollzogen, da er diesen für den Bereich der Warenverkehrsfreiheit entwickelten Grundsatz bislang nicht auf die Personenverkehrsfreiheiten übertragen hat. Zum anderen ist der EuGH in der Rs. *Cipolla*¹⁴⁰ bei der Prüfung des beschränkenden Charakters der italienischen Gebührensätze für Rechtsanwälte mit keinem Wort auf die Frage ihrer tatsächlichen Wirkungen eingegangen, so dass die Erfolgsaussichten einer solchen Argumentation mit Skepsis zu beurteilen sind.

- d) *Zwischenergebnis*

Im Ergebnis lässt sich nur schwerlich verneinen, dass die Honorarsätze der HOAI jedenfalls einen potentiell die Dienstleistungsfreiheit beschränkenden Charakter haben.

¹⁴⁰ EuGH, Rs. C-94/04 – *Cipolla*, Rn.55ff.

Nach der Rechtsprechung reicht eine solche rein potentielle Beschränkung wohl aus. Bisher gibt es in der – noch im Fluss befindlichen – Rechtsprechung des EuGH zur Dienstleistungsfreiheit noch keine hinreichenden belastbaren Ansatzpunkte für die Argumentation, dass eine Beschränkung zu verneinen ist, wenn – wie vorliegend für die HOAI vertretbar – sich in der Praxis aus der gesetzlichen Regelungen keine spürbaren Auswirkungen ergeben auf die Entscheidung eines EG-Ausländers, seine Dienstleistungen in Deutschland vorübergehend anzubieten.

1.2 Rechtfertigung der Honorarsätze der HOAI

Als eine Kernregelung der DL-RL hat Artikel 16 Abs. 1 UAbs. 3 lit. b DL-RL - im Hinblick auf die weitgehende Einführung des Herkunftslandsprinzips - für den Bereich der Dienstleistungsfreiheit die Rechtfertigung mitgliedstaatlicher Beschränkungen eingeschränkt auf die folgenden Allgemeinwohlgründe:

- die öffentliche Ordnung,
- die öffentliche Sicherheit,
- die öffentliche Gesundheit und
- den Schutz der Umwelt.

Der für die Rechtfertigung der HOAI entscheidende Allgemeinwohlgrund des Verbraucherschutzes wird durch die Richtlinie im Bereich der Dienstleistungsfreiheit damit implizit – aber in bewußter gesetzgeberischer Entscheidung - ausgeschlossen.

Wie oben zur Niederlassungsfreiheit näher ausgeführt, erscheint indessen eine Rechtfertigung der von der HOAI potentiell ausgehenden Beschränkungen mit den Gründen der öffentlichen Ordnung, der öffentlichen Sicherheit, der öffentlichen Gesundheit und des Umweltschutzes nur schwerlich möglich. Dem stehen der enge Geltungsbereich dieser EG-rechtlich eng definierten Begriffe sowie die zu indirekte und diffuse Rückwirkung der Mindest- und Höchstsätze der HOAI auf diese Gemeinwohlziele entgegen.

1.3 Ergebnis

Bei wortlautgetreuer Anwendung der DL-RL und insbesondere ihres Artikel 16 Abs. 1 UAbs. 3 lit. b DL-RL dürften die Mindest- und Höchstsätze der HOAI jedenfalls beim gegenwärtigen Stand der Rechtsprechung des EuGH mit der DL-RL nicht vereinbar sein.



