



Vertrauliche Anwaltskorrespondenz

HOAI

Die Rückführung der ingenieurtechnischen Planungsleistungen in den regulierten Bereich

- Bewertung aus europarechtlicher Perspektive -

Wir sind vom Ausschuss der Verbände und Kammern der Ingenieure und Architekten für die Honorarordnung e.V. (*AHO*) gebeten worden, die folgenden Fragen zu prüfen:

- Ist es mit dem europäischen Wettbewerbsrecht vereinbar, dass die HOAI die Architekten und Ingenieure ungleich behandelt, indem Planungsleistungen der Architekten dem staatlichen Preisrecht unterliegen, während dieselben bzw. vergleichbare Planungsleistungen der Ingenieure aus dem staatlichen Preisrecht herausgenommen wurden?
- Ist die fragliche Ungleichbehandlung mit dem europäischen Diskriminierungsverbot vereinbar?
- Wie ist die fragliche Ungleichbehandlung aus der Perspektive der Dienstleistungsrichtlinie zu beurteilen?

A. ZUSAMMENFASSUNG DER ERGEBNISSE

1. **Europäisches Wettbewerbsrecht.** - Die Ungleichbehandlung identischer bzw. vergleichbarer Planungsleistungen der Architekten und Ingenieure in der HOAI ist nach dem europäischen Wettbewerbsrecht nicht zu beanstanden. Das europäische Wettbewerbsrecht richtet sich primär an Unternehmen. Staatliches Handeln und insb. legislative Maßnahmen unterliegen grundsätzlich nicht dem europäischen Wettbewerbsrecht. Die einzigen Ausnahmen hiervon, welche das staatliche Handeln im Hinblick auf öffentliche Unternehmen sowie die staatliche Erleichterung privater Kartellabsprachen betreffen, greifen vorliegend nicht ein. Das europäische Wettbewerbsrecht gibt daher keine rechtliche Grundlage für eine Forderung nach Beseitigung der bestehenden Ungleichbehandlung bestimmter Architekten- und Ingenieurdienstleistungen.

Vertrauliche Anwaltskorrespondenz

2. ***EU-rechtliche Diskriminierungsverbote.*** - Für die Forderung nach einer Beendigung der Ungleichbehandlung sind auch die verschiedenen EU-rechtlichen Diskriminierungsverbote eine ungeeignete Grundlage.
 - a) Die in den Grundfreiheiten (Art. 28 AEUV ff.) enthaltenen Diskriminierungsverbote kommen nicht unmittelbar zur Anwendung, da sie durch die spezielleren Bestimmungen der Dienstleistungsrichtlinie verdrängt werden.
 - b) Das allgemeine unionsrechtliche Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV wird ebenfalls durch die speziellere Dienstleistungsrichtlinie verdrängt. Zudem verbietet Art. 18 AEUV ausschließlich Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit - die vorliegend nicht einschlägig sind.
 - c) Über Art. 6 EUV ist die Charta der Grundrechte der Europäischen Union (***EU-Grundrechte-Charta***) Teil des EU-Primärrechts. Art. 20 der EU-Grundrechte-Charta schreibt den allgemeinen Gleichheitssatz vor, wonach alle Personen vor dem Gesetz gleich sind. Hiernach ist insb. die willkürliche Ungleichbehandlung gleicher Sachverhalte durch den Staat verboten. Allerdings verfügt der Gesetzgeber über einen gewissen Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum. Diesen Spielraum dürfte der deutsche Gesetzgeber vorliegend – trotz gewisser Wertungswidersprüche – nicht überschritten haben. Insbesondere kann der deutsche Gesetzgeber eine Reihe sachlicher Gründe für die Herausnahme bestimmter Dienstleistungen aus dem regulierten Bereich der HOAI geltend machen (u.a. schrittweise Deregulierung, europarechtliche Bedenken), so dass sich schwerlich von einem willkürlichen gesetzgeberischen Handeln reden lässt.
3. ***Dienstleistungsrichtlinie.*** - Aus Sicht der Dienstleistungsrichtlinie sind verschiedenen Feststellungen zu machen:
 - a) Die Dienstleistungsrichtlinie steht einer Rückführung der fünf fraglichen ingenieurtechnischen Leistungen in den regulierten Bereich nicht entgegen. Die Richtlinie überlässt dem deutschen Staat die Einschätzungsprärogative hinsichtlich der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit einer solchen Maßnahme. Insoweit greifen dieselben rechtfertigenden Gründe ein wie für die aktuell dem verbindlichen Preisrecht unterliegenden Leistungen. Grundsätzlich verpflichtet die Richtlinie die Mitgliedstaaten weder zu einem Abbau regulierender Maßnahmen noch ist die Richtlinie darauf gerichtet, die Neueinführung regulierender Maßnahmen zu verhindern. Allein entscheidend ist, ob die fragliche nationale Regulierung diskriminierungsfrei, erforderlich

Vertrauliche Anwaltskorrespondenz

und verhältnismäßig ist – und dies gilt unterschiedslos für bestehende und neu einzuführende Maßnahmen.

b) Es lässt sich sogar weitergehend feststellen, dass mit Blick auf die Dienstleistungsrichtlinie eine Rückführung der fraglichen Leistungen in das verbindliche Preisrecht geradezu geboten ist:

- Die geltende HOAI leidet unter einem direkten Wertungswiderspruch, wenn sie identische bzw. vergleichbare Leistungen teils dem verbindlichen Preisrecht unterwirft und sie teils der freien Verhandlung überlässt. Dieser Wertungswiderspruch stellt die Rechtfertigung des bestehenden Preisrechts der HOAI in Frage. Die Rückführung der fraglichen Leistungen in das verbindliche Preisrecht würde diesen Wertungswiderspruch beenden und somit gegenwärtig mögliche Einwände gegen die EU-rechtliche Rechtfertigung der HOAI beseitigen.
- Die Herausnahme der fraglichen Leistungen aus dem verbindlichen Preisrecht führt aus einer weiteren Perspektive zu einer Schwächung der Rechtfertigung des verbliebenen Preisrechts. Da die regulierten und nicht-regulierten Leistungen oft im „Paket“ vergeben werden, wird in der Praxis über den nicht-regulierten Teil der Leistungen das verbindliche Preisrecht unterlaufen. Auf diese Weise wird die Rechtfertigung für das verbliebene verbindliche Preisrecht in Frage gestellt, wenn der Gesetzgeber selbst die Mechanismen für dessen Umgehung zur Verfügung stellt.

