

W

Deutscher Bundestag Wissenschaftliche Dienste

Vereinbarkeit der HOAI-Novelle mit der EU- Dienstleistungsrichtlinie

betreffend den eingeschränkten Anwendungsbereich der HOAI sowie die Absenkung
der Tafelendwerte

- Ausarbeitung -

Birgit Meiners, Julia Vogeler

Inhalt

1.	Einleitung	3
2.	Der Begriff der Richtlinie	4
3.	Anwendbarkeit der Dienstleistungsrichtlinie, mögliche Konstellationen	4
4.	Kollision des HOAI-RefE mit der Dienstleistungsrichtlinie	7
4.1.	Dienstleistungsfreiheit	7
4.1.1.	Begrenzung des Anwendungsbereichs auf Architekten und Ingenieure mit Sitz in Deutschland	8
4.1.2.	Absenkung der Tafelendwerte	8
4.2.	Niederlassungsfreiheit	11
4.2.1.	Begrenzung des Anwendungsbereichs auf Architekten und Ingenieure mit Sitz in Deutschland	12
4.2.2.	Absenkung der Tafelendwerte	12
5.	Fazit	13
6.	Quellen	15

1. Einleitung

Der Referentenentwurf des Bundeswirtschaftsministeriums für eine Novellierung der Honorarordnung für Architekten- und Ingenieurleistungen (HOAI) vom 8. Februar 2008 sieht in seinem § 1 vor, dass der Anwendungsbereich der HOAI auf solche Verträge beschränkt sein soll, die Architekten oder Ingenieure abschließen, die ihren Sitz im Inland, mithin in Deutschland haben. Damit wird der Anwendungsbereich im Vergleich zur derzeit geltenden Fassung der Honorarordnung eingeschränkt. Der Wortlaut der Vorschrift des HOAI-Referentenentwurfs (HOAI-RefE) lautet¹:

§ 1 Anwendungsbereich

Die Bestimmungen dieser Verordnung gelten für die Berechnung der Entgelte für die Leistungen der *Architektinnen* und Architekten und der *Ingenieurinnen* und Ingenieure (*Auftragnehmerin* oder *Auftragnehmer*) *mit Sitz im Inland*, soweit sie durch (...) diese Verordnung erfasst werden.

In der Begründung zu dem Referentenentwurf heißt es dazu: Die Begrenzung des Anwendungsbereichs der HOAI auf Büros mit Sitz im Inland setzt eine Vorgabe des Artikel 16 der Dienstleistungsrichtlinie um, nach der die Mitgliedstaaten die Dienstleistungsfreiheit von Dienstleistungserbringern aus anderen Mitgliedstaaten zu achten haben.²

Zusätzlich wurden im Referentenentwurf im Bereich der Objektplanung die Tafelendwerte von bisher 25.564.594 € auf 5.000.000 € abgesenkt (§ 33 HOAI-RefE). Hierfür lautet die Begründung im Referentenentwurf: Die Preisbindung für kleinere Auftragsprojekte bleibt damit weiterhin bestehen, während bei größeren Aufträgen ab 5.000.000 € eine freie Vereinbarkeit ermöglicht wird.³ Es erfolgt ein Hinweis auf die Dienstleistungsrichtlinie und auf die höhere Flexibilität der Vertragsgestaltung. Hierin sehen Kritiker die Gefahr, dass die Bedeutung der HOAI in der Praxis kaum noch relevant sein werde, dass besonders für den öffentlichen Auftraggeber erhebliche Rechtsunsicherheit entstehen werde und der Korruption neue Wege eröffnet würden.⁴

Es ist bei alledem fraglich, ob eine Absenkung der Tafelendwerte tatsächlich erforderlich ist, um der Dienstleistungsrichtlinie genüge zu tun. Im Folgenden soll nun untersucht

¹ Die Änderungen der Vorschrift sind kursiv hervorgehoben.

² Begründung zum Referentenentwurf S. 11. Bei der Dienstleistungsrichtlinie handelt es sich indes um die Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt vom 12. Dezember 2006.

³ Begründung zum Referentenentwurf S. 53.

⁴ Vygen, BauR 2008, 730 (733).

werden, ob auch ohne eine Absenkung der Tafelendwerte eine Neufassung der HOAI mit der Dienstleistungsrichtlinie übereinstimmt.