2. Zulässigkeit der Mindest- und Höchstsätze der HOAI bei korrigierender Auslegung des Artikel 16 Abs. 1 DL-RL

Geht man davon aus, dass Artikel 16 der DL-RL nicht mit dem Primärrecht vereinbar ist, da der Katalog der Rechtfertigungsgründe in EG-vertragswidriger Weise eingeschränkt wird, so hat dies zur Folge, dass neben den in Artikel 16 Abs. 1 UAbs. 3 lit. b DL-RL genannten Rechtfertigungsgründen auch eine Rechtfertigung der Honorarsätze der HOAI unter Berufung auf den Schutz der Verbraucher und Dienstleistungsempfänger in Betracht kommt. Dies ergibt sich aus einer primärrechtskonformen Auslegung dieser Vorschrift, die als Folge des angenommenen Primärrechtsverstoßes der DL-RL durchzuführen ist und die zu einer Erweiterung ihres Wortlautes um die in Artikel 4 Nr.8 DL-RL genannten Rechtfertigungsgründe führt.

Die aus der primärrechtskonformen Auslegung dieser Vorschrift folgende sachliche Argumentation und Rechtslage ist dann mit derjenigen identisch, die oben für Artikel 15 Abs. 3 DL-RL für den Bereich der Niederlassungsfreiheit dargestellt wurde. Demnach ließe sich auch für die Dienstleistungsfreiheit mit guten Gründen eine Rechtfertigung der Honorarsätze der HOAI unter dem Gesichtspunkt des Schutzes der Verbraucher und Dienstleistungsempfänger vertreten.

C. EUROPARECHTSKONFORMITÄT DER MINDEST- UND HÖCHSTSÄTZE DER HOAI IN DER DURCH DAS BUNDESWIRTSCHAFTSMINISTERIUM GEPLANTEN NEUFASSUNG

Kern der vom Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit geplanten Novellierung der HOAI ist die Begrenzung ihres Anwendungsbereiches auf kleinere Bauvorhaben durch die Absenkung der Tafelendwerte sowie die grundsätzliche Vereinfachung der bestehenden Regelungen, unter anderem durch die Begrenzung des Anwendungsbereichs der HOAI auf weniger Leistungsphasen. Nachstehend wird summarisch geprüft, ob diese Änderungen zur Erreichung des von der Bundesregierung proklamierten Ziels beitragen, die HOAI „europatauglich“ zu machen.

I. Begrenzung des Anwendungsbereiches der HOAI durch die Absenkung der Tafelendwerte

In Anbetracht der bestehenden Unsicherheiten darüber, ob die Mindest- und Höchstsätze der HOAI mit dem Europarecht vereinbar sind, plant das BMWi derzeit, den Anwendungsbereich der HOAI auf kleinere Bauvorhaben zu beschränken. Dies soll „vor allem für kleinere und mittlere Büros und für Bauherren mit geringerem Bauvolumen (die) Sicherheit bei den entscheidenden (Planungs-)Leistungen [...] erhalten. Große erfolgreiche Büros und große Bauherren können sich dagegen in Vertragsverhandlungen selbst behaupten.“¹⁴¹

Zur Erreichung dieses Ziels plant das BMWi die Tafelendwerte der HOAI auf € 5 Mio. zu beschränken, so dass die HOAI auf Bauvorhaben, deren anrechenbare Kosten über diesem Betrag liegen, nicht mehr anwendbar wäre. Eine derartige Begrenzung des Anwendungsbereiches der HOAI würde zwar dazu führen, dass der grenzüberschreitende Verkehr von Architekten und Ingenieuren davon erheblich weniger betroffen wäre als bisher. Die für und gegen die Europarechtskonformität von Mindest- und Höchstsätzen sprechenden Argumente bleiben jedoch dieselben. Jedenfalls nach der bisherigen Rechtsprechung des EuGH ist ein bestimmtes Ausmaß (d.h. Umfang oder Intensität) der Behinderung nicht erforderlich, so dass auch Hemmnisse geringerer Bedeutung als Beschränkung angesehen werden.¹⁴² Ein Spürbarkeitserfordernis wie etwa in Artikel 81 Abs.1 EG besteht im Rahmen der Grundfreiheiten gerade nicht.¹⁴³

¹⁴¹ Stellungnahme der Bundesregierung zum XVI. Hauptgutachten der Monopolkommission 2004/2005 – Drucksachen 16/2460 und 16/2461, S.40.

