

**Die Vereinbarkeit der Mindest- und Höchstsätze
der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure
mit der EU-Niederlassungsfreiheit**

Rechtsgutachten

Berlin/Bonn, im April 2016

Übersicht:

A. Zusammenfassung	4
B. Sachverhalt.....	5
C. Bewertung	6
I. Vereinbarkeit mit Art. 15 der Dienstleistungsrichtlinie.....	6
1. Anwendungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie.....	6
2. Vorliegen von rechtfertigungsbedürftigen „Anforderungen“.....	7
a) Wortlaut der Norm.....	8
b) Korrektur durch den Beschränkungs begriff aus Art. 49 AEUV	8
aa) Systematik, Genese und Ziel.....	8
bb) Primärrechtskonforme Auslegung.....	10
c) Vorliegen einer Beschränkung	12
aa) Begriff der Beschränkung.....	12
bb) Mindestsätze	13
cc) Höchstsätze	15
dd) Zu ungewisse und mittelbare Auswirkungen?.....	15
ee) Keine Beschränkungswirkung wegen Abweichungsmöglichkeiten	17
i. Überschreitung der Höchstsätze.....	17
ii. Unterschreitung der Mindestsätze.....	19
d) Zwischenergebnis	21
3. Rechtfertigung.....	21
a) Nicht-Diskriminierung.....	22
b) Zwingende Gründe des Allgemeininteresses	22
aa) Mindestsätze	22
bb) Höchstsätze	23
c) Geeignetheit.....	23
aa) Maßstab.....	23
bb) Anwendung auf Mindestsätze.....	27
i. Grundsätzlicher Zusammenhang zwischen Qualität und Mindestsätzen	27
ii. Vermeidung einer Negativspirale bei Informationsasymmetrie.....	28
iii. Sicherung der besonderen Stellung von Planern	29

iv. Verhinderung eines qualitätsschädlichen Preiswettbewerbs	30
v. Bestätigung durch empirische Daten bei Ingenieurbauwerken	31
cc) Gegenargumente der Kommission nicht überzeugend.....	32
i. Ausnahmen und Abweichungsmöglichkeiten stellen Kohärenz nicht in Frage.....	32
ii. Geeignetheit erfordert keine vollständige Zielerreichung	33
iii. Mindestsätze setzen keine Fehlanreize	34
dd) Anwendung auf Höchstsätze.....	35
ee) Zwischenergebnis.....	35
d) Erforderlichkeit.....	35
aa) Maßstab.....	35
bb) Allenfalls geringe Beschränkungswirkung.....	36
cc) Regulierung des Berufszugangs kein milderes Mittel.....	37
dd) Berufsrechtliche Aufsicht weniger effektiv	39
ee) Berufliche Haftung bereits äußerst streng	39
ff) Transparenz und Kontrolle bei Honorarabrechnung nicht gleichermaßen effektiv	40
gg) Zwischenergebnis.....	40
e) Angemessenheit.....	41
aa) Keine Kostenerhöhung für Verbraucher.....	41
bb) Wahlfreiheit für Verbraucher gewahrt	42
4. Zwischenergebnis.....	43
II. Vereinbarkeit mit Art. 49 AEUV.....	43
III. Gesamtergebnis	44

A. Zusammenfassung

- (1) Die Mindest- und Höchstsätze der HOAI sind mit der sekundärrechtlich geregelten Niederlassungsfreiheit aus Art. 15 der Dienstleistungsrichtlinie und mit der primärrechtlich verankerten Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 49 AEUV vereinbar.
- (2) Es ist bereits äußerst zweifelhaft, ob die Mindest- und Höchstsätze der HOAI rechtfertigungsbedürftige „Anforderungen“ im Sinne von Art. 15 Abs. 2 der Dienstleistungsrichtlinie sind. Sie fallen zwar *prima facie* unter den Wortlaut von Art. 15 Abs. 2 Buchst. g) der Dienstleistungsrichtlinie. Letztere ist jedoch im Lichte der primärrechtlichen Niederlassungsfreiheit aus Art. 49 AEUV einschränkend auszulegen, so dass nur Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit nach Art. 49 AEUV auch tatbestandlich von Art. 15 der Dienstleistungsrichtlinie erfasst werden.
- (3) Es spricht vieles dafür, dass die Mindest- und Höchstsätze der HOAI keine Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit darstellen und folglich nicht von Art. 15 der Dienstleistungsrichtlinie erfasst werden. Nach neuerer Rechtsprechung des EuGH ist eine Beschränkungswirkung dann abzulehnen, wenn Honorarregelungen hinreichend flexibel ausgestaltet sind. Dies dürfte vorliegend wegen der Möglichkeit der Unter- und Überschreitung nach § 7 Abs. 3 und 4 HOAI anzunehmen sein.
- (4) Die Mindest- und die Höchstsätze der HOAI sind jedenfalls nach Art. 15 Abs. 3 der Dienstleistungsrichtlinie gerechtfertigt und folglich rechtmäßig. Sie dienen den zwingenden Gründen des Allgemeininteresses, einen qualitätsschädlichen Preiswettbewerb zu verhindern und die Verbraucher vor unangemessenen Honorarforderungen zu schützen. Weiterhin sind sie zur Erreichung dieser Ziele geeignet, erforderlich und angemessen.
- (5) Namentlich sind die Mindestsätze der HOAI ein im Rechtssinne geeignetes Mittel, um die Qualität von Planungsleistungen zu sichern. Es gibt belastbare Hinweise, dass ein Zusammenhang zwischen den Mindestsätzen und der Qualität der in Deutschland erbrachten Architekten- und Ingenieurleistungen besteht. Diese Hinweise dürften ausreichen, um die Rechtfertigungsanforderungen im Vertragsverletzungsverfahren zu erfüllen.
- (6) Eine strengere Regulierung des Berufszugangs kann nicht als milderer aber gleichermaßen effektives Mittel angesehen werden. Berufszugangsregeln und Berufsausübungsregeln sind nicht ohne weiteres substituierbar, weil sie auf verschiedenen Ebenen ansetzen. Zudem beschränken Berufszugangsregeln die

