



Vereinbarkeit der Änderung der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) mit der EU-Dienstleistungsrichtlinie

Wir wurden zu prüfen gebeten, ob die geplante Änderung der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (**HOAI**) im Hinblick auf die Planungsleistungen für Umweltverträglichkeitsstudie, Thermische Bauphysik, Bodenmechanik, Erd- und Grundbau und Vermessungstechnische Leistungen (derzeit Anlage 1 HOAI 2009) sowie der örtlichen Bauüberwachung für Ingenieurbauwerke und Verkehrsanlagen (derzeit Anlage 2, Ziffer 2.8.8 HOAI 2009) mit europäischem Recht und insbesondere mit der EU-Dienstleistungsrichtlinie¹ vereinbar ist.

Zudem wurden wir gebeten, zu prüfen, ob aufgrund der Wiederaufnahme der genannten Leistungen in den verbindlichen Teil der HOAI eine Notifizierungspflicht gemäß der EU-Dienstleistungsrichtlinie bei der Europäischen Kommission (**Kommission**) besteht.

A. ZUSAMMENFASSUNG DER ERGEBNISSE

In materieller Hinsicht ist die Erstreckung des verbindlichen Teils der HOAI auf die betreffenden Planungsleistungen mit dem EU-Recht und mit der EU-Dienstleistungsrichtlinie vereinbar. Insoweit lassen sich dieselben zwingenden Gründe des Allgemeininteresses anführen, mit denen der Gesetzgeber auch den bereits bestehenden Anwendungsbereich der Mindest- und Höchstsätze in der HOAI rechtfertigt hat.

Des Weiteren lassen sich gute Gründe dafür anführen, dass eine Notifizierung an die Kommission nicht zwingend erforderlich ist.

B. MATERIELLE VEREINBARKEIT DER HOAI-NOVELLE MIT EU-RECHT

Die Erweiterung des Anwendungsbereiches der HOAI auf weitere Planungsleistungen ist, wie auch bereits die bestehenden Regelungen der HOAI, an der EU-Dienstleistungsrichtlinie zu messen. Höchst- und Mindestsätze werden ausdrücklich von Art. 15 Abs. 2 EU-Dienstleistungsrichtlinie erfasst und müssen daher den Anforderungen des Art. 15 Abs. 3 EU-Dienstleistungsrichtlinie genügen. Sie dürfen dementsprechend keine Diskriminierung von EU-Ausländern enthalten, sie müssen durch einen zwin-

¹ Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl EU Nr. L 376 vom 27.12.2006, S.6.



genden Grund des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein und schließlich muss der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gewahrt sein.

1. Für die inhaltliche Änderung der HOAI gelten die gleichen Maßstäbe wie für die bereits bestehenden Altregelungen der HOAI. Deren Vereinbarkeit mit dem Europarecht hat der Gesetzgeber ausweislich der Gesetzesbegründung² bejaht. Wie verweisen insoweit auch auf unser vorangegangenes ausführliches Gutachten zur HOAI-Novellierung von 2009³ und auf die entsprechende Stellungnahme des wissenschaftlichen Dienstes des Bundestages⁴, in denen jeweils die Europarechtskonformität der bestehenden HOAI im einzelnen dargelegt sind.

2. Aufgrund der Beschränkung der Anwendbarkeit der HOAI auf Architekten und Ingenieure mit Sitz im Inland (§ 1 HOAI) scheidet eine Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit von vornherein aus. Da die HOAI nur auf Inländer Anwendung findet, greift sie bei einer grenzüberschreitenden Erbringung von Architekten- oder Ingenieurdienstleistungen aus dem Ausland heraus nicht ein, so dass eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit von vornherein ausgeschlossen ist.

3. Allerdings ist die HOAI dennoch an den die Niederlassungsfreiheit betreffenden Vorschriften zu messen, also an Art. 15 der EU-Dienstleistungsrichtlinie. Denn sobald EU-Ausländer in Ausübung ihrer Niederlassungsfreiheit einen Sitz im Inland begründen, fallen sie in den Anwendungsbereich der HOAI und unterliegen somit den Mindest- und Höchstsätzen. Dies wiederum kann sich auf die Bereitschaft von EU-Ausländern, von der Niederlassungsfreiheit Gebrauch zu machen, auswirken und berührt demzufolge potentiell die Niederlassungsfreiheit.