¹⁴² EuGH, Rs. C-49/89 – *Corsica Ferries France*, Rn.8.

¹⁴³ Müller-Graf in: Streinz, EUV/EGV, Artikel 49 Rn.87 am Ende. Die Frage des Spürbarkeitserfordernisses ist von der Tatsache zu unterscheiden, dass die Behinderungseignung

II. Vereinfachung des bestehenden Regelungswerkes durch die Begrenzung der Leistungsphasen

Die geplante Vereinfachung des bestehenden Regelungswerkes zielt im Kern darauf ab, den Anwendungsbereich der HOAI auf den geistig-schöpferischen Planungsbereich und damit die bisherigen Leistungsphasen 1-5 zu beschränken.

Auch diese Regelung bewirkt lediglich eine Einschränkung des Anwendungsbereichs der HOAI. Für den verbleibenden Anwendungsbereich stellen sich indessen dieselben europarechtlichen Fragen wie für die derzeit geltende Fassung der HOAI.

III. Ergebnis

Zusammenfassend ist festzustellen, dass weder die Absenkung der Tafelendwerte noch die Begrenzung der Leistungsphasen noch der Wegfall der Beratungsleistungen zu einer geänderten europarechtlichen Bewertung der HOAI führen. Vielmehr begrenzen die geplanten Änderungen lediglich den sachlichen Anwendungsbereich der Honorarsätze der HOAI, ohne jedoch im verbleibenden Anwendungsbereich eine verstärkte Europarechtskonformität der HOAI zu erreichen.

D. EUROPARECHTSKONFORMITÄT UND VERFASSUNGSMÄßIGKEIT EINER NUR AUF INLÄNDER ANWENDBAREN HOAI

Angesichts der Bedenken gegen die Konformität der HOAI mit der DL-RL stellt sich die Frage, ob eine Beschränkung der Honorarordnung auf rein innerstaatliche Sachverhalte eine Lösung darstellte. Die HOAI (bzw. deren Honorarsätze) würde(n) danach nur auf deutsche und in Deutschland niedergelassene Architekten und Ingenieure Anwendung finden und insbesondere nicht auf aus dem Ausland erbrachte Dienstleistungen.

Dies würde indessen die Frage aufwerfen, ob eine derartige Regelung, die praktisch auf eine „Inländerdiskriminierung“ hinausläuft, mit dem Europarecht und dem deutschen Verfassungsrecht vereinbar wäre.

hinreichend substantiiert sein muss, so dass Regelungen, deren Behinderungseignung zu ungewiss bleibt, nicht unter Artikel 43 und 49 EG fallen. So auch im Hinblick auf die Dienstleistungsfreiheit GA Jacobs, Schlussanträge zur Rs. C-384/93 – *Alpine Investments*, Rn.58 und EuGH, Rs. C-159/90 – *Grogan*, Rn.24.

I. Vereinbarkeit der Inländerdiskriminierung mit dem Europarecht

Im Hinblick auf das Europarecht könnte die Inländerdiskriminierung gegen das Diskriminierungsverbot des Artikels 12 Abs. 1 EG, gegen die Grundfreiheiten des EG-Vertrages und die DL-RL verstoßen.

1. Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot

Gemäß Artikel 12 Abs. 1 EG ist jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten. Eine Honorarordnung, die zwischen Inländern und EG-Ausländern unterscheidet, könnte daher gegen das europarechtliche Diskriminierungsverbot verstoßen. Allerdings verbietet Artikel 12 Abs. 1 EG Diskriminierungen nur „im Anwendungsbereich des Vertrages“. Der EuGH hat diese Bestimmung so ausgelegt, dass ein grenzüberschreitendes Element gegeben sein muss. Auf rein innerstaatliche Sachverhalte ist das Diskriminierungsverbot damit nicht anwendbar.¹⁴⁴ Die nur für Inländer ohne Bezug zum EU-Ausland geltenden Mindest- und Höchstsätze werden somit vom europarechtlichen Diskriminierungsverbot gemäß Artikel 12 Abs. 1 EG nicht erfasst.

2. Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit

Ebenso wenig kann sich ein in Deutschland niedergelassener Architekt oder Ingenieur, der allein im Inland tätig wird, gegenüber der Honorarordnung auf seine Dienstleistungsfreiheit gemäß Artikel 49 EG berufen. Denn das Merkmal der Grenzüberschreitung findet sich explizit in Artikel 49 Abs. 1 EG. Wie das Diskriminierungsverbot in Artikel 12 Abs. 1 EG hat daher auch die Dienstleistungsfreiheit gemäß Artikel 49 einen auf grenzüberschreitende Sachverhalte beschränkten Anwendungsbereich.

3. Verstoß gegen die Dienstleistungsrichtlinie

Auch auf die Bestimmungen der DL-RL kann sich ein deutscher Architekt oder Ingenieur, der in einem rein innerstaatlichen Zusammenhang tätig wird, nicht gegen

¹⁴⁴ St. Rspr.: EuGH, Rs. 355/85, Slg. 1986, 3231, Rn. 10 (Cognet); EuGH, Rs. 80/85, 159/85, Slg. 1986, 3359, Rn. 18 (Edah); EuGH, Rs. 168/86, Slg. 1987, 995, Rn. 7 (Rousseau); EuGH, Rs. 98/86, Slg. 1987, 809, Rn. 7 f. (Mathot); EuGH, Rs. 160/86, Slg. 1987, 1783, Rn. 7 (Verbrugge); EuGH, Rs. 175/78, Slg. 1979, 1129, Rn. 9 f. (Saunders); EuGH, Rs. 35, 36/82, Slg. 1982, 3723, Rn. 12 ff. (Morson); EuGH, Rs. 180/83, Slg. 1984, 2539, Rn. 14 f. (Moser); EuGH, Rs. 44/84, Slg. 1986, 29, Rn. 55 ff. (Hurd); EuGH, Rs. 407/85, Slg. 1988, 4233, Rn. 28 (3 Glocken GmbH); EuGH, Rs. 204/87, Slg. 1988, 2029, Rn. 11 ff. (Bekaert); EuGH, Rs. 90/86, Slg. 1988, 4285, Rn. 28 (Zoni); EuGH, verb. Rs. C-54/88, C-91/88, C-14/89, Slg. 1990, I-3537, Rn. 11 ff. (Nino); EuGH, verb. Rs. C-297/88, C-197/89, Slg. 1990, I-3763, Rn. 22 ff. (Dzodzi); EuGH, Rs. C-332/90, Slg. 1992, I-341, Rn. 9 f. (Steen); EuGH, Rs. C-29/94 u. a., Slg. 1995, I-301, Rn. 9 (Aubertin); auch EuGH, Rs. C-363/93 u. a., Slg. 1994, I-3957, Rn. 25 ff. (Lancry); EuGH, Rs. C-321/94 u. a., Slg. 1997, I-2343, Rn. 48 ff. (Pistre) ist nicht zu entnehmen, dass der Grundsatz aufgegeben wird.

eine nur auf Inländer anwendbare Honorarordnung berufen. Vereinzelt¹⁴⁵ wird zwar in der Literatur mit Hinweis auf den deutungsoffenen Wortlaut angenommen, dass die DL-RL auch rein inländische Sachverhalte erfasse. Da die Richtlinie jedoch Artikel 49 EG umsetzen soll und mehrere Erwägungsgründe und vorbereitende Materialien vom Erfordernis eines grenzüberschreitenden Elements ausgehen, ist diese Ansicht wenig überzeugend.