Niederlassungsfreiheit weitaus intensiver, als dies die Mindest- und Höchstsätze der HOAI tun.

B. Sachverhalt

- (7) Wir sind beauftragt worden, uns in einem Rechtsgutachten zur Vereinbarkeit der Mindest- und Höchstonorarsätze für Architekten- und Ingenieurleistungen mit der Niederlassungsfreiheit nach dem Recht der Europäischen Union zu äußern.
- (8) Die Rechtsverordnung über die Honorare für Architekten und Ingenieurleistungen (Honorarordnung für Architekten und Ingenieure; im Folgenden: HOAI) regelt die Berechnung der Entgelte für die sogenannten Grundleistungen der Architekten und Ingenieure mit Sitz im Inland, soweit diese Grundleistungen vom sachlichen Anwendungsbereich der HOAI erfasst und vom Inland aus erbracht werden (§ 1 HOAI).
- (9) Gemäß § 3 Abs. 1 S. 1 HOAI sind die Honorare für Grundleistungen der Flächen-, Objekt- und Fachplanung in den Teilen 2 bis 4 der HOAI verbindlich geregelt. Die Teile 2 und 3 der HOAI enthalten nach bestimmten Kriterien ausdifferenzierte Honorartafeln, aus denen sich jeweils bestimmte Mindest- und Höchstonorarsätze für die betreffenden Leistungen ergeben. Die Mindestsätze können gemäß § 7 Abs. 3 HOAI durch schriftliche Vereinbarung in Ausnahmefällen unterschritten werden. Die Höchstsätze dürfen gemäß § 7 Abs. 4 S. 1 HOAI nur bei außergewöhnlichen oder ungewöhnlich lange dauernden Grundleistungen durch schriftliche Vereinbarung überschritten werden. § 44 Abs. 7, § 52 Abs. 5 und 56 Abs. 6 HOAI verweisen für bestimmte Leistungen auf die letztgenannte Regelung. Außerhalb des sachlichen Anwendungsbereichs der HOAI sind Honorare frei vereinbar (§ 7 Abs. 2 HOAI).
- (10) Mit Aufforderungsschreiben vom 18.06.2015 hat die Europäische Kommission ein Vertragsverletzungsverfahren gemäß Art. 258 AEUV gegen die Bundesrepublik Deutschland eröffnet. Nach Auffassung der Kommission verstoßen die Mindest- und Höchstsätze der HOAI gegen Art. 15 der Richtlinie 2006/123/EG (Dienstleistungsrichtlinie; im Folgenden: DLRL) und gegen die Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 49 AEUV. Am 25.02.2016 hat die Kommission gegenüber der Bundesregierung eine mit Gründen versehene Stellungnahme abgegeben. Diese Stellungnahme und die entsprechenden Antwortschreiben der Bundesregierung liegen uns nicht vor.

- (11) Vor diesem Hintergrund ist rechtsgutachterlich zu prüfen, ob die Mindest- und Höchst-Höchst Honorarsätze der HOAI mit Art. 15 DLRL und Art. 49 AEUV vereinbar sind. Die Vereinbarkeit mit anderen Vorschriften des Unionsrechts ist nicht Gegenstand der Prüfung. Durch das Aufforderungsschreiben hat die Kommission den Streitgegenstand des Vertragsverletzungsverfahrens festgelegt. Eine spätere Erweiterung um angebliche Verstöße gegen andere Bestimmungen wäre unzulässig.¹

C. Bewertung

- (12) Die Mindest- und Höchstsätze der HOAI sind mit der sekundärrechtlichen Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 15 DLRL (**unter I.**) und mit der primärrechtlichen Niederlassungsfreiheit nach Art. 49 AEUV (**unter II.**) vereinbar.

