
Das Verhältnis von EU-Vertrag und Dienstleistungsrichtlinie bei der Prüfung der HOAI-Mindest- und Höchstsätze

AHO-Herbsttagung 26. November 2015, Berlin

Dr. Thomas Wessely

Überblick Art. 49 AEUV / Dienstleistungs-RL

	Art. 49 AEUV Niederlassungsfreiheit	Dienstleistungsrichtlinie Niederlassungsfreiheit	Dienstleistungsrichtlinie Dienstleistungsfreiheit
Schutzbereich	EuGH: - wirtschaftl. selbst. Tätigkeit - Ausübung mittels einer festen Einrichtung - auf unbestimmte Zeit	Definiert in Art. 4 Nr. 5	Definiert in Art. 4 Nr. 1
Eingriff	1. Direkt diskriminierende Maßnahmen 2. Indirekt diskriminierende Maßnahmen 3. Beschränkungen – „alle Maßnahmen, die die Ausübung der Grundfreiheiten behindern oder weniger attraktiv machen könnten“	- Katalog unzulässiger Anforderungen, Art. 14 - Katalog zu prüfender Anforderungen gemäß Art. 15 Abs. 2	Sämtliche Anforderungen
Rechtfertigungsgründe	Art. 52 (öff. Ordnung, Sicherheit, Gesundheit) „Zwingende Gründe des Allgemein-interesses“ (aber nicht für diskriminierende Maßnahmen)	1. Keine Rechtfertigung für unzulässige Anforderungen („Schwarze Liste“) 2. Rechtfertigung für zu prüfende Anforderungen: „zwingende Gründe des Allgemeininteresses“, Art. 15 Abs. 3	Art. 16 I b), III schränken die Rechtfertigungsgründe stark ein auf: - öffentliche Ordnung - öffentliche Sicherheit - öffentliche Gesundheit - Umweltschutz
Anforderung an Rechtfertigung	- Nichtdiskriminierend - Erforderlich - Verhältnismäßig	- Nichtdiskriminierend - Erforderlich - Verhältnismäßig	- Nichtdiskriminierend - Erforderlich - Verhältnismäßig

Die Niederlassungsfreiheit in der DL-RL

Art. 14 (nicht rechtfertigbar)	Art. 15 Abs. 2 (rechtfertigbar)
<ol style="list-style-type: none">1. Diskriminierende Anforderungen, die an die Staatsangehörigkeit oder den Unternehmenssitz anknüpfen2. Verbot der Niederlassung in mehr als einem Mitgliedstaat3. Beschränkung der Wahl in der Art der Niederlassung4. Bedingungen der Gegenseitigkeit5. Abhängigkeit der Genehmigung von wirtschaftlichem Bedarf oder Ähnlichem6. Beteiligung von Konkurrenten an Genehmigung7. Pflicht, eine finanzielle Sicherheit zu stellen8. Pflicht, bereits vorher für eine Zeit in Register des Aufnahmestaats eingetragen zu sein	<ol style="list-style-type: none">a) Mengenmäßige oder territoriale Beschränkungenb) Pflicht zu einer bestimmten Rechtsformc) Anforderungen betr. die Beteiligungen am Gesellschafts-vermögend) Die Dienstleistungen wird bestimmten Dienstleistungserbringern vorbehaltene) Verbot, mehrere Niederlassungen zu unterhaltenf) Mindestbeschäftigenanzahlg) Mindest- und/oder Höchstpreiseh) Verpflichtung, mit Dienstleistung andere Dienstleistungen zu erbringen
<p>keine Rechtfertigung möglich</p>	<p>Art. 15 Abs. 3 – Rechtfertigung wenn</p> <ul style="list-style-type: none">- nicht diskriminierend- erforderlich zur Verfolgung eines zwingenden Grundes des Allgemeininteresses- verhältnismäßig

Art. 4, 15 Dienstleistungsrichtlinie

Artikel 15

Zu prüfende Anforderungen

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

- a) Nicht-Diskriminierung: die Anforderungen dürfen weder eine direkte noch eine indirekte Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit oder – bei Gesellschaften – aufgrund des Orts des satzungsmäßigen Sitzes darstellen;
- b) Erforderlichkeit: die Anforderungen müssen durch einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein;
- c) Verhältnismäßigkeit: die Anforderungen müssen zur Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Ziels geeignet sein; sie dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist; diese Anforderungen können nicht durch andere weniger einschneidende Maßnahmen ersetzt werden, die zum selben Ergebnis führen.