4. Ergebnis

Im Ergebnis sind daher die europarechtlichen Bestimmungen – das Diskriminierungsverbot in Artikel 12 Abs. 1 EG, die Dienstleistungsfreiheit gem. Artikel 49 EG und die Regelungen der DL-RL – auf rein innerstaatliche Sachverhalte nicht anwendbar. Eine Honorarordnung, die Inländer ohne grenzüberschreitenden Bezug diskriminiert, wirft daher keine europarechtlichen Probleme auf.

Als rechtstechnische Lösung bietet es sich an, auf die europarechtliche Terminologie Bezug zu nehmen: Eine Formulierung wie „Diese Honorarordnung gilt nur für rein innerstaatliche Sachverhalte ohne grenzüberschreitenden Bezug im Sinne des Gemeinschaftsrechts“ könnte die Anwendung des Europarechts ausschließen.

II. Vereinbarkeit der Inländerdiskriminierung mit dem deutschen Verfassungsrecht

Die HOAI könnte jedoch die Grundrechte derjenigen Architekten und Ingenieure verletzen, die sich weiterhin an die Mindest- und Höchstsätze halten müssen. Dabei kommt ein Verstoß gegen die Berufsfreiheit gemäß Artikel 12 Abs.1 GG und den Gleichheitsgrundsatz gemäß Artikel 3 Abs.1 GG in Betracht.

1. Verstoß gegen die Berufsfreiheit

Die Berufsfreiheit gemäß Artikel 12 Abs. 1 GG umfasst als einheitliches Grundrecht die Berufswahl- und die Berufsausübungsfreiheit.¹⁴⁶ Der Schutzbereich ist eröffnet, wenn Konkurrenten begünstigt werden oder der Staat das Verhalten der Wettbewerbsteilnehmer regelt.¹⁴⁷ Die Mindest- und Höchstsätze der nur für Inländer geltenden Honorarordnung greifen in den Schutzbereich der Berufsfreiheit ein.

¹⁴⁵ Davies, European Law Review 2007, 232, 241 f.

¹⁴⁶ BVerfGE 7, 377 (400ff.) = NJW 1958, 1035; BVerfGE 33, 303 (329ff.) = NJW 1972, 1561, 1941 L.

¹⁴⁷ BVerwGE 71, 183 (191) = NJW 1985, 2774 = NVwZ 1985, 900 L; BVerfGE 32, 311 (317) = NJW 1972, 573, 675 L; BVerfGE 46, 120 (137) = NJW 1978, 313.

Der Eingriff in die Berufsfreiheit kann jedoch verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden. Dafür sind je nach Eingriffsintensität bestimmte Gründe erforderlich. Nach der vom Bundesverfassungsgericht entwickelten „Drei-Stufen-Theorie“ sind Regelungen der Berufsausübung auf Grund vernünftiger Erwägungen des Allgemeinwohls zulässig.¹⁴⁸ Subjektive Berufswahlregelungen sind zum Schutz wichtiger Gemeinschaftsgüter zulässig, während objektive Berufswahlregelungen nur unter engen Voraussetzungen zum Schutz überragender Gemeinschaftsgüter zu rechtfertigen sind.¹⁴⁹

In die Prüfung der Verhältnismäßigkeit zwischen Eingriffsintensität und Rechtfertigungsgründen hat das Bundesverfassungsgericht bisweilen die europarechtlichen Wertungen miteinbezogen.

In seinem *Sportwetten-Urteil* hat das Bundesverfassungsgericht die Erwägungen des EuGH in die eigene Bewertung integriert und die „Parallelität“ der Anforderungen des deutschen Verfassungsrechts und der vom Europäischen Gerichtshof zum Gemeinschaftsrecht formulierten Vorgaben festgestellt.¹⁵⁰

In der Entscheidung zum *Meisterzwang* wurde das BVerfG deutlicher, inwieweit die Inländerdiskriminierung in die Verhältnismäßigkeitsprüfung einzubeziehen ist.¹⁵¹ Es zweifelt die Geeignetheit und Zumutbarkeit der Regelung an, hält aber im Ergebnis eine großzügige Handhabung der Ausnahmen für noch ausreichend. Wörtlich heißt es in dem Urteil:¹⁵²