Die Rückführung der fraglichen Leistungen würde die HOAI somit „europafester“ machen.

Vertrauliche Anwaltskorrespondenz

B. SACHVERHALT

I. Die HOAI-Novelle von 2009 - Überführung bestimmter ingenieurtechnischen Planungsleistungen in den nicht-regulierten Bereich

Im Rahmen der Novelle der HOAI von 2009 hat der Gesetzgeber bestimmte Ingenieurleistungen vom regulierten in den nicht-regulierten Bereich der HOAI überführt. Die Novellierung hat zur Folge, dass die fraglichen Ingenieurleistungen nicht länger dem verbindlichen Preisrecht der HOAI unterliegen. Stattdessen sind die Entgelte für die fraglichen Leistungen der freien Verhandlung zwischen Bauherr und Ingenieur überlassen.

Bei den betreffenden Leistungen handelt es sich um die ingenieurtechnischen Planungsleistungen der Anlage 1 (Umweltverträglichkeitsstudie, Bauphysik, Geotechnik, Ingenieurvermessung) sowie der Örtlichen Bauüberwachung von Ingenieurbauwerken und Verkehrsanlagen (nachfolgend auch *die fraglichen Leistungen* genannt).

Die Ausklammerung der fraglichen Leistungen aus dem verbindlichen Preisrecht hatte das (über die HOAI hinausgehende) Bemühen des Gesetzgebers um Deregulierung zum Hintergrund.

II. Die Forderung des AHO nach einer Rückführung der fraglichen Leistungen in den regulierten Bereich

Der AHO hält diese gesetzgeberische Maßnahme für korrekturbedürftig und plädiert aus mehreren Gründen für eine Rückführung der fraglichen Leistungen in den Bereich des verbindlichen Preisrechts:

a) Zunächst handelt es sich bei den fraglichen Leistungen um originäre Planungsleistungen und nicht – wie irreführend vom Gesetzgeber genannt – um reine Beratungsleistungen. Die semantische Differenzierung des Gesetzgebers, wonach die Planungsleistungen dem Preisrecht unterliegen, reine Beratungsleistungen hingegen nicht, erweckt daher den Eindruck eines sachlichen Unterschieds, der tatsächlich nicht besteht.

Dies folgt daraus, dass die fraglichen ingenieurtechnischen Leistungen zwingend erforderlich sind, um den Planungserfolg zu erreichen, also beispielweise den Bauantrag zu bewirken. Ein vom AHO beauftragtes Gutachten der Technischen Universitäten Darmstadt und Berlin hat dementsprechend im einzelnen dargelegt und nachgewiesen, dass es sich bei den fraglichen Leistungen um Planungsleistungen handelt, die originärer Bestandteil des Planungsprozesses in Gänze sind.

Vertrauliche Anwaltskorrespondenz

b) Des weiteren sind die Leistungen der Objektüberwachung (Bauüberwachung) bei den Architekturleistungen sogar identisch mit den Leistungen der Objektüberwachung für Ingenieurbauwerke und Verkehrsanlagen. Gleichwohl sind diese Regelungen auf Seiten der Architekten (Objektüberwachung Gebäude) der Preisregulierung unterworfen, auf Seiten der Ingenieure (die Örtliche Bauüberwachung als ein wesentlicher Teil der Objektüberwachung bei Ingenieurbauwerken und Verkehrsanlagen) hingegen nicht.

Die Örtliche Bauüberwachung dient sowohl bei der Objektplanung Gebäude als auch bei der Objektplanung Ingenieurbauwerke und Verkehrsanlagen der Qualitätssicherung des gesamten Projekts, da hier die Umsetzung der Planungsanforderungen sowie der bauordnungsrechtlichen Vorgaben überwacht und sichergestellt wird. Es erscheint deshalb als direkter Widerspruch in der gesetzlichen Wertung, dass diese Planungsleistungen, die im Bereich der Architekten selbstverständlich Grundleistungen der HOAI darstellen, bei den Ingenieuren als reine Beratungsleistungen ohne Preisregelung eingestuft werden.

Rechtshistorisch wurden die Leistungen der Objektüberwachung bei Ingenieurbauwerken und Verkehrsanlagen im Unterschied zu den inhaltlich identischen Leistungen der Objektüberwachung für Gebäude, Freianlagen und Innenräume in die Bauoberleitung und die Örtliche Bauüberwachung "unterteilt" und preisrechtlich voneinander abgegrenzt. Im Unterschied zur Objektplanung für Gebäude wird bei der Objektplanung für Ingenieurbauwerke und Verkehrsanlagen in der Leistungsphase 8 nur die Bauoberleitung erfasst - für die Örtliche Bauüberwachung enthielt § 57 HOAI 1996 eine besondere Vorschrift. Mit dieser Aufteilung sollte der Tatsache Rechnung getragen werden, dass nach Ansicht von öffentlichen Auftraggebern das Honorar für die Örtliche Bauüberwachung bei Ingenieurbauwerken und Verkehrsanlagen nicht nach einer Honorartafel mit degressiven Honoraren gerechnet werden kann. Zudem wird in der Vergabepaxis dem Auftragnehmer vielfach nur die Örtliche Bauüberwachung übertragen; die Bauoberleitung behalten die Auftraggeber sich selbst vor. Wegen dieser Besonderheiten war für die Örtliche Bauüberwachung eine besondere Honorarregelung vorgesehen, ohne dass der Charakter als Grundleistung in Zweifel stand. An dem Leistungsumfang gegenüber den Architekturleistungen ändert dies ebenfalls nichts.