Artikel 4

Begriffsbestimmungen

8. „zwingende Gründe des Allgemeininteresses“ Gründe, die der Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung als solche anerkannt hat, einschließlich folgender Gründe: öffentliche Ordnung; öffentliche Sicherheit; Sicherheit der Bevölkerung; öffentliche Gesundheit; Erhaltung des finanziellen Gleichgewichts der Systeme der sozialen Sicherung; Schutz der Verbraucher, der Dienstleistungsempfänger und der Arbeitnehmer; Lauterkeit des Handelsverkehrs; Betrugsbekämpfung; Schutz der Umwelt und der städtischen Umwelt; Tierschutz; geistiges Eigentum; Erhaltung des nationalen historischen und künstlerischen Erbes; Ziele der Sozialpolitik und Ziele der Kulturpolitik;

Argumentation BT-Gutachten

Argumentation BT-Gutachten

- Die Dienstleistungsrichtlinie geht mglw. zu Unrecht davon aus, dass die Mindest- und Höchstpreisvorgaben der HOAI eine „Beschränkung“ darstellen
- Dies bedeutet, dass
 - es für das Verlangen einer Rechtfertigung an einer Rechtsgrundlage fehlt oder
 - die Dienstleistungsrichtlinie bei der Anwendung auf die Mindest- und Höchstpreisvorgaben der HOAI korrigierend auszulegen ist („teleologische Reduktion“)

Grundlage der Argumentation im BT-Gutachten

Katalog des Art. 15 Abs. 2 geht auf die Rechtsprechung zurück

- Art. 15 Abs. 2 listet in der Rechtsprechung vertypete Formen der „Beschränkung“

Bisher kein Urteil zu Art. 15 Abs. 2 g)

- Mindest- und Höchstpreisvorgaben sind die einzige Maßnahme, für die es bisher kein Urteil dahingehend gibt, dass diese als „Beschränkungen“ einstuft
- Das Urteil „Cipolla“ bezog sich allein auf die Dienstleistungsfreiheit,

Zu prüfen:

- Lässt sich das Vorliegen einer „Beschränkung“ ernsthaft verneinen?
- Wenn ja, was sind die Rechtsfolgen?

Urteil „Cipolla“ zur Wirkung von Honorarsätzen

- 57 Außerdem hat der Gerichtshof bereits entschieden, dass Artikel 49 EG der Anwendung jeder nationalen Regelung entgegensteht, die die Erbringung von Dienstleistungen zwischen Mitgliedstaaten gegenüber der Erbringung von Dienstleistungen allein innerhalb eines Mitgliedstaats erschwert (vgl. oben genannte Urteile De Coster, Randnr. 30 und zitierte Rechtsprechung, und Mobistar und Belgacom Mobile, Randnr. 30).
- 58 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.
- 59 Denn das genannte Verbot nimmt Rechtsanwälten, die in einem anderen Mitgliedstaat als der Italienischen Republik niedergelassen sind, die Möglichkeit, durch geringere Honorarforderungen als den in der Gebührenordnung festgesetzten solchen Rechtsanwälten wirksamer Konkurrenz zu machen, die in dem betreffenden Mitgliedstaat niedergelassen sind und denen es daher leichter als im Ausland niedergelassenen Rechtsanwälten fällt, sich einen Mandantenstamm aufzubauen (vgl. entsprechend Urteil vom 5. Oktober 2004 in der Rechtssache C-442/02, Slg. 2004, I-8961, Randnr. 13).