„Die spürbare Konkurrenz aus dem EU-Ausland lässt bereits daran zweifeln, ob der große Befähigungsnachweis nach § 1 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit § 7 HwO a.F., weil er diese Anbieter nicht erreichte, zur Sicherung der Qualität der in Deutschland angebotenen Handwerkerleistungen noch geeignet sein konnte. Vor allem aber erscheint fraglich, ob angesichts des Konkurrenzdrucks durch Handwerker aus dem EU-Ausland deutschen Gesellen noch die Aufrechterhaltung einer gesetzlichen Regelung zuzumuten war, die ihnen für den Marktzugang in zeitlicher, fachlicher und finanzieller Hinsicht deutlich mehr abverlangte als ihren ausländischen Wettbewerbern auf dem deutschen Markt. Daher könnte die Schwere des Eingriffs, den der große Befähigungsnachweis für ihren beruflichen Werdegang bedeutete, zu dem -

¹⁴⁸ BVerfGE 7, 377 = NJW 1958, 1035.

¹⁴⁹ BVerfGE 7, 377 = NJW 1958, 1035.

¹⁵⁰ BVerfG, 28.3.2006 – 1 BvR 1054/01, Ziff. 144.

¹⁵¹ BVerfG (3. Kammer des ersten Senats), 5.12.2005 – 1 BvR 1730/02.

¹⁵² BVerfG (3. Kammer des ersten Senats), 5.12.2005 – 1 BvR 1730/02, Ziff. 22.

zunehmend verwischten - Ziel der Qualitätssicherung nicht länger in einem angemessenen Verhältnis gestanden haben.“

Diese Entscheidung ist auch Maßstab für eine allein für Inländer geltende Honorarordnung. Sie hat die Rechtfertigung von inländerdiskriminierenden Regelungen wird unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten schwieriger gemacht. Die nur noch teilweise anwendbare nationale Regelung trifft die verbliebenen Regelungsadressaten härter, weil ihre im Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts agierenden Wettbewerber den Regelungen nicht unterworfen sind.¹⁵³

Sind die Erwägungen aus dem Urteil zum Meisterzwang auf die Frage der Zulässigkeit einer nur auf Inländer anwendbaren HOAI somit im Grundsatz übertragbar, so bestehen aber auch Unterschiede.

Zum einen stellt der Meisterzwang eine subjektive Zulassungsbeschränkung dar und ist nach der „Drei-Stufen-Theorie“ daher nur zum Schutze wichtiger Gemeinschaftsgüter zulässig. Die Mindest- und Höchstsätze der HOAI regeln hingegen lediglich die Berufsausübung und sind demzufolge bereits aus vernünftigen Erwägungen des Allgemeinwohls zulässig. Die Eingriffsintensität der Mindest- und Höchstsätze ist daher grundsätzlich geringer und kann somit leichter gerechtfertigt werden.

Zum zweiten hat das BVerfG im *Meisterzwang*-Urteil dem Vorliegen einer „spürbaren Konkurrenz aus dem Ausland“ wichtige Bedeutung beigemessen. Je größer die sich hieraus ergebende faktische Benachteiligung der Inländer, desto schwieriger ist die verfassungsrechtliche Rechtfertigung. Im Bereich der Architekten und Ingenieure besteht hingegen aus einer ganzen Reihe von (oben im einzelnen aufgezeigten) Gründen ein weitaus geringerer Konkurrenzdruck aus dem Ausland. Die tatsächliche Benachteiligung der inländischen Architekten und Ingenieure durch die Bindung an die Honorarsätze der HOAI dürfte demnach deutlich geringere Folgen im Wettbewerb haben als die Benachteiligung für deutsche Handwerker, die sich aus dem Meisterzwang ergeben.