III. Die HOAI-Novelle von 2013 – vorläufige Ablehnung einer Rückführung der fraglichen Leistungen in das verbindliche Preisrecht

Im Juni 2013 hat der Bundesrat eine weitere Novelle der HOAI verabschiedet. Er hat hierbei die Rückführung der fraglichen Leistungen in den verbindlichen Teil der HOAI thematisiert, aber letztlich nicht vorgenommen. Stattdessen hat der Bundesrat die Bundesregierung um Prüfung gebeten, ob die fraglichen

Vertrauliche Anwaltskorrespondenz

Leistungen wieder in den verbindlichen Teil der HOAI zurückgeführt werden sollen. Die Bundesregierung soll bis 2015 hierzu einen Bericht vorlegen.

Zu den möglichen Motiven der Bundesregierung, von der Rückführung der fraglichen Leistungen in das verbindliche Preisrecht abzusehen, äußerte sich der damalige Staatssekretär im BMWi Dr. Bernhard Heitzer in einem Schreiben an die Staatskanzleien der Bundesländer vom 27.05.2013 wie folgt:

"... entsprechend dem Beschluss des Bundesrates von 2009 hat sich die Bundesregierung auch sehr intensiv mit der Frage der Rückführung der Beratungsleistungen in das verbindliche Preisrecht befasst. Nach gründlicher Abwägung hält die Bundesregierung daran fest, dass die Honorare für ingenieurtechnische Beratungsleistungen frei vereinbart werden können. (...) Die Forderung nach einer Rückführung der Beratungsleistungen in das verbindliche Preisrecht könnte die Bundesregierung wegen schwerwiegender europarechtlicher Bedenken nicht nachkommen. Die Dienstleistungsrichtlinie setzt im Hinblick auf die Niederlassungsfreiheit voraus, dass verbindliche Mindest- und Höchstpreise durch einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses gerechtfertigt sind. Diese Voraussetzung erfüllen die ingenieurtechnischen Beratungsleistungen nicht. Für den Zeitraum seit 2009 gibt es keine Anhaltspunkte dafür, dass sich infolge der Teilliberalisierung die Qualität am Bau verschlechtert hätte. Ebenso wenig gibt es Anzeichen dafür, dass der Verbraucherschutz in Mitleidenschaft gezogen worden wäre. Die Bundesregierung ist zudem nach der EU-Dienstleistungsrichtlinie verpflichtet, die HOAI 2013 zu notifizieren. In diesem Zusammenhang wird die Europäische Kommission auch eingehend prüfen, ob die HOAI den Vorgaben der Europäischen Dienstleistungsrichtlinie genügt. Hierbei gebe ich auch zu bedenken, dass es in der EU keinen anderen Mitgliedsstaat gibt, der eine der HOAI vergleichbare Preisregulierung für Leistungen von Architekten und Ingenieuren kennt. "

Ein jüngeres Schreiben (vom 13. Juni 2014) des heutigen zuständigen Staatssekretärs im BMUB, Herrn Adler, geht in eine ähnliche Richtung:

„Die Aufrechterhaltung der Honorarempfehlungen für die ingenieurtechnischen Leistungsbilder der Anlage 1 ist vor allem europarechtlichen Erwägungen geschuldet gewesen. Deutschland ist zwischenzeitlich das einzige europäische Land mit einem verbindlichen Preisrecht für Architekten- und Ingenieurleistungen.

Die Europäische Kommission hat bereits in ihrem Bericht zur sogenannten „Peer Review“ vom Oktober 2013 stark angezweifelt, dass Mindestpreise das adäquate Instrument zur Sicherung der Qualität der Leistung seien und fordert, dass durch die betroffenen Mitgliedstaaten ausreichend alternative Maß-

Vertrauliche Anwaltskorrespondenz

nahmen untersucht werden sollen. Der OECD-Wirtschaftsbericht 2014 geht sogar so weit, dass die Abschaffung der HOAI empfohlen wird.

Vor diesem Hintergrund sind Initiativen zu einer Ausweitung des Anwendungsbereichs der Verordnung sorgfältig zu bedenken.“

Die Bundesregierung hat die HOAI 2013 nach den Informationen des AHO insgesamt der Europäischen Kommission zum Zwecke der Notifizierung gemäß der Dienstleistungsrichtlinie übermittelt, ohne dass die Regelungen beanstandet worden wären.

C. RECHTLICHE BEWERTUNG

I. Liegt eine Diskriminierung oder Wettbewerbsverzerrung im Sinne des EU-Wettbewerbsrechts vor?

a) Im europäischen Kartellrecht findet sich ein Diskriminierungsverbot in Art. 102 AEUV. Zudem verbietet Art. 101 AEUV wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen.

Die kartellrechtlichen Vorschriften haben allerdings ausschließlich „Unternehmen“ als Normadressaten. Während die Grundfreiheiten (Art. 28 ff. AEUV) die Errichtung von Binnenmarktschranken durch die *Mitgliedstaaten* verhindern sollen, ist es der Zweck insbesondere des Art. 101 AEUV (Kartellverbot) und des Art. 102 AEUV (Missbrauch einer den Markt beherrschenden Stellung), dass nicht *Unternehmen* solche Schranken durch Maßnahmen der Marktabschottung ersetzen.¹ Normadressaten des Art. 101 Abs. 1 AEUV sind dementsprechend Unternehmen und Unternehmensvereinigungen, und Art. 102 AEUV richtet sich an marktbeherrschende Unternehmen.