W

2. Der Begriff der Richtlinie

Bei einer Richtlinie handelt es sich um europäisches Sekundärrecht. Es muss mit dem europäischen Primärrecht, mithin dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EGV), übereinstimmen, um als Prüfungsmaßstab gelten zu können. Möglich ist dabei die Kollision mit zwei Grundfreiheiten: der **Niederlassungsfreiheit** und der **Dienstleistungsfreiheit**. Die Regelungen der Dienstleistungsrichtlinie werfen zur Niederlassungsfreiheit keinerlei Bedenken auf. Im Hinblick auf die Dienstleistungsfreiheit hingegen könnte eine Unvereinbarkeit mit Art. 16 Dienstleistungsrichtlinie bestehen. Ein daraus entstehender Konflikt lässt sich indes durch primärrechtskonforme Auslegung auflösen: Zu den in Art. 16 Abs. 1 lit. b Dienstleistungsrichtlinie genannten Rechtfertigungsgründen ist (möglicherweise) zusätzlich der des Verbraucherschutzes hineinzulesen.⁵

Richtlinien müssen zur unmittelbaren Geltung erst noch durch die Mitgliedstaaten umgesetzt werden. Es handelt sich demnach um eine Art Rahmengesetz, welches nur inhaltlich verbindlich ist, Wahl von Form und Mitteln bleibt den Mitgliedstaaten überlassen. In der Dienstleistungsrichtlinie heißt es hierzu, dass die erforderlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften von den Mitgliedstaaten in Kraft gesetzt werden, um der Richtlinie nachzukommen (Art. 44 Dienstleistungsrichtlinie). Hierfür haben die Mitgliedstaaten Zeit bis spätestens 28. Dezember 2009. Vor dem Ablauf dieser gesetzten Frist entfaltet die Richtlinie eine gewisse Vorwirkung bezüglich Änderungen bestehenden Rechts: Änderungen von bestehendem nationalem Recht, welches in den Anwendungsbereich der Richtlinie fällt, sind durchaus möglich, müssen aber mit der Richtlinie auch vor dem Ablauf der Umsetzungsfrist übereinstimmen.⁶

3. Anwendbarkeit der Dienstleistungsrichtlinie, mögliche Konstellationen

Die Leistungen von Architekten und Ingenieuren betreffen nach dem deutschen Zivilrecht zumeist Werkrecht (§ 631 BGB), demzufolge ein erbrachtes Produkt honoriert wird, denn geschuldet wird ein Erfolg – dieser allein ist Abgrenzungskriterium. Somit handelt es sich nicht um eine Dienstleistung (im Sinne von § 611 BGB). Im volkswirt-

⁵ Vgl. zum Ganzen: Freshfields-Gutachten S. 17ff. m.w.N.

⁶ Freshfields-Gutachten S. 12.

schaftlichen Sinne sind Dienstleistungen all diejenigen Wirtschaftsleistungen, die nicht in der Herstellung von Urprodukten oder Waren bestehen.⁷

W

In Art. 2 Abs. 1 der Dienstleistungsrichtlinie wird deren Anwendungsbereich aber auf „Dienstleistungen, die von einem in einem Mitgliedstaat niedergelassenen Dienstleistungserbringer angeboten werden“, beschränkt. Auf europäischer Ebene gilt eine andere Definition für den Begriff der Dienstleistung als diejenige im deutschen Zivilrecht oder aber in der Volkswirtschaft: nach Art. 50 EGV sind Dienstleistungen 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 Person unterliegen. Bei den genannten Vorschriften handelt es sich um Grundfreiheiten des EGV. Für eine Konkurrenz kommt hier allein der freie Warenverkehr in Betracht. Hiervon betroffen sind vor allem körperliche Gegenstände. Bei gemischten Leistungen, also solchen, bei denen die geistige Leistung eine untergeordnete Verkörperung in einem bestimmten Medium gefunden hat, zählt der wirtschaftliche Schwerpunkt. Dieser liegt bei beispielsweise Bauplänen eines Architekten auf der geistigen Leistung, womit die Dienstleistungsfreiheit betroffen wäre. Die Dienstleistungsrichtlinie schützt aber auch die Niederlassungsfreiheit der Dienstleistungserbringer.