Konturierung des „Beschränkungs“-Tatbestands

- Sehr weit: „alle Maßnahmen, die die Ausübung der Grundfreiheiten behindern oder weniger attraktiv machen könnten“
- Aber keine Beschränkung, wenn die behindernde Wirkung „zu ungewiss und mittelbar“ ist, als dass sie als geeignet angesehen werden können, die NLF zu behindern
- Rechtssprechung: Zulassungsbedingungen vs. allgemeine Rahmenbedingungen

Beschränkung bejaht	Beschränkung verneint
<ul style="list-style-type: none">• Erlaubnisvorbehalte• Doppelanforderungen• Zinsverbot für Sichteinlagen auf weniger als 5 Jahre	<ul style="list-style-type: none">• Ladenschlussregelungen• Zusammensetzung einer Prüfungskommission• Verbot, Wasser nach der Spülung von Tanks aus einem Tankschiff in das Meer abzuleiten

Caixa -Urteil

- 12 Das Verbot, Sichteinlagenkonten zu verzinsen, wie es in der französischen Regelung vorgesehen ist, stellt für die Gesellschaften anderer Mitgliedstaaten als der Französischen Republik ein ernsthaftes Hindernis für die Ausübung ihrer Tätigkeiten durch eine Tochtergesellschaft in diesem Mitgliedstaat dar, das ihren Zugang zum Markt beeinträchtigt. Dieses Verbot ist daher als eine Beschränkung im Sinne von Artikel 43 EG anzusehen.
- 13 Das Verbot hindert nämlich die Kreditinstitute, die Tochtergesellschaften ausländischer Gesellschaften sind, an der Sammlung von Kapital beim Publikum, indem 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.
- 14 Wenn also Kreditinstitute, die Tochtergesellschaften einer ausländischen Gesellschaft sind, versuchen, auf dem Markt eines Mitgliedstaats Fuß zu fassen, stellt der Wettbewerb mit Hilfe des Zinssatzes auf die Sichteinlagen eine der insoweit wirksamsten Methoden dar. Der Marktzugang dieser Kreditinstitute wird demnach durch ein solches Verbot erschwert.

Stellungnahme zum Urteil „Cipolla“

Begrenzte Übertragbarkeit des Cipolla-Urteils

- Dienstleistungsrichtlinie unterscheidet beim Spielraum der Mitgliedstaaten deutlich zwischen DLF und NLF
- EuGH unterscheidet ebenfalls zwischen DLF und NLF (etwa bei Genehmigungserfordernis)
- Integrations„last“ desjenigen, der sich dauerhaft niederlässt

Urteil Corsten v. 3. Okt. 2000:

43 Wie die österreichische Regierung zu Recht feststellt, darf ein Mitgliedstaat die Erbringung von Dienstleistungen in seinem Hoheitsgebiet nicht von der Einhaltung aller Voraussetzungen abhängig machen, die für eine Niederlassung gelten, und damit den Bestimmungen des Vertrages, deren Ziel es gerade ist, die Dienstleistungsfreiheit zu gewährleisten, jede praktische Wirksamkeit nehmen (Urteil Säger, Randnr. 13).

Konkretisierung des Begriffs der „Beschränkung“

- Diverse Theorien im Schrifttum:
 - Aufnahme vs. Ausübung
 - *Keck*-Rechtsprechung zu Verkaufsmodalitäten
 - Marktzugang vs. Standortbedingungen
- Keine Lizenz für Dienstleistungserbringer aus anderen Mitgliedstaaten, sich von lästigen Regeln des Aufnahmestaates loszusagen
- Interpretation aus „Normzweck“ der NLF – es muss ein signifikanter und nicht nur mittelbarer Bezug bestehen zwischen der nationalen Regelung und der Erschwerung der Niederlassung für Dienstleistungserbringer aus anderen Mitgliedstaaten
 - allgemeines Liberalisierungsziel sollte nicht ausreichen
 - Festlegung auf Qualitätswettbewerb keine implizite Hürde / strukturelle Benachteiligung für Architekten/Ingenieure aus anderen Mitgliedstaaten

Keine „Beschränkung“ trotz Eingriffs in Preis?