Die vorliegend zu prüfende Ungleichbehandlung beruht allerdings nicht auf dem Verhalten von Unternehmen, sondern auf einer gesetzgeberischen Maßnahme. Staatliche Maßnahmen unterliegen indessen nicht dem Anwendungsbereich der Art. 101 und 102 AEUV. Vom diesem Grundsatz gibt es zwei Ausnahmen, auf die nachstehend kurz einzugehen ist.

b) Nach ständiger europäischer Rechtsprechung verbieten die Art. 101, 102 AEUV in Verbindung mit Art. 4 Abs. 3 EUV den Mitgliedstaaten, Maßnahmen – auch in Form von Gesetzen oder Verordnungen – zu erlassen oder beizubehalten, die die Wirkung der für die Unternehmen geltenden Wettbewerbsregeln aufheben könnten. So läge eine Verletzung dieses Grundsatzes etwa dann vor, wenn ein Mitgliedstaat gegen Art. 101 AEUV verstoßende

¹ EuGH, Urteil vom 13. Juli 1966, C-32/65 – Italienische Republik / Rat und Kommission.

Vertrauliche Anwaltskorrespondenz

Verhaltensweisen vorschreibt oder erleichtert oder die Auswirkungen solcher Verhaltensweisen verstärkt.

Die preisrechtliche Ungleichbehandlung bestimmter Planungsleistungen der Architekten und Ingenieure stellt hingegen keine solche Maßnahme dar. Die HOAI schreibt gegen Art. 101 AEUV verstoßendes Verhalten weder vor, noch erleichtert sie solches Verhalten, noch verstärkt sie die Auswirkungen eines solchen Verhaltens.

c) Nach Art. 106 AEUV dürfen die Mitgliedstaaten in Bezug auf öffentliche Unternehmen und auf Unternehmen, denen sie besondere oder ausschließliche Rechte gewähren, keine Maßnahmen treffen, die den kartellrechtlichen Verboten der Art. 101 und 102 AEUV zuwiderlaufen. Beispielsfälle dieser Regelung waren etwa: die staatliche Genehmigung kartellverbotswidriger Tarifvereinbarung von Fluglinien; die Festlegung unangemessener Tarife im Konzessionsvertrag eines marktbeherrschenden Bestattungsunternehmens; die Erhebung unangemessener Hafengebühren aufgrund staatlicher Regelung; oder die Übertragung der Befugnis an ein Unternehmen, die Spezifikation für Telekommunikations-Endgeräte mit allgemeiner Wirkung festzuschreiben.

Diese Vorschrift ist vorliegend offensichtlich ebenfalls nicht einschlägig. Die HOAI gewährt Architekten bereits keine besonderen oder ausschließlichen Rechte im Sinne von Art. 106 Abs. 1 AEUV; und noch weniger sind die Architekten „öffentliche Unternehmen“. Daneben fehlt es auch an einer EU-vertragswidrigen Verhaltensweise auf Seiten der Architekten.

d) Im Ergebnis lässt sich daher die von der HOAI vorgenommene Ungleichbehandlung bestimmter Planungsleistungen der Architekten und derjenigen der Ingenieure aus Sicht des europäischen Wettbewerbsrechts nicht angreifen.

II. Ist die fragliche Ungleichbehandlung mit dem europäischen Diskriminierungsverbot vereinbar?

Für die Forderung nach einer Beendigung der Ungleichbehandlung, müssten die verschiedenen europarechtlichen Diskriminierungsverbote eine geeignete Grundlage darstellen. Das Europarecht enthält zum einen Diskriminierungsverbote aus den europäischen Grundfreiheiten (a), ein allgemeines Diskriminierungsverbot (b), sowie den allgemeinen unionsrechtlichen Gleichheitsgrundsatz (c).

Vertrauliche Anwaltskorrespondenz

1. Diskriminierungsverbote aus Grundfreiheiten

Um die Rückführung der Planungsleistungen in die HOAI zu erreichen, wäre eine Bezugnahme auf die in den Grundfreiheiten (Art. 28 AEUV ff.) enthaltenen Diskriminierungsverbote zu prüfen.

So bestimmt etwa Art. 56 Abs. 1 AEUV zur Dienstleistungsfreiheit:

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

Eine entsprechende Regelung sieht Art. 49 Abs. 1 S. 1 AEUV für die Niederlassungsfreiheit vor.

Diese Regelungen enthalten trotz ihres unterschiedlichen Wortlauts ein Diskriminierungsverbot, das sogenannte Gebot der sogenannten Inländergleichbehandlung. Danach müssen die Mitgliedstaaten alle Unionsbürger (d.h. natürliche Personen mit der Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates und juristische Personen mit Sitz in einem Mitgliedstaat) wie Inländer behandeln und Dienstleistungen aus anderen Mitgliedstaaten so wie inländische Dienstleistungen. Die hier fraglichen Planungsleistungen sind solche Dienstleistungen dar.

Die Diskriminierungsverbote aus den Grundfreiheiten finden jedoch nur Anwendung, wenn es kein spezielleres Sekundärrecht zu der jeweiligen Grundfreiheit gibt. In letzterem Fall muss die nationale Vorschrift sich mit dem Sekundärrecht und nicht unmittelbar an der Grundfreiheit messen lassen. Ein solches Sekundärrecht stellt die *EU-Dienstleistungsrichtlinie*^[1] dar. Diese geht den Grundfreiheiten als spezielleres Recht vor und verdrängt damit deren Anwendung.