Es existieren verschiedene Konstellationen, bei denen der HOAI-RefE in räumlicher Hinsicht Anwendung finden wird: Zunächst ist das der Fall, wenn ein inländischer Architekt oder Ingenieur und ein im Inland gelegenes Bauvorhaben betroffen sind – hier liegt aber schon gar kein grenzüberschreitender Sachverhalt vor, was als Abgrenzung zur Inländerdiskriminierung zwingend der Fall sein müsste. Daher kann eine Kollision mit der Dienstleistungsrichtlinie in diesem Fall nicht vorliegen. Wohl wäre das aber der Fall, wenn ein im Inland gelegenes Bauvorhaben betrieben wird und sich hierfür der Architekt oder Ingenieur nur vorübergehend zur Dienstleistungserbringung nach Deutschland begibt (sog. **aktive Dienstleistungsfreiheit**).⁸ Für die Anwendung des HOAI-RefE müsste nun der Sitz des Architekten oder Ingenieurs in Deutschland sein, was in dieser Fallgestaltung gerade nicht so ist. In diesem Fall, dass sich ein ausländischer Architekt oder Ingenieur also zur Dienstleistungserbringung vorübergehend nach Deutschland begibt, gibt es die Möglichkeit, dass die Parteien bestimmen, welchem Recht der Vertrag unterliegen soll, oder aber mangels Rechtswahl wird die Anwendung eines Rechts wegen bestimmter Umstände angenommen (vgl. §§ 27f. Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch – EGBGB). Allerdings meint hierzu der Bundesgerichtshof (BGH), dass die HOAI als zwingendes Preisrecht des öffentlichen Rechts un-

⁷ Grabitz/Hilf – Randelzhofer/Forsthoff, Art. 49/50, Rnr. 6.

⁸ Grabitz/Hilf – Randelzhofer/Forsthoff, Art. 49/50, Rnr. 42.

abhängig von einer Rechtswahl der Vertragsparteien gilt.⁹ Jedes Bauvorhaben in Deutschland unterläge damit zwingend den Vorschriften der HOAI – diese Auffassung wird in der Literatur vielfach kritisiert¹⁰, und es kann bezweifelt werden, ob nach der Neufassung des § 1 HOAI in der Form des Referentenentwurfs daran festgehalten werden kann.

Lässt sich der Dienstleister für einen nicht absehbaren Zeitraum in einem anderen Mitgliedstaat nieder, um dort wiederholt Dienstleistungen zu erbringen, ist die **Niederlassungsfreiheit** betroffen, und eine Kollision ist denkbar.

Fraglich ist, ob die HOAI auch Anwendung findet auf die Konstellation, bei der sich der Dienstleistungsempfänger vorübergehend in das Land des Dienstleistungserbringers begibt (sog. **passive Dienstleistungsfreiheit**). Es handelt sich hierbei um eine Erscheinungsform der Dienstleistungsfreiheit, die vom Zweck, nicht aber vom Wortlaut der Dienstleistungsfreiheit erfasst ist.¹¹ Diese Konstellation hat jedoch hier in der Form keine Relevanz, in der die Planung und Errichtung von Bauwerken in einem anderen Mitgliedstaat geschehen. Denn diese werden nicht vom Geltungsbereich der HOAI erfasst.¹²

Hinzu kommt, dass laut HOAI-RefE die Tafelendwerte abgesenkt werden sollen. Dies würde sich zwar nicht auf die Anwendbarkeit, wohl aber auf den tatsächlichen Anwendungsbereich der HOAI auswirken: Projekte bis zu einer Größenordnung von 5.000.000 € anrechenbaren Kosten werden wohl nur in Ausnahmefällen von Architekten/Ingenieuren mit Sitz im Ausland in Deutschland realisiert werden.¹³

⁹ BGH NJW 2001, 1936, 1937.

¹⁰ Statusbericht 2000plus, 10-2; Hök, § 6 Rnr. 21.

¹¹ Grabitz/Hilf – Randelzhofer/Forsthoff, Art. 49/50, Rnr. 43.

¹² Freshfields-Gutachten S. 33.

¹³ Scholtissek NZBau 2008, 409, 411.

4. Kollision des HOAI-RefE mit der Dienstleistungsrichtlinie

4.1. Dienstleistungsfreiheit

Prüfungsmaßstab ist hierbei der Art. 16 Dienstleistungsrichtlinie.