Preis ist zentraler Wettbewerbsparameter

- ... und damit generell relevanter Faktor für Marktzugang
- Mindest- und Höchstpreisvorgaben der HOAI
 - sind branchenspezifische Preisregelung
 - enthalten sehr detaillierte Vorgaben und schalten den Preiswettbewerb in großem Umfang aus (anders bei *Keck* – Verbot des Unterkostenverkaufs)

Eingriffsintensität und Abschottungswirkung wird relativiert durch:

- Mindestpreise an unterer Grenze
- Keine Hinweise auf marktzugangsbeschränkende Wirkung
- Preis hat keine zentrale Rolle für Marktzugang wie in *Caixa-Urteil* (auch unter Annahme der Abschaffung der Mindestsätze)
- Ziel zudem nicht Reduzierung des Preiswettbewerbs als solchen, sondern Sicherstellung des Qualitätswettbewerb als Marktordnungsprinzip – eine solche grundlegende wirtschaftspolitische Entscheidung, die in der Kompetenz des nationalen Gesetzgebers liegt, hat allenfalls eine indirekte Reflexwirkung auf NLF

Ergebnis

Beschränkung zweifelhaft

- Gute Argumente für Verneinung des „Beschränkungs“-Charakters
- äußerst weite Auslegung des „Beschränkungs“-Tatbestands durch EuGH ist indessen erhebliche Hürde

Konsequenzen

- Ausreichend, um dem Richtlinien-Gesetzgeber die Kompetenz zur legislativen Einstufung als „Beschränkung“ abzusprechen?
- Anders als bei DLF Korrekturmöglichkeit über Prüfung der „Rechtfertigung“
- Primärrechtskonforme Auslegung des Art. 15 durch
 - Nichtanwendung der Dienstleistungsrichtlinie auf Mindest- und Höchstpreisvorgaben der HOAI?
 - Erfordernis einer Prüfung, ob „Beschränkung“?
 - Berücksichtigung des offenen Beschränkungs-Charakters im Rahmen der Rechtfertigungsprüfung?
 - Im Verfahren vor dem EuGH jedenfalls Angriff auf Qualifizierung als „Beschränkung“ - um zurückhaltende Prüfung der Rechtfertigung zu erreichen

Die Kritik der Kommission an der HOAI

Der Angriff der Kommission lässt sich wohl auf 5 Argumente reduzieren:

1. Die Ausnahmen vom verbindlichen Bereich der HOAI stellen die Erforderlichkeit und Kohärenz der Regelung in Frage
2. Die überwiegende Mehrheit der Mitgliedstaaten hat keine vergleichbaren Regelungen
3. Kein Kausalzusammenhang zwischen Mindestsätzen und Qualität
4. Erhöhung der Marktzutrittsschranken für neue Anbieter
5. Verbrauchern werden die Vorteile eines wettbewerbsbestimmten Marktes vorenthalten

Anmerkungen zu Einzelpunkten

Kommission nutzt die Ausnahmen der HOAI („Teilliberalisierung“) als Gegenargument

- dies erscheint nicht zwingend – Ausnahmen können Verhältnismäßigkeit sicherstellen
- Mitgliedstaaten kann widerstreitenden Interessen über bewusst und sorgfältig austarierte Regelungen Rechnung tragen

94 Zwar geht aus dem Vorstehenden hervor, dass eine Regelung wie die in den Ausgangsverfahren fragliche grundsätzlich geeignet ist, das Ziel zu erreichen, eine sichere und qualitativ hochwertige Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln zu gewährleisten, doch darf diese Regelung das genannte Ziel nicht in inkohärenter Weise verfolgen. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs sind die verschiedenen Regeln und die nationalen Rechtsvorschriften insgesamt nämlich nur dann geeignet, die Erreichung des geltend gemachten Ziels zu gewährleisten, wenn sie tatsächlich dem Anliegen gerecht werden, es in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen (vgl. in diesem Sinne Urteile Hartlauer, Randnr. 55, und Apothekerkammer des Saarlandes u. a., Randnr. 42).