Dies bedeutet, dass eine Berufung auf das primärrechtliche Diskriminierungsverbot in den Grundfreiheiten vorliegend nicht möglich ist, soweit die Dienstleistungsrichtlinie eingreift.

Es kommt hinzu, dass innerstaatliche Ungleichbehandlungen und Diskriminierungen von den Grundfreiheiten nicht erfasst werden. Deren Ausgleich bleibt den Mitgliedstaaten vorbehalten. Der Ungleichbehandlung zwischen Architekten und Ingenieuren in der HOAI durch Herausnahme der Planungsleistun-

^[1] Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl. L 376 vom 27.12.2006, S. 36-68.

Vertrauliche Anwaltskorrespondenz

gen fehlt dieses grenzüberschreitende Element. Vielmehr handelt es sich um eine rein innerstaatliche Ungleichbehandlung.

Ein Bezug auf die Diskriminierungsverbote in den Grundfreiheiten ist damit zur Rückführung der benannten Planungsleistungen in die HOAI nicht möglich.

2. *Allgemeines unionsrechtliches Diskriminierungsverbot*

Neben den Diskriminierungsverboten aus den Grundfreiheiten normiert Art. 18 AEUV ein allgemeines unionsrechtliches Diskriminierungsverbot :

„Unbeschadet besonderer Bestimmungen der Verträge ist in ihrem Anwendungsbereich jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten.“

Ebenso wie die spezielleren Grundfreiheiten kommt die primärrechtliche Regelung des Art. 18 AEUV jedoch nur dann zur Anwendung, wenn kein grundfreiheitsverwirklichendes Sekundärrecht vorliegt. Wie bereits oben festgestellt, ist dies aber vorliegend mit der Dienstleistungsrichtlinie der Fall.

Zusätzlich ist ausschließlicher Gegenstand des allgemeinen unionsrechtlichen Diskriminierungsverbots das Verbot von Diskriminierungen „aus Gründen der Staatsangehörigkeit“. Dies umfasst neben unmittelbaren und gezielten Diskriminierungen auch indirekte (oder mittelbare) Ungleichbehandlungen. Mittelbare Ungleichbehandlungen sind solche, die sich nicht offen auf die Staatsangehörigkeit beziehen, sondern vermeintlich objektive Kriterien anwenden, die faktisch nur durch Inländer oder Ausländer erfüllt werden.

Die Ungleichbehandlung von Architekten und Ingenieuren in der HOAI knüpft in keiner erdenklichen Weise an das Kriterium der Staatsangehörigkeit an.

Im Ergebnis ist daher Art. 18 AEUV keine geeignete Grundlage für einen Anspruch auf Gleichbehandlung der Planungsleistungen der Architekten und Ingenieure.

3. *Allgemeiner unionsrechtlicher Gleichheitsgrundsatz*

In Frage kommt schließlich die Berufung auf den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz des Art 20 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (*EU-Grundrechte-Charta*). Nach Art. 20 gilt: *„Alle Personen sind vor dem Gesetz gleich.“*

Vertrauliche Anwaltskorrespondenz

Über Art. 6 EUV ist die EU-Grundrechte-Charta Teil des Primärrechts der Europäischen Union. Art. 20 der EU-Grundrechte-Charta ist damit unmittelbar anwendbar. Unionsbürger (auch juristische Personen) können sich somit direkt (auch vor nationalen Gerichten und Behörden) auf diesen berufen. Art. 20 der EU-Grundrechte-Charta entspricht somit seiner Bedeutung und seinem Inhalt dem Gleichheitssatz des Art. 3 Grundgesetz.

Während die Grundfreiheiten Verbote gegenüber den Mitgliedstaaten hinsichtlich der Einschränkung des freien grenzüberschreitenden Wirtschaftens enthalten, hat die EU-Grundrechte-Charta, die über Art. 6 EUV Teil des Primärrechts ist und gleichrangig neben den anderen Verträgen steht, eine andere Schutzrichtung und dementsprechend eine gegenüber sonstigem Primär- und Sekundärrecht eigenständige Bedeutung. Deren Regelungen werden daher nicht etwa durch die Vorschriften der EU-Dienstleistungsrichtlinie verdrängt.

Der allgemeine Gleichheitsgrundsatz verlangt nach ständiger Rechtsprechung des EuGH, dass vergleichbare Sachverhalte nicht unterschiedlich und unterschiedliche Sachverhalte nicht gleich behandelt werden dürfen.² Insbesondere ist eine willkürliche Ungleichbehandlung gleicher Sachverhalte durch den Staat verboten. Willkür wäre eine Ungleichbehandlung ohne sachlichen Grund. Dies zugrunde gelegt, hat der nationale Gesetzgeber jedoch (wie auch im deutschen Recht im Rahmen des Diskriminierungsverbots des Art. 3 des Grundgesetzes) eine Einschätzungsprärogative. Dem Gesetzgeber steht also ein gewisser Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zu. Nur bei grober Überschreitung dieses Spielraumes wird Willkür angenommen und ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz bejaht.

Die Aufgaben der Objektüberwachung (Bauüberwachung) bei den Architekturleistungen sind identisch mit denen bei den Ingenieurleistungen. Gleichwohl sind diese Leistungen in der HOAI auf Seiten der Architekten (Objektüberwachung Gebäude) der Preisregulierung unterworfen, auf Seiten der Ingenieure (die örtliche Bauüberwachung als ein wesentlicher Teil der Objektüberwachung bei Ingenieurbauwerken und Verkehrsanlagen) hingegen nicht. Demzufolge dürfte eine Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem vorliegen. Die Art des Bauobjekts dürfte bei inhaltlich identischen Leistungen nicht zur Bewertung der Leistungen als ungleich führen. Entsprechendes lässt sich wohl auch sagen für die übrigen Planungsleistungen der Ingenieure, die aus dem verbindliche Preisrecht herausgenommen wurden.