Kapitel IV Freier Dienstleistungsverkehr, Abschnitt 1 Dienstleistungsfreiheit und damit zusammenhängende Ausnahmen, Art. 16 Dienstleistungsfreiheit

(1) Die Mitgliedstaaten achten das Recht der Dienstleistungserbringer, Dienstleistungen in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen ihrer Niederlassung zu erbringen.

Der Mitgliedstaat, in dem die Dienstleistung erbracht wird, gewährleistet die freie Aufnahme und freie Ausübung von Dienstleistungstätigkeiten innerhalb seines Hoheitsgebiets.

Die Mitgliedstaaten dürfen die Aufnahme oder Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit in ihrem Hoheitsgebiet nicht von Anforderungen abhängig machen, die gegen folgende Grundsätze verstoßen: [...]

(2) Die Mitgliedstaaten dürfen die Dienstleistungsfreiheit eines in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Dienstleistungserbringers nicht einschränken, indem sie diesen einer der folgenden Anforderungen unterwerfen: [...]

(3) Der Mitgliedstaat, in den sich der Dienstleistungserbringer begibt, ist nicht daran gehindert, unter Beachtung des Absatzes 1 Anforderungen in Bezug auf die Erbringung von Dienstleistungen zu stellen, die sich aus Gründen der öffentlichen Ordnung, der öffentlichen Sicherheit, der öffentlichen Gesundheit oder des Schutzes der Umwelt gerechtfertigt sind. Dieser Mitgliedstaat ist ferner nicht daran gehindert, im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht seine Bestimmungen über Beschäftigungsbedingungen einschließlich derjenigen in Tarifverträgen anzuwenden.

(4) Bis zum 28. Dezember 2011 unterbreitet die Kommission nach Konsultation der Mitgliedstaaten und der Sozialpartner auf Gemeinschaftsebene dem Europäischen Parlament und dem Rat einen Bericht über die Anwendung dieses Artikels, in dem sie prüft, ob es notwendig ist, Harmonisierungsmaßnahmen hinsichtlich der unter diese Richtlinie fallenden Dienstleistungstätigkeiten vorzuschlagen.

4.1.1. Begrenzung des Anwendungsbereichs auf Architekten und Ingenieure mit Sitz in Deutschland

W

Fraglich ist, ob die Begrenzung des Anwendungsbereichs der HOAI auf Architekten und Ingenieure mit Sitz in Deutschland förderlich für die Konformität der HOAI mit der Dienstleistungsrichtlinie ist. Es wird die freie Aufnahme und die freie Ausübung der Dienstleistungstätigkeit für ausländische Architekten und Ingenieure (Art. 16 Abs. 1 S. 2 Dienstleistungsrichtlinie) gefordert. Mit der jetzt geltenden HOAI könnte es passieren, dass diese Freiheiten nicht mehr gewährleistet sind. Zur freien Aufnahme von Dienstleistungstätigkeiten gehört gerade auch die Möglichkeit der freien Vertragsgestaltung. Mit der Vorgabe der Honorarhöhe ist die Vertragsfreiheit in großem Maße eingeschränkt, und damit wird die freie Aufnahme der Dienstleistungstätigkeit gerade nicht gewährleistet. Mit einer Änderung des Geltungsbereichs der HOAI (Begrenzung auf Architekten und Ingenieure mit Sitz im Inland) könnte dem entgegengewirkt werden. Nunmehr besteht diese Einschränkung der Vertragsfreiheit für EG-Ausländer nicht mehr, und somit besteht Konformität mit der Dienstleistungsrichtlinie.

Dies gilt allerdings nur für Architekten und Ingenieure, die ihren Sitz in Deutschland haben. Das hat zur Folge, dass faktisch eine Inländerdiskriminierung vorliegt. Eine solche Inländerdiskriminierung indes berührt nicht das Europarecht, weil hierfür bereits ein Sachverhalt mit EG-Auslandsbezug vorliegen müsste. So kommen weder ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot aus Art. 12 Abs. 1 EGV noch gegen die Dienstleistungsfreiheit aus Art. 49 EGV noch gegen die Dienstleistungsrichtlinie selbst in Betracht. Allenfalls möglich ist die Nichtvereinbarkeit mit deutschen Grundrechten (Art. 12 GG – Berufsfreiheit und Art. 3 GG – Gleichheit).