95 Daher ist zu prüfen, ob das Dekret 72/2001 das Ziel, eine sichere und qualitativ hochwertige Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln zu gewährleisten, kohärent und systematisch verfolgt, wenn es die Mindesteinwohnerzahl pro Apotheke grundsätzlich auf 2 800 oder 2 000 und die Mindestentfernung zwischen den Apotheken im Allgemeinen auf 250 Meter festlegt. Hierbei ist auch das Gesetz 16/97 zu berücksichtigen, da das Dekret 72/2001 dieses Gesetz ausführt.

Argument der Kommission, dass andere Mitgliedstaaten keine vergleichbare Gebührenordnung haben, greift nicht:

- Einschätzungsprärogative der Mitgliedstaaten
- Unterschiedliche Arten des Schutzes möglich
- Mitgliedstaat muss nicht positiv belegen, dass das Schutzziel mit keiner anderen vorstellbaren Maßnahme unter gleichen Bedingungen erreichbar wäre



Anmerkungen zu Einzelpunkten

Zweifelhafter Bezug zur NLF

- Argumente der Kommission reflektieren die schwache Verbindung zur NLF:
 - „Marktzutrittsschranken für neue Anbieter werden künstlich erhöht“
 - „Mindesttarife hindern die Wirtschaftsteilnehmer daran, sich gegenseitig Konkurrenz zu machen“
 - Verbrauchern werden günstigere Preise sowie die Vorteile vorenthalten, von denen sie auf wettbewerbsbestimmten Märkte profitieren

Qualitätswettbewerb

- Kommission vernachlässigt die Bedeutung des Qualitätswettbewerbs (oft einseitig und undifferenziert auf Preiswettbewerb ausgerichtet)
- Sie verkennt daher auch die Kausalität zwischen den Mindestsätzen und der Bauqualität

Mögliche Lockerung des Bezugs HOAI/NLF

- Durch zeitlich befristete Ausnahme für Dienstleistungserbringer aus anderen Mitgliedstaaten, die sich in Deutschland niederlassen

Schlussbemerkungen

- Das Aufforderungsschreiben enthält wenig Neues
- Es argumentiert sehr abstrakt – und legt nicht dar, inwieweit der Preiswettbewerb speziell für die Niederlassung von Dienstleistungserbringern aus anderen Mitgliedstaaten von wesentlicher Relevanz ist (anders als der EuGH in Caixa)
- Darlegungspflicht zur Rechtfertigung obliegt allerdings dem Mitgliedstaat
- Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit sollte (vor dem Hintergrund des Subsidiaritätsprinzip und der Gemeinschaftstreue) auch eine Abwägung erfordern, zwischen
 - dem Ausmaß der Verbesserung für die NLF, die durch die Abschaffung der Mindest- und Höchstpreisvorgaben der HOAI erreicht wurde mit
 - dem Ausmaß, in dem in die gegebene nationale Marktstruktur eingegriffen würde

Es erscheint unverhältnismäßig, eine tiefgreifende strukturelle Umgestaltung des deutschen Architekten- und Ingenieurmarktes zu verlangen, um eine eher theoretische Verbesserung für die NLF zu erreichen.

Vielen Dank



Dr. Thomas Wessely

T +32 2 504 7027

E thomas.wessely@freshfields.com

This material is provided by the international law firm Freshfields Bruckhaus Deringer LLP (a limited liability partnership organised under the law of England and Wales) (the UK LLP) and the offices and associated entities of the UK LLP practising under the Freshfields Bruckhaus Deringer name in a number of jurisdictions, and Freshfields Bruckhaus Deringer US LLP, together referred to in the material as 'Freshfields'. For regulatory information please refer to www.freshfields.com/support/legalnotice.

The UK LLP has offices or associated entities in Austria, Bahrain, Belgium, China, England, France, Germany, Hong Kong, Italy, Japan, the Netherlands, Russia, Singapore, Spain, the United Arab Emirates and Vietnam. Freshfields Bruckhaus Deringer US LLP has offices in New York City and Washington DC.

This material is for general information only and is not intended to provide legal advice.

© Freshfields Bruckhaus Deringer LLP 2015