² EuGH, Urteil vom 14. September 2010, C-550/07 – *Akzo Nobel Chemicals und Akros Chemicals / Kommission*, Rn. 54 f.

Vertrauliche Anwaltskorrespondenz

Allerdings hat der deutsche Gesetzgeber diese Ungleichbehandlung sachlich gerechtfertigt. Die Ausklammerung der fraglichen Leistungen aus dem verbindlichen Preisrecht beruhte nicht auf staatlicher Willkür, sondern hatte das (über die HOAI hinausgehende) Bemühen des Gesetzgebers um schrittweise Deregulierung der freien Berufe zum Hintergrund. Wie bereits in unserer Stellungnahme vom April 2013³ ausgeführt, verfügt der Gesetzgeber über einen gewissen Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum. Diesen Spielraum hat der deutsche Gesetzgeber dazu genutzt, das Preisrecht für die Berufsgruppe der Ingenieure teilweise zu liberalisieren. Unterschiedliche Berufe darf der Gesetzgeber trotz möglicher identischer Leistungsinhalte unterschiedlich regeln. Anderenfalls wäre ein Mitgliedstaat daran gehindert, bestimmte Rechtsbereiche schrittweise zu deregulieren.

Zwar können hierdurch – wie im vorliegenden Fall – Wertungswidersprüche entstehen. So erscheinen die Gründe, die ein verbindliches Preisrecht bei Architekten für Leistungen der Objektüberwachung von Gebäuden rechtfertigen, auf Ingenieure für Leistungen der Objektüberwachung von Ingenieurbauwerken und Verkehrsanlagen ohne weiteres übertragbar. Angesichts des sehr weiten Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers, der gerade auch auf der rechtsstaatlichen Abgrenzung der Zuständigkeiten von Legislative und Judikative beruht, dürften diese Wertungswidersprüche allerdings nicht ausreichen, um sie als willkürliches staatliches Handeln und Verletzung der Grundrechte der Ingenieure anzusehen.

III. Bewertung aus der Perspektive der Dienstleistungsrichtlinie

Aus der Perspektive der Dienstleistungsrichtlinie ist zunächst zu fragen, ob die Richtlinie einer Rückführung der fraglichen ingenieurtechnischen Leistungen in den regulierten Bereich entgegensteht. Sodann ist weiter zu prüfen, ob eine solche Rückführung aus der Sicht der Dienstleistungsrichtlinie nicht sogar geboten erscheint.

1. Vereinbarkeit der „Rückführung“ mit der Dienstleistungsrichtlinie?

a) Grundsätzlich müssen sich sowohl die bestehenden Regelungen der HOAI als auch eine etwaige Rückführung der fraglichen Leistungen in den regulierten Bereich an Art. 15 der Dienstleistungsrichtlinie⁴ messen. Denn sobald EU-Ausländer in Ausübung ihrer Niederlassungsfreiheit einen Sitz im

³ Rechtsgutachten von Freshfields Bruckhaus Deringer LLP vom 5. April 2013, „Rechtliche Stellungnahme zu dem Positionspapier des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie vom 25.3.2013 betreffend die HOAI-Novelle“.

⁴ Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl. L 376 vom 27.12.2006, S. 36-68.

Vertrauliche Anwaltskorrespondenz

Inland begründen, fallen sie in den Anwendungsbereich der HOAI (vgl. § 1 HOAI) und unterliegen somit den darin geregelten Mindest- und Höchstsätzen. Dies wiederum könnte sich möglicherweise auf die Bereitschaft von EU-Ausländern auswirken, von der Niederlassungsfreiheit Gebrauch zu machen, was potentiell die Niederlassungsfreiheit berührt.

Höchst- und Mindestsätze werden ausdrücklich von Art. 15 Abs. 2 EU-Dienstleistungsrichtlinie erfasst und müssen daher den Anforderungen des Art. 15 Abs. 3 Dienstleistungsrichtlinie genügen. Sie dürfen dementsprechend keine Diskriminierung von EU-Ausländern enthalten, sie müssen durch einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein und schließlich muss der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gewahrt sein.

b) In unserem ausführlichen Rechtsgutachten von Januar 2008 haben wir im Detail dargelegt, dass die damals geltende HOAI, nach der die fraglichen ingenieurtechnischen Leistungen noch dem regulierten Bereich unterlagen, mit den Anforderungen der Dienstleistungsrichtlinie konform war. Hierbei hatten wir unter anderem auf die folgenden Gesichtspunkte hingewiesen:

- Zunächst fehlt es am Binnenmarktbezug der Preisregulierung und an einer spürbaren Beschränkung der Niederlassungsfreiheit. Die tatsächliche Situation auf dem Markt der Architekten- und Ingenieurdienstleistungen widerlegt die These der Beschränkung des Marktzugangs durch die Honorarsätze der HOAI praktisch.⁵ Jedenfalls sind aufgrund der allenfalls minimalen Eingriffsintensität nur geringe Anforderungen an die Rechtfertigung zu stellen. Diese wäre nur zu versagen, wenn überhaupt keine plausibel vorgebrachten Gründe des Mitgliedstaates vorliegen. Hinsichtlich der Preisregulierung der HOAI bestehen jedoch zwingende Allgemeininteressen, die eine Rechtfertigung tragen.⁶ Letzteres sieht auch die Bundesregierung nicht anders.
- In der Rechtssache *Cipolla* hat der Europäische Gerichtshof die Möglichkeit, Preisregulierungen im Bereich der freien Berufe zu rechtfertigen, grundsätzlich anerkannt.⁷ Hierbei ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten. In unseren vorangegangenen aus-

⁵ Rechtsgutachten von Freshfields Bruckhaus Deringer LLP vom Januar 2008, „Die Vereinbarkeit der Mindest- und Höchstsätze in der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) mit europäischem Recht“, S. 40 ff.