4.1.2. Absenkung der Tafelendwerte

Die vorgeschriebenen Honorarsätze der HOAI könnten aber eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit darstellen. Im Art. 16 Dienstleistungsrichtlinie ist von „Anforderungen“ die Rede. Dieser Begriff ist ebenso wie der vom Europäischen Gerichtshof geprägte Begriff der Beschränkung auszulegen.¹⁴ Eine Beschränkung liegt vor, wenn der Schutzbereich der einschlägigen Grundfreiheit verkürzt wird. Wann dies konkret der Fall ist, ist von der jeweils betroffenen Grundfreiheit abhängig. Eine solche Beschränkung kann allerdings gerechtfertigt sein.

Die **Mindestsätze** der HOAI beschränken die Dienstleistungsfreiheit insofern, als sie es Dienstleistungserbringern aus dem Ausland untersagen, mit den in Deutschland niedergelassenen Architekten und Ingenieuren unterhalb dieser Sätze in Wettbewerb zu treten.

¹⁴ Freshfields-Gutachten S. 75.

Damit könnte einem Architekt aus dem EG-Ausland die Möglichkeit genommen worden sein, einen möglicherweise bestehenden Wettbewerbsvorteil auszuschöpfen. Andersherum ist es auch Dienstleistungsempfängern nicht möglich, einen Architekten oder Ingenieur in Anspruch zu nehmen und einen Preis unterhalb der Mindestsätze zu vereinbaren. Die **Höchstsätze** der HOAI verwehren einem Architekten oder Ingenieur, der vorübergehend für ein Projekt in Deutschland arbeitet, eine mögliche Verringerung des Gewinns, beispielsweise durch Zusatzkosten für ein zweites Büro, über den Preis auszugleichen. Die Mindest- und Höchstsätze der HOAI stellen somit Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit dar.

Die bestehenden Beschränkungen könnten aber gerechtfertigt sein. Hierfür sieht Art. 16 Abs. 1 S. 3 lit. b Dienstleistungsrichtlinie folgende Allgemeinwohlgründe vor: die öffentliche Ordnung, die öffentliche Sicherheit, die öffentliche Gesundheit oder der Schutz der Umwelt. Die Schutzgüter **öffentliche Ordnung** und **öffentliche Sicherheit** werden wie folgt ausgelegt: Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs wird verlangt, dass ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt ist (insbesondere kein rein wirtschaftliches Interesse der Mitgliedstaaten), eine spezifische Prüfung des Einzelfalls unter Beachtung des europarechtlichen Grundsatzes der Freizügigkeit vorgenommen wird, dass eine tatsächliche und hinreichend schwerwiegende Gefährdung der öffentlichen Ordnung vorliegt, der Aufnahmestaat bei dem gleichen Verhalten eines eigenen Staatsangehörigen vergleichbare und effektive Maßnahmen zur Bekämpfung des jeweiligen Verhaltens ergreift und dass die nationalen Maßnahmen verhältnismäßig sind.¹⁵ Im Erwägungsgrund 41 der Dienstleistungsrichtlinie heißt es hierzu, dass insbesondere Fragen der menschlichen Würde, des Schutzes von Minderjährigen und hilfsbedürftigen Erwachsenen sowie der Tierschutz unter den Begriff der **öffentlichen Ordnung** fallen. Die Höchstsätze der HOAI sollen zur Begrenzung des Mietanstiegs beitragen, und die Mindestsätze sollen verhindern, dass aus den Höchstsätzen in der Praxis Regelsätze werden.¹⁶ Dieses Ziel steht durchaus im öffentlichen Interesse, eine Rechtfertigung über die öffentliche Ordnung lässt sich aber mangels betroffenen Schutzgutes nicht begründen.¹⁷ Möglicherweise aber kommt eine Rechtfertigung über die **öffentliche Sicherheit** in Betracht. Hier könnte die Sicherheit der Bevölkerung einschlägig sein, die gerade durch die Qualitätssicherung erreicht werden soll. Dieses Ziel würde aber nur mittelbar erreicht: Bei der HOAI handelt es sich um Preisrecht, welches die Bausicherheit direkt nicht betrifft. Damit ist auch die öffentliche Sicherheit kein tauglicher Rechtfertigungsgrund für die Beschränkung. Zu prüfen bleiben die **öffentliche**

¹⁵ <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/C-D/dienstleistungsrichtlinie-definition-oeffentliche-ordnung-und-sicherheit,property=pdf,bereich=bmwi,sprache=de,rwb=true.pdf>.