Die in der HOAI enthaltenen Höchst- und Mindestsätze dürften jedoch den Anforderungen des Art. 15 Abs. 3 EU-Dienstleistungsrichtlinie genügen:

a) Eine Diskriminierung in direkter oder indirekter Form ist in den Höchst- und Mindestsätzen nicht zu sehen, denn die Vorschriften knüpfen weder an die Staatsangehörigkeit des Dienstleistungserbringers noch an Merkmale, die typischerweise nur von EU-Ausländern erfüllt werden, an.

² Amtliche Begründung zur 6. Novelle der Verordnung über die Honorare für Architekten- und Ingenieurleistungen (HOAI).

³ 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“.

⁴ Rechtsgutachten der Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages, WD 5 - 3000 - 118/08, „Vereinbarkeit der HOAI-Novelle mit der EU-Dienstleistungsrichtlinie“.



b) Zudem sind die Vorschriften durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt.

Zweck der Mindestsätze ist die Vermeidung eines ruinösen Preiswettbewerbes im Bereich der Architektur- und Ingenieurdienstleistungen, der die Qualität der Planungstätigkeit gefährden würde. Eine hohe Planungsqualität wiederum dient dem Verbraucherschutz sowie dem Schutz der Umwelt.

Die Höchstsätze dienen der Begrenzung der Baukosten und des Mietanstieges sowie dem Schutz vor Missbrauch bei der Honorarabrechnung aufgrund von Informationsasymmetrien zwischen Anbieter und Nachfrager bei Planungsleistungen und damit ebenso dem Verbraucherschutz. Hierbei handelt es sich um anerkannte zwingende Gründe des Allgemeininteresses.

c) Schließlich genügen die Vorschriften dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, denn Regelungen über die Berufszulassung, Berufsausübung und Haftung für Architekten und Ingenieure sind keine gleichermaßen geeignete Mittel, um die angestrebten Ziele zu erreichen.

d) Demnach genügen die Vorschriften der bestehenden HOAI den Anforderungen des Europarechts. Insbesondere stehen sie im Einklang mit den Anforderungen der EU-Dienstleistungsrichtlinie. Nichts anderes wird dann aber gelten können für die geplante Erstreckung des Anwendungsbereichs der HOAI auf die eingangs dargestellten Planungsleistungen. Diese wurden im Jahr 2009 fehlerhaft als Beratungsleistungen qualifiziert, sind aber – wie mittlerweile allgemeiner Konsens ist – tatsächlich Teil der zwingenden Planungsleistungen der Architekten und Ingenieure.

Dies bedeutet aber, dass für diese nun neu in den Geltungsbereich der HOAI einbezogenen Planungsleistungen dieselben zwingenden Gründe des Allgemeinwohls eingreifen und die Abwägung der Verhältnismäßigkeit zum selben Ergebnis führt, wie für den bereits bestehenden Anwendungsbereich der HOAI. Denn die materiellrechtlichen Anforderungen der Dienstleistungsrichtlinie sind dieselben für schon bestehende „Anforderungen“ und für „neue Anforderungen“, die nach Inkrafttreten der Richtlinie von einem Mitgliedstaat erlassen werden.

C. NOTIFIZIERUNG ERSCHEINT NICHT ZWINGEND ERFORDERLICH

1. Nach Art. 15 Abs. 7 EU-Dienstleistungsrichtlinie sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, alle neuen Vorschriften, die „neue Anforderungen“ an die Aufnahme oder Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit stellen, sowie deren Begründung der Kommission mitzuteilen.

Die Kommission bringt die Vorschriften dann den anderen Mitgliedstaaten zur Kenntnis und prüft die Vereinbarkeit der Vorschriften mit dem EU-Recht, also insbesondere auch der EU-Dienstleistungsrichtlinie. Falls die



Kommission zu einem negativen Ergebnis kommt, kann die Kommission den Mitgliedstaat auffordern, die neuen Vorschriften nicht zu erlassen oder wieder aufzuheben.

Die Einführung „neuer Anforderungen“ führt daher zu einer Prüfung durch die Kommission, während „Anforderungen“ des nationalen Rechts, die schon vor dem Erlass der Richtlinie im Dezember 2006 bestanden, grundsätzlich der Eigenprüfung durch den Mitgliedstaat unterliegen. (Materiell sind die Prüfungsmaßstäbe für die schon bestehenden und die neuen Anforderungen indessen identisch.)