⁶ Rechtsgutachten von Freshfields Bruckhaus Deringer LLP vom Januar 2008, „Die Vereinbarkeit der Mindest- und Höchstsätze in der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) mit europäischem Recht“, S. 47 ff.

⁷ EuGH, Urteil v. 5. Dezember 2006, C-94/04 – *Cipolla*, Rn. 67 f.

Vertrauliche Anwaltskorrespondenz

fürlichen Gutachten hatten wir die Verhältnismäßigkeit der Preisregulierung im Rahmen der HOAI bereits ausführlich dargelegt.⁸

- Der Umstand, dass neben Deutschland kein anderer Mitgliedstaat über eine vergleichbare Preisregulierung verfügt, kann nicht als zwingendes Argument für deren Ungeeignetheit oder Unzulässigkeit herangezogen werden (auch wenn die Kommission dies zu tun versucht). Die Mitgliedstaaten verfügen über eine Einschätzungsprärogative, ob die Verfolgung bestimmter Anliegen erforderlich ist und auf welchem Wege dies zu geschehen hat. So betonte der EuGH, dass es nach dem Kriterium der Verhältnismäßigkeit nicht unbedingt notwendig ist, dass die von den Behörden eines Mitgliedstaates angeordnete beschränkende Maßnahme in Bezug auf die Art des Schutzes des berechtigten Interesses einer Auffassung entspricht, die von allen anderen Mitgliedstaaten geteilt wird.⁹ Vielmehr bedeutet allein der Umstand, dass ein Mitgliedstaat weniger strenge Vorschriften erlässt als ein anderer Mitgliedstaat, nicht, dass dessen Vorschriften unverhältnismäßig und folglich mit dem Unionsrecht unvereinbar sind.¹⁰ Aus abweichenden Ansätzen in anderen Mitgliedstaaten kann daher nicht geschlossen werden, dass die Preisregulierung der HOAI über das hinausgeht, was zur Erreichung der verfolgten Ziele erforderlich ist. Ein Mitgliedstaat muss nicht positiv belegen, dass sich das verfolgte Ziel mit keiner anderen vorstellbaren Maßnahme unter den gleichen Bedingungen erreichen lasse.¹¹ Jede andere Ansicht würde zu einer Angleichung der mitgliedstaatlichen Rechtssysteme auf dem jeweils niedrigsten Niveau führen, was weder das Ziel des EU-Primärrechts (insb. der Grundfreiheiten) noch der Dienstleistungsrichtlinie ist.

- c) Auch die EU-Institutionen haben unseres Wissens nicht die Auffassung vertreten, dass das Preisrecht der HOAI im Widerspruch zum europäischen Recht im allgemeinen oder zur Dienstleistungsrichtlinie im besonderen stünde. Während Rat und Kommission generell auf eine Liberalisierung der Regulierung im Bereich der freien Berufe drängen und speziell der HOAI sicherlich kritisch gegenüberstehen, hat die Kommission doch offensichtlich da-

⁸ Rechtsgutachten von Freshfields Bruckhaus Deringer LLP vom Januar 2008, „Die Vereinbarkeit der Mindest- und Höchstsätze in der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) mit europäischem Recht“, S. 47 ff.; Rechtsgutachten von Freshfields Bruckhaus Deringer LLP vom 4. März 2013, „Vereinbarkeit der Änderung der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) mit der EU-Dienstleistungsrichtlinie“.

⁹ EuGH, Urteil vom 28. April 2009, C-518/06 – *Kommission / Italienische Republik*, Rn. 83.

¹⁰ EuGH, Urteil vom 12. Dezember 1996, C-3/95 – *Reisebüro Broede*, Rn. 42.

¹¹ EuGH, Urteil vom 28. April 2009, C-518/06 – *Kommission / Italienische Republik*, Rn. 84.

Vertrauliche Anwaltskorrespondenz

von abgesehen, der Bundesregierung eine Verletzung der Niederlassungsfreiheit oder der Dienstleistungsrichtlinie vorzuhalten. Auch nach Notifizierung der novellierten HOAI durch die Bundesregierung gemäß Art. 15 Abs. 7 UAbs. 1 der Dienstleistungsrichtlinie hat die Kommission die Bundesregierung offenbar nicht nach Art. 15 Abs. 7 UAbs. 2 aufgefordert, die novellierte HOAI nicht inkraftzusetzen.

d) Die vorstehenden Punkte gelten nicht nur für das verbindliche Preisrecht der HOAI in ihrer bestehenden Form, sondern auch für die fraglichen ingenieurtechnischen Leistungen, deren Rückführung in den regulierten Bereich der AHO anstrebt. Dies folgt daraus, dass es sich teilweise um identische und teilweise um vergleichbare Dienstleistungen zu denen handelt, die aktuell dem verbindlichen Preisrecht unterliegen. Wenn aus den vorgenannten Gründen davon auszugehen ist, dass die HOAI in ihrer aktuellen Form mit der Dienstleistungsrichtlinie konform ist, dann gilt dies logisch zwingend auch für eine Rückführung der fraglichen ingenieurtechnischen Leistungen in den regulierten Bereich. Denn letztere Leistungen sind allesamt wie auch die aktuell regulierten Leistungen zwingend erforderlich, um den Planungserfolg zu erreichen. Es gibt daher keinen Grund, der Anlass dafür gäbe, die europarechtliche Zulässigkeit einer Rückführung der fraglichen Leistungen anders zu beurteilen als die europarechtliche Zulässigkeit der aktuellen Fassung der HOAI insgesamt.

e) Die Bundesregierung scheint die Auffassung zu vertreten, eine Ausweitung des Anwendungsbereichs wäre ein heikler Schritt, da man hiermit die Kommission zu einer Intervention gegen die HOAI insgesamt herausfordern würde. Falls dies zuträfe, wäre dies ein rein politischer Gesichtspunkt.