¹⁶ BT-Drs. VI/1549, S. 14.

¹⁷ Freshfields-Gutachten, S. 65.

Gesundheit und der **Schutz der Umwelt**. Der Begriff der öffentlichen Gesundheit umfasst den von einem Mitgliedstaat angestrebten qualitativen Standard der Gesundheitslage in seinem Hoheitsgebiet; Ziel ist somit, eine qualitativ hochwertige, ausgewogene sowie allen zugängliche ärztliche und klinische Versorgung aufrechtzuerhalten.¹⁸ Auch im Interesse der öffentlichen Gesundheit könnte die erhöhte Bauqualität positiven Einfluss auf die Gesundheit haben – aber auch hier wiederum lediglich indirekt. Der Schutz der Umwelt setzt voraus, dass überhaupt eine echte Gefahr für die Umwelt besteht.¹⁹ Sollte eine solche Gefahr dahingehend bejaht werden können, dass Ressourcen geschützt werden müssen und dieser Gefahr durch die Steigerung der Bauqualität und damit einhergehend durch entsprechende Reduktion von Emissionen und Steigerung der Energieeffizienz begegnet wird, muss auch hier wieder nur von einer indirekten Wirkung ausgegangen werden.²⁰

Über die genannten Allgemeinwohlgründe ist die Beschränkung indes nicht zu rechtfertigen. Wie einleitend aber bereits angedeutet, ist dies nach der Ansicht des Freshfields-Gutachters über primärrechtskonforme Auslegung noch möglich.²¹ Als Rechtfertigungsgrund für Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit existiert neben den niedergeschriebenen nach Art. 55 EGV in Verbindung mit Art. 46 EGV auch die ungeschriebene Kategorie „**zwingende Gründe des Allgemeininteresses**“²² Hierunter fällt unstrittig auch der Verbraucherschutz. Die Vermeidung des Mietanstiegs und damit eine Ausgestaltung des Verbraucherschutzes ist ein Grund für die Schaffung der HOAI und damit direktes Ziel der Vorschriften. Folgt man der Ansicht der primärrechtskonformen Auslegung, wären die Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit gerechtfertigt.

Die Absenkung der Tafelendwerte würde zunächst den Anwendungsbereich der HOAI einschränken und dazu führen, dass der grenzüberschreitende Verkehr von Architekten und Ingenieuren davon erheblich weniger betroffen wäre als bisher.²³ Allein die Einschränkung des Anwendungsbereichs aber lässt die bestehenden Probleme der Europarechtskonformität bestehen: Sie gelten für den eingeschränkten Anwendungsbereich ebenso fort wie für den uneingeschränkten. Sollte man also zu dem Ergebnis kommen, dass die Höchst- und Mindestsätze der HOAI mit der Dienstleistungsrichtlinie nicht konform gehen, dann ist das auch bei abgesenkten Tafelendwerten der Fall – und umge-

¹⁸ Steinz – Müller-Graff, Art. 46, Rnr. 11-12.

¹⁹ Freshfields-Gutachten, S. 66.

²⁰ Freshfields-Gutachten, S. 67.

²¹ Freshfields-Gutachten, S. 29.

²² Grabitz/Hilf – Randelzhofer/Forsthoff, Art. 49/50, Rnr. 128.

²³ Grund hierfür ist, dass ausländische Architekten und Ingenieure an kleinen Bauprojekten in Deutschland wegen der Geltung der HOAI wohl kein Interesse mehr haben werden. So auch Schramm/Steeger, Rnr. 11.

kehrt. Allein die Absenkung der Tafelendwerte führt **nicht** zu einer verstärkten Europarechtskonformität.²⁴

W

4.2. Niederlassungsfreiheit

Die HOAI ist, wie oben bereits dargestellt, nicht auf deutsche Architekten und Ingenieure beschränkt, sondern auch auf ausländische Architekten und Ingenieure, die ihren Sitz in Deutschland haben, anwendbar. Damit könnte die Grundfreiheit der Niederlassungsfreiheit betroffen sein. Eine „Niederlassung“ ist nach Art. 4 Nr. 5 Dienstleistungsrichtlinie die tatsächliche Ausübung einer von Art. 43 EGV erfassten wirtschaftlichen Tätigkeit (Aufnahme und Ausübung selbständiger Erwerbstätigkeit sowie Gründung und Leitung von Unternehmen) durch den Dienstleistungserbringer auf unbestimmte Zeit und mittels einer festen Infrastruktur, von der aus die Geschäftstätigkeit der Dienstleistungserbringung tatsächlich ausgeübt wird.