Bei den in der HOAI-Novelle vorgesehenen Höchst- und Mindestsätzen handelt es sich gemäß Art. 15 Abs. 2 g) der EU-Dienstleistungsrichtlinie um „Anforderungen“ im vorgenannten Sinne, also um Regelungen, die möglicherweise die Niederlassungsfreiheit beschränken können.

Eine Notifizierungspflicht nach Art. 15 Abs. 7 EU-Dienstleistungsrichtlinie bestände also dann, wenn die nunmehr geplante Einbeziehung der betreffenden Planungsleistungen in die HOAI als „neue“ Anforderung zu qualifizieren ist.

2. Die Richtlinie definiert den Begriff der „neuen“ Anforderung nicht, so dass dieser Begriff im Wege der Auslegung präzisiert werden muss.

a) Der Wortlaut der Art. 15 Abs. 6 und 7 EU-Dienstleistungsrichtlinie bestimmt, dass die Notifizierungspflicht ausgelöst wird, wenn „neue Anforderungen der in Absatz 2 genannten Art“ „eingeführt“ werden. Der Wortlaut knüpft daher ausschließlich an das Vorliegen einer der in Art. 15 Abs. 2 beschriebenen Maßnahmen an und nicht an die Art der Dienstleistung. Diese hat lediglich Bedeutung für die Anwendbarkeit der EU-Dienstleistungsrichtlinie und im Rahmen von Abs. 3 hinsichtlich der mit der Anforderung verfolgten Zwecke und berührt somit nicht die Notifizierungspflicht selbst. „Neue“ Anforderungen können daher auch solche sein, die in einem zuvor bereits teilweise regulierten Dienstleistungssektor erlassen werden. Eine Notifizierungspflicht kann daher nicht damit ausgeschlossen werden, dass die HOAI als solche bereits vorher bestand.

b) Die nunmehr geplante HOAI-Novelle führt aber auch innerhalb der geltenden HOAI keine „neue“ Anforderungen auf – denn die Anforderung „Höchst- und Mindestsätze“ für bestimmte Architektur- und Ingenieurs-Planungsleistungen besteht schon und bleibt erhalten.

Die bereits bestehende Anforderung wird lediglich auf die mit den schon bislang erfassten Planungsleistungen in untrennbarem Zusammenhang stehenden Leistungen ausgedehnt, die bei natürlicher Betrachtung ebenfalls Teil des Planungsprozesses sind. Die Planungsleistungen für Umweltverträglichkeitsstudie, Thermische Bauphysik, Bodenmechanik, Erd- und



Grundausbau und Vermessungstechnische Leistungen sowie der örtlichen Bauüberwachung für Ingenieurbauwerke und Verkehrsanlagen wurden im Zuge der HOAI-Novelle 2009 lediglich aufgrund eines Bewertungsfehlers als reine „Beratungsleistungen“ eingeordnet und aus diesem Grund aus dem verbindlichen Teil der HOAI herausgenommen und in unverbindliche Anlagen überführt. Bei genauer Betrachtung handelt es sich hierbei ebenfalls um Planungsleistungen, die ein zwingend erforderlicher Teil des interdisziplinären Gesamtplanungsprozesses sind. Dies wurde durch ein wissenschaftliches Gutachten der Technischen Universitäten Darmstadt und Berlin bestätigt.⁵

Es lassen sich unter Bezugnahme auf den Wortlaut der Art. 15 Abs. 6 und 7 EU-Dienstleistungsrichtlinie daher gute Gründe dafür anführen, dass die vorgesehene Erweiterung des Anwendungsbereichs bereits bestehender Anforderungen keine „Einführung neuer Anforderungen“ darstellt und daher auch nicht die Notifizierungspflicht auslöst. Denn es bleibt nach altem wie nach neuem Recht dabei, dass zwingend erforderliche Planungsleistungen den Höchst- und Mindestsätzen der HOAI unterworfen werden. Mit der jetzigen Novelle wird lediglich eine (berechtigte und nicht nur vorgeschobene) Korrektur bei der Qualifizierung gewisser Leistungen als zwingender Planungsleistungen vorgenommen.

c) Ferner sind Sinn und Zweck der Notifizierungspflicht zu berücksichtigen. Art. 15 Abs. 7 EU-Dienstleistungsrichtlinie dient der Kontrollmöglichkeit der Kommission hinsichtlich der Beachtung der Abs. 2, 3 und 6 dieser Vorschrift. Ändert sich die Qualität der Anforderungen nicht, sondern wird lediglich deren konkreter Anwendungsbereich auf im Zusammenhang stehende Leistungen erweitert, ließe sich mit guten Gründen argumentieren, dass ein solcher Fall, der den prinzipiell-abstrakten Anwendungsbereich der Anforderung – hier: zwingende Planungsleistungen - unverändert lässt, die Notifizierungspflicht des Art. 15 Abs. 7 EU-Dienstleistungsrichtlinie nicht auslöst. Denn für diese Korrektur des Anwendungsbereiches gelten dieselben europarechtlichen Maßstäbe und dieselben Rechtfertigungsgründe wie für die bereits bestehenden Vorschriften der HOAI.