Schließlich ist zu betonen, dass das Bundesverfassungsgericht selbst den Meisterzwang nicht insgesamt für verfassungswidrig erklärte, sondern eine großzügige Anwendung der Ausnahmeregeln forderte.

Vor diesem Hintergrund erscheint eine Rechtfertigung des Eingriffs in Artikel 12 Abs. 1 GG durch eine nur auf Inländer anwendbare HOAI durchaus vertretbar. Wenn eine solche HOAI im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Meisterzwang zusätzlich bestimmte Ausnahmen für die Fälle vorsieht, in denen sie

¹⁵³ So auch Gundel DVBl. 2007, 269, 277.

ihre Zwecke nicht erreicht¹⁵⁴ oder ihre Anwendung unzumutbar ist, dürfte sie einer verfassungsgerichtlichen Prüfung durchaus standhalten.

2. Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz

Ein nur auf Inländer anwendbare HOAI könnte auch gegen den in Artikel 3 Abs.1 GG verankerten Gleichheitsgrundsatz verstoßen.

Fraglich ist zunächst, ob der Gleichheitssatz auf eine solche Fallkonstellation überhaupt anwendbar ist. Dies steht deshalb in Frage, weil nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eine Ungleichbehandlung nur dann vorliegt, wenn die zu vergleichenden Fälle demselben Legislativ- oder Exekutivorgan zuzurechnen sind. Daran fehle es, wenn die beiden Sachverhalte von zwei verschiedenen Trägern öffentlicher Gewalt gestaltet werden, da der Gleichheitssatz jeden Träger öffentlicher Gewalt allein in dessen konkretem Zuständigkeitsbereich bindet.¹⁵⁵ Ein Land bzw. eine Gemeinde verstößt folglich nicht gegen den Gleichheitssatz, wenn ein anderes Land bzw. eine andere Gemeinde den gleichen Sachverhalt anders behandelt.¹⁵⁶

Das Bundesverfassungsgericht hat sich bisher allerdings nicht zur Frage der Anwendbarkeit des Artikels 3 Abs. 1 GG auf die Fälle der Inländerdiskriminierung geäußert. In seiner Entscheidung vom 5. Dezember 2005¹⁵⁷ zum Meisterzwang im Handwerk und in der Entscheidung zum staatlichen Monopol für Sportwetten vom 28. März 2006¹⁵⁸ hat das Bundesverfassungsgericht jeweils eine Verletzung des Grundrechts auf Berufsfreiheit gemäß Artikel 12 Abs. 1 GG festgestellt, so dass eine Frage der gleichzeitigen Verletzung des Artikel 3 Abs. 1 GG dahinstehen konnte.¹⁵⁹ Auch das Bundesverwaltungsgericht¹⁶⁰ und der BGH¹⁶¹ haben zur Anwendbarkeit des Gleichheitssatzes bisher nicht Stellung genommen.

¹⁵⁴ Siehe hierzu auch BVerfG NJW 2006, 495 f.

¹⁵⁵ BVerfGE 21, 54, 68; 76, 1, 73; 79, 127, 158.

¹⁵⁶ BVerfGE 42, 20, 27; 53, 42, 57 f.; 93, 319, 351.

¹⁵⁷ BVerfG (3. Kammer des ersten Senats), 5.12.2005 – 1 BvR 1730/02.

¹⁵⁸ BVerfG, 28.3.2006 – 1 BvR 1054/01, NJW 2006, 1261.

¹⁵⁹ BVerfG NJW 2006, 1261, 1267; BVerfG (3. Kammer des ersten Senats), 5.12.2005 – 1 BvR 1730/02, Ziff. 14;

¹⁶⁰ BVerwG NJW 2005, 1736.

¹⁶¹ BGH NJW 1990, 108, 109 prüft Art. 3 Abs. 1 GG hypothetisch und lässt die Anwendbarkeit wegen fehlender Verletzung dahin stehen.