Prüfungsmaßstab ist hier Art. 15 Dienstleistungsrichtlinie.

Kapitel III Niederlassungsfreiheit der Dienstleistungserbringer, Abschnitt 2 Unzulässige oder zu prüfende Anforderungen, Art. 15 Zu prüfende Anforderungen

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

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

a) bis f) (...)

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

h) (...).

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

²⁴ So auch im Freshfields-Gutachten, S. 81.

a) Nicht-Diskriminierung: die Anforderungen dürfen weder eine direkte noch eine indirekte Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit – bei Gesellschaften – aufgrund des Ortes 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.

(...)

4.2.1. Begrenzung des Anwendungsbereichs auf Architekten und Ingenieure mit Sitz in Deutschland

Die Beschränkung des Anwendungsbereichs der HOAI auf Architekten und Ingenieure mit Sitz in Deutschland könnte auch die Niederlassungsfreiheit einschränken. Die Niederlassungsfreiheit gibt jeder natürlichen und juristischen Person das Recht, in einem anderen Mitgliedstaat als ihrem Heimatstaat eine dauernde selbständige Tätigkeit zu den gleichen Bedingungen wie Inländer auszuüben.²⁵ Man darf also rechtlich nicht daran gehindert werden, seinen Herkunftsstaat zu verlassen und sich im Aufnahmestaat niederzulassen. Die Beschränkung des Anwendungsbereichs der HOAI auf Architekten und Ingenieure mit Sitz im Inland schafft für Ausländer keine anderen Bedingungen als für Inländer. Die Niederlassungsfreiheit ist daher nicht betroffen.

4.2.2. Absenkung der Tafelendwerte

Die Höchst- und Mindestsätze der HOAI stellen nach Art. 15 Abs. 2 lit. g Dienstleistungsrichtlinie ausdrücklich Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit dar, nämlich Anforderungen, von denen die Aufnahme oder Ausführung der Dienstleistungstätigkeit abhängig gemacht wird. Diese müssen mit Art. 15 Abs. 3 Dienstleistungsrichtlinie übereinstimmen. Eine Diskriminierung in direkter oder indirekter Form liegt nicht vor, denn die Vorschriften knüpfen weder an die Staatsangehörigkeit des Dienstleistungserbringers noch an Merkmale, die typischerweise nur von EG-Ausländern erfüllt werden, an. Eine Rechtfertigung der Beschränkung durch einen zwingenden Grund des Allge-

²⁵ Streinz, Rnr. 886.

meininteresses müsste vorliegen, und dies müsste zur Verwirklichung des Ziels geeignet sein. Die **Mindestsätze** der HOAI dienen dem Schutz der Verbraucher und Dienstleistungsempfänger und der Qualitätssicherung der von den Architekten und Ingenieuren erbrachten Dienstleistungen. Die **Höchstsätze** der HOAI dienen vornehmlich der Begrenzung der Baukosten und des Mietanstiegs sowie dem Schutz gegen Missbrauch bei der Honorarabrechnung und damit ebenso wie die Mindestsätze dem Schutz der Verbraucher. Diese Gründe stellen zwingende Gründe des Allgemeininteresses dar. Geeignet ist dieser Rechtfertigungsgrund immer dann, wenn kein milderes Mittel mit gleicher Wirkung gegeben ist. Regelungen über die Berufszulassung, Berufsausübung und Haftung für Architekten und Ingenieure beispielsweise sind indes keine gleichermaßen geeigneten Mittel, um die angestrebten Ziele zu erreichen.²⁶ Die Höchst- und Mindestsätze der derzeit gültigen HOAI sind jedoch mit der Dienstleistungsrichtlinie betreffend die Niederlassungsfreiheit vereinbar.