Die Rejustierung des Anwendungsbereichs der Anforderung teilt somit EU-rechtlich das rechtliche Schicksal der schon bestehenden Anforderung. Eine isolierte Prüfung der Rejustierung der HOAI durch die Kommission, die dann indirekt eine Prüfung des schon bestehenden Anwendungsbereichs der Höchst- und Mindestsätze implizieren würde, würde daher der Systematik

⁵ Gutachten vom 22.10.2010, angefertigt durch Univ.-Prof. Dr.-Ing. Christoph Motzko (Technische Universität Darmstadt) und Univ.-Prof. Dr.-Ing. Bernd Kochendörfer (Technische Universität Berlin), „Einordnung der Leistungen Umweltverträglichkeitsstudie, Thermische Bauphysik, Schallschutz und Raumakustik, Bodenmechanik, Erd- und Grundbau sowie Vermessungstechnische Leistungen (ehemals Teile VI, X-XIII HOAI 1996) als Planungsleistungen, derzeit im unverbindlichen Teil der HOAI 2009 im Zuge der 6. HOAI-Novellierung“.



des Art. 15 widersprechen, der eine sorgfältige Balance zwischen der Eigenprüfung durch den Mitgliedstaat und der Prüfung durch die Kommission vorsieht. Dies spricht gegen das Bestehen einer Notifizierungspflicht.

d) Schließlich kann davon ausgegangen werden, dass die Notifizierungspflicht einer gewissen Erheblichkeitsschwelle unterliegt. Bei der beabsichtigten Änderung der HOAI handelt es sich lediglich um ein regulatorisches Detail. Über den Begriff der „neuen“ Anforderung war wohl kaum beabsichtigt, dass sich die Kommission fortan mit jeder Novelle und Änderung im Detail von nationalen Vorschriften in 28 Mitgliedstaaten auseinandersetzen wollte, die eine bereits bestehende Anforderung enthalten. Vielmehr war es ja gerade Sinn der Dienstleistungsrichtlinie, mehr Verfahrenseffizienz zu schaffen und es der Kommission über das Prinzip der Eigenbewertung seitens der Mitgliedstaaten zu ersparen, unzählige nationale Rechtsvorschriften im Detail überprüfen zu müssen.

e) Weiterhin ist zu berücksichtigen, dass die vorgesehene Erstreckung des Anwendungsbereiches der HOAI auf die o.a. Leistungen bei genauer Betrachtung keine Neuerung sondern vielmehr die Wiederherstellung des Standes von vor 2009 darstellt. Die betreffenden Dienstleistungen war bis 2009 im verbindlichen Teil der HOAI geregelt und fielen bei der Novelle von 2009 lediglich aufgrund einer Fehlbewertung bei ihrer Qualifizierung aus dem verbindlichen Teil hinaus. Ihre Wiedereinbeziehung soll diese Fehleinschätzung lediglich korrigieren. Die HOAI würde durch die Änderung in diesem Punkt lediglich wieder auf den Stand zurückgesetzt, auf dem sie sich zum Zeitpunkt des Erlasses der EU-Dienstleistungsrichtlinie im Jahr 2006 befand. Dieser Stand unterlag gem. Art. 15 Abs. 6 EU-Dienstleistungsrichtlinie jedoch nur einer Eigenprüfung durch die Mitgliedstaaten.

In der Sache ändert sich die deutsche Rechtslage im Vergleich zum Stand von 2006 daher nicht. Hätte der deutsche Verordnungsgeber die damals existierende HOAI unverändert belassen, wäre die Notifizierungspflicht folglich nicht ausgelöst worden. Es erscheint daher nicht sinnvoll, die Korrektur einer solchen gesetzgeberischen Fehlbewertung im Detail einer Notifizierungspflicht zu unterwerfen.

Brüssel, 4. März 2013



Dr. Thomas Wessely