Der VGH Mannheim ist jedoch der Auffassung, dass die für verschiedene innerstaatliche Gesetzgeber (Bund, Länder, Gemeinden) entwickelte Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auf das Verhältnis zwischen der innerstaatlichen und europäischen Gesetzgebung übertragbar ist.¹⁶² Denn der Bund habe gemäß Artikel 23 Abs. 2 S. 2 GG Hoheitsrechte auf die Europäische Gemeinschaft übertragen, die diese eigenverantwortlich ausübe. Genauso wie ein Bundesland einen Sachverhalt anders regeln könne als ein anderes Bundesland, könne auch der deutsche Gesetzgeber einen Sachverhalt anders regeln, als der europäische Gesetzgeber. Jeder Gesetzgeber werde in seinem Kompetenzbereich eigenständig tätig, ohne dass er an die Gesetzgebung des anderen gebunden sei. Architekten und Ingenieure, die nicht in den Anwendungsbereich des Europarechts fallen, könnten demzufolge anders behandelt werden als Architekten und Ingenieure, bei denen auf Grund des grenzüberschreitenden Elements das Europarecht Anwendung findet.

In der Literatur wird die Anwendbarkeit des Artikels 3 Abs.1 GG mehrheitlich bejaht.¹⁶³ Zum Teil¹⁶⁴ wird eine Ungleichbehandlung aber für zulässig erachtet, wenn einerseits ausreichende Sachgründe für die für Inländer geltenden Anforderungen bestehen und sich andererseits die relative Benachteiligung der Inländer in Grenzen hält, etwa wegen des geringen Marktanteils der EG-Ausländer. Eine Ungleichbehandlung ist nämlich nicht per se verfassungswidrig, sondern nur wenn sie willkürlich¹⁶⁵ bzw. unverhältnismäßig¹⁶⁶ ist.

Vor diesem Hintergrund lässt sich auch im Hinblick auf Artikel 3 Abs. 1 GG eine nur auf Inländer anwendbare HOAI rechtfertigen. In Anbetracht der Tatsache, dass sich das Bundesverfassungsgericht bisher nicht zur Frage der Anwendbarkeit des Gleichheitsgrundsatzes auf Fälle geäußert hat, in denen Regelungen des europäischen Gesetzgebers als Vergleichsmaßstab für Regelungen des deutschen Gesetzgebers herangezogen werden müssen, lässt sich derzeit durchaus die Unanwendbarkeit des Artikels 3 Abs. 1 GG auf solche Fälle vertreten. Selbst wenn man indessen der gegenteiligen Auffassung zuneigte, bestände die Möglichkeit, eine solche Regelung insbesondere im Hinblick auf ihre in tatsächlicher Hinsicht geringe Eingriffsintensität zu rechtfertigen.

¹⁶² VGH Mannheim NJW 1996, 72, 74; ebenso Fastenrath JZ 1987, 170, 177 ff.

¹⁶³ Deckers BauR 2007, 1128, 1132; Osterloh in Sachs, Art. 3, Rn. 71; Lenz Art. 12 EGV, Rn. 3; Riese, Noll NVwZ 2007, 516, 521; Schilling JZ 1994, 8 ff.; a.A. Fastenrath JZ 1987, 170 ff.; Dreher NZBau 2002, 419, 424.

¹⁶⁴ Jarass in Jarass/Pieroth, Art. 3, Rn. 74.

¹⁶⁵ BVerfGE 2, 266, 281.

¹⁶⁶ BVerfGE 55, 72, 88.

III. Ergebnis

Eine nur für Inländer geltende HOAI ist aus europarechtlicher Sicht unbedenklich, da das Diskriminierungsverbot, die Dienstleistungsfreiheit und die Regelungen der DL-RL auf rein innerstaatliche Sachverhalte nicht anwendbar sind.

Im Hinblick auf das deutsche Verfassungsrecht, insbesondere auf die Berufsfreiheit und den Gleichheitsgrundsatz, läßt sich eine solche Inländerdiskriminierung aus den genannten Gründen rechtfertigen.