Rechtlich, d.h. europarechtlich, sieht weder die Dienstleistungsrichtlinie noch sonstiges Europarecht den schrittweisen Abbau preislicher Regulierung im allgemeinen oder der Regulierung durch die HOAI im besonderen vor. Die Dienstleistungsrichtlinie verpflichtet die EU-Mitgliedstaaten allein darauf, die Vereinbarkeit (u.a.) von Mindest- und/oder Höchstpreisen mit dem Diskriminierungsverbot, dem Erforderlichkeitsgrundsatz und dem Verhältnismäßigkeitsprinzip zu prüfen (siehe Art. 15 Abs. 3 Dienstleistungsrichtlinie).

Die Dienstleistungsrichtlinie sieht auch kein Verbot der Einführung neuer regulierender Maßnahmen vor. Die Richtlinie ist nicht darauf gerichtet, den Status Quo „einzufrieren“. Zwar müssen „neue Anforderungen“ der Kommission notifiziert werden, damit diese deren Vereinbarkeit mit der Richtlinie prüfen kann. Dies bedeutet aber nicht, dass die Mitgliedstaaten von der Einführung neuer Regulierungsmaßnahmen abzusehen haben. Vielmehr stellt dies eine reine Verfahrensregelung dar, welche es der Kommission ermöglichen soll,

Vertrauliche Anwaltskorrespondenz

die Einhaltung der Niederlassungsfreiheit und der Dienstleistungsrichtlinie durch die Mitgliedstaaten zu überwachen.

Weder der Wortlaut noch Sinn und Zweck der Dienstleistungsrichtlinie stehen somit einer Rückführung der fraglichen ingenieurtechnischen Leistungen in den regulierten Bereich entgegen.

2. Gebotenheit der „Rückführung“ aus der Sicht der Dienstleistungsrichtlinie?

Es ist weitergehend die Frage aufzuwerfen, ob mit Blick auf die Dienstleistungsrichtlinie eine Rückführung der fraglichen Leistungen in das verbindliche Preisrecht nicht geradezu geboten ist.

a) Die geltende HOAI leidet unter einem direkten Wertungswiderspruch, wenn sie identische bzw. vergleichbare Leistungen teils dem verbindlichen Preisrecht unterwirft und sie teils der freien Verhandlung überlässt. So werden gegenwärtig die verordneten Planungsleistungen der Objekt- und Fachplanungen dem verbindlichen Preisrecht der HOAI unterworfen, weil hierfür aus verschiedenen Gründen ein zwingendes öffentliches Interesse besteht. Gleichzeitig werden dieselben bzw. vergleichbare Planungsleistungen der Ingenieure für Ingenieurbauwerke und Verkehrsanlagen von der Preisregulierung ausgenommen, ohne dass der Gesetzgeber hierfür einen rechtfertigenden Grund angeführt hat (abgesehen vom allgemeinpolitischen Interesse der Deregulierung).

Dieser Wertungswiderspruch stellt die Rechtfertigung des noch bestehenden Preisrechts der HOAI in Frage. Denn wenn die fraglichen Planungsleistungen der Ingenieure auch bei freier Preisverhandlung ohne Nachteile für das öffentliche Interesse erbracht werden können, stellt sich die Frage, aus welchen Gründen dies bei den identischen bzw. vergleichbaren verordneten Dienstleistungen anders sein soll.

Die Rückführung der fraglichen Leistungen in das verbindliche Preisrecht würde diesen Wertungswiderspruch beenden und somit gegenwärtig mögliche Einwände gegen die EU-rechtliche Rechtfertigung der HOAI beseitigen. Die Rückführung der fraglichen Leistungen würde die HOAI somit „europafester“ machen.

b) Die Herausnahme der fraglichen Leistungen aus dem verbindlichen Preisrecht führt aus einer weiteren Perspektive zu einer Schwächung der Rechtfertigung des verbliebenen Preisrechts. Da die regulierten und nicht-regulierten Leistungen vielfach im „Paket“ vergeben werden, wird in der Praxis über den nicht-regulierten Teil der Leistungen das verbindliche Preisrecht

Vertrauliche Anwaltskorrespondenz

unterlaufen. Dies geschieht, indem für die nicht-regulierten Leistungen Preisnachlässe gewährt werden, die sich wirtschaftlich allein dadurch rechtfertigen lassen, dass der Auftragnehmer parallel auch die regulierten Leistungen abrechnen kann. De facto wird auf diese Weise auch ein Preisnachlass auf die regulierten Leistungen gewährt. Damit wird Sinn und Zweck des verbindlichen Preisrechts unterlaufen.

Auf diese Weise wird die Rechtfertigung für das verbliebene verbindliche Preisrecht in Frage gestellt, wenn der Gesetzgeber selbst die Mechanismen für dessen Umgehung zur Verfügung stellt.

Auch insoweit würde die Rückführung der fraglichen ingenieurtechnischen Leistungen in das verbindliche Preisrecht einen Wertungswiderspruch beseitigen, der die europarechtliche Rechtfertigung des aktuellen Preisrechts der HOAI in Frage stellt.

Brüssel, 21 Januar 2015

Dr. Thomas Wessely