Eine Absenkung der Tafelendwerte hätte nun zur Folge, dass der sachliche Anwendungsbereich der HOAI eingeschränkt würde auf solche Bauvorhaben, die ein Volumen von 5.000.000 € betragen. Hierdurch würden weniger Dienstleistungen als zuvor in den Anwendungsbereich der HOAI fallen, nämlich nur noch Kleinprojekte²⁷. Die inhaltliche Eindämmung einer bereits existierenden Anforderung stellt zunächst nicht die Einführung einer neuen Anforderung dar und unterfällt damit nicht dem Art. 15 Abs. 6 Dienstleistungsrichtlinie, wonach ab dem 28. Dezember 2006 die Einführung neuer Anforderungen nur unter bestimmten Bedingungen möglich wäre. Zudem ist hervorzuheben, dass die Höchst- und Mindestsätze der HOAI, wie sie derzeit gelten, mit der Dienstleistungsrichtlinie übereinstimmen – die Einschränkung einer Beschränkung kann nicht zur Unvereinbarkeit mit der Dienstleistungsrichtlinie führen. Die Absenkung der Tafelendwerte hätte also zur Folge, dass die Beschränkung der Niederlassungsfreiheit eingedämmt wird. Ein Weniger an Beschränkung ist dann aber erst recht mit der Dienstleistungsrichtlinie vereinbar.

5. Fazit

Die Umgestaltung der HOAI zu einer reinen „Inländer-HOAI“ reicht aus, um der Dienstleistungsrichtlinie zu genügen:


Ein Absenken der Tafelendwerte wäre der Europarechtskonformität nicht förderlich, weil lediglich der Anwendungsbereich eingedämmt würde. Probleme, die bei ausgewei-

²⁶ Freshfields-Gutachten S. 63 m.w.N.

²⁷ Scholtissek NZBau 2008, 409, 411.

tetem Anwendungsbereich bereits existieren, beständen fort. Für eine Harmonisierung der HOAI mit der Dienstleistungsrichtlinie ist die Absenkung der Tafelendwerte nicht erforderlich.

W


(Birgit Meiners)


(Julia Vogeler)

6. Quellen

- Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, Internetauftritt www.bmwi.de.
- ENSELEIT, Dieter; LÖFFELMANN, Peter; MERAN, Georg; MERTES, Rainer; SCHRAMM, Clemens; SCHWARZE, Reimund, ZEITNER, Regina (): Statusbericht 2000plus Architekten/Ingenieure. Im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit, abzurufen unter <http://www.a.tu-berlin.de/hoai2000plus/> [Stand: 16.06.08]. (Zitiert als: Statusbericht 2000plus, Kapitel-Seite)
- EG-Wörterverzeichnis Band II L-Z (1989): englisch-deutsch = European Communities glossary / Rat der Europäischen Gemeinschaften, Generalsekretariat, Terminologiedienst. Redaktion: Wirtschafts- und Sozialausschuss.
- FRESHFIELDS BRUCKHAUS DERINGER (2008): Die Vereinbarkeit der Mindest- und Höchstsätze in der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) mit dem europäischen 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). (zitiert als: Freshfields-Gutachten)
- GRABITZ, Eberhard; HILF, Meinhard; NETTESHEIM, Martin (2008): Das Recht der Europäischen Union, Band II, EUV/EGV. (zitiert als: Grabitz/Hilf – Bearbeiter)
- HÖK, Götz-Sebastian (2005): Handbuch des internationalen und ausländischen Baurechts. (Zitiert als: Hök)
- Rat der Europäischen Gemeinschaften (1989): EG-Wörterverzeichnis Band II L-Z, englisch-deutsch, deutsch-englisch.
- SCHOLTISSEK, Friedrich-Karl (2008): Anmerkungen zur beabsichtigten Änderung der HOAI. In: Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht 2008 S. 409 (zitiert als: Scholtissek NZBau 2008, 409).
- SCHRAMM, Clemens; STEEGER, Frank: Neue HOAI zum 01.01.2009: Faktisches Aus oder Neuanfang In: Immobilien- und Baurecht. Gefunden in [beck-online](http://beck-online.de) ohne weitere Fundstelle. (zitiert als Schramm/Steeger).
- STREINZ, Rudolf (2008): Europarecht.
- VYGEN, Klaus (2008): Gedanken zur Novellierung der HOAI. In: Zeitschrift für das gesamte öffentliche Baurecht (BauR) 2008, S. 730-734.