I. Vereinbarkeit mit Art. 15 der Dienstleistungsrichtlinie

- (13) Die Mindest- und Höchstsätze der HOAI sind mit Art. 15 DLRL vereinbar. Sie fallen zwar in den grundsätzlichen Anwendungsbereich dieses Rechtsakts (unter 1.). Jedoch ist schon zweifelhaft, inwieweit sie rechtfertigungsbedürftige „Anforderungen“ im Sinne von Art. 15 Abs. 2 DLRL darstellen (unter 2.). Jedenfalls aber sind sie gemäß Art. 15 Abs. 3 DLRL gerechtfertigt (unter 3.).

1. Anwendungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie

- (14) Der Anwendungsbereich der DLRL ist grundsätzlich eröffnet. Zwar dürfte diese generell nur auf grenzüberschreitende Sachverhalte anwendbar sein. Die HOAI erfasst aber jedenfalls auch grenzüberschreitende Sachverhalte.
- (15) Architekten- und Ingenieurleistungen fallen grundsätzlich in den Anwendungsbereich der DLRL (vgl. deren 33. Erwägungsgrund). Bis heute ist jedoch nicht abschließend gerichtlich geklärt (und folglich umstritten),² ob die DLRL auch auf rein innerstaatliche Sachverhalte Anwendung findet. Bejaht wird dies unter anderem von der Kommission und Generalanwalt Szpunar, die auf Wortlaut und Kontext der DLRL sowie auf den konzeptionellen Unterschied zwischen den Grundfreiheiten und dem Erlass von

¹ Vgl. EuGH, C-160/08, Kommission/Deutschland, EU:C:2010:230, Rn. 43 ff.; näher *Karpenstein*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 40 ff.

² Offengelassen in EuGH, C-340/14, Trijber, EU:C:2015:641, Rn. 40 ff.

(Koordinierungs-) Rechtsakten verweisen.³ Dem ist freilich entgegenzuhalten, dass die DLRL dezidiert die Niederlassungsfreiheit „konkretisieren“ soll und deshalb im Lichte dieser Grundfreiheit auszulegen ist.⁴ Insbesondere enthält die DLRL auch keinen Anhaltspunkt dafür, dass der Unionsgesetzgeber über den Anwendungsbereich der Grundfreiheiten hinausgehen und – entgegen ihren Zielen und ihrer Rechtsgrundlage – berufsrechtliche und -politische Fragen ohne grenzüberschreitenden Bezug (teil-)harmonisieren wollte.⁵ Es sprechen folglich die besseren Argumente dafür, dass die DLRL nur auf grenzüberschreitende Sachverhalte anwendbar ist.

- (16) Indes liegt ein solcher grenzüberschreitender Sachverhalt nach der Rechtsprechung bereits dann vor, wenn eine Vorschrift grundsätzlich *auch* EU-Ausländer betrifft.⁶ Dies ist vorliegend anzunehmen. Denn die zu prüfenden Mindest- und Höchstsätze gelten nach § 1 HOAI grundsätzlich für alle Architekten und Ingenieure mit Sitz im Inland. Sie betreffen folglich auch Anbieter aus anderen Mitgliedstaaten, die in Deutschland niedergelassen sind oder sich dort niederlassen wollen. Ein grenzüberschreitender Sachverhalt ist vorliegend also zu bejahen.⁷

2. Vorliegen von rechtfertigungsbedürftigen „Anforderungen“

- (17) Es ist zweifelhaft, inwieweit die Mindest- und Höchstsätze der HOAI rechtfertigungsbedürftige „Anforderungen“ gemäß Art. 15 Abs. 2 Buchst. g) DLRL darstellen. Beide werden zwar ohne weiteres vom Wortlaut der Norm umfasst (unter a). Vieles spricht jedoch dafür, dass Art. 15 Abs. 2 Buchst. g) DLRL im Lichte der primärrechtlichen Niederlassungsfreiheit aus Art. 49 AEUV einschränkend auszulegen

³ Europäische Kommission, Handbuch zur Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie, 2008, S. 28; GA Szpunar, SchlA zu C-340/14, *Trijber*, EU:C:2015:505, Rn. 51 ff.; vgl. hierzu auch EuGH, C-456/98, *Centrosteeel*, EU:C:2000:402, Rn. 13.

⁴ So EuGH, C-593/13, *Rina Services*, EU:C:2015:399, Rn. 40.

⁵ Siehe auch noch unten Rn. (22) ff.; näher *Schiff*, EuZW 2015, 899; *Müller-Graff*, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 49 AEUV Rn. 20; *Asemissen*, *Berufsanerkennung und Dienstleistungen im europäischen Binnenmarkt*, 2014, S. 221 ff.

⁶ Vgl. etwa EuGH, C-340/14, *Trijber*, EU:C:2015:641, Rn. 41 f.

⁷ Im Ergebnis ebenso *Freshfields Bruckhaus Deringer*, *Die Vereinbarkeit der Mindest- und Höchstsätze in der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure mit europäischem Recht*, 2008, S. 31; *Deutscher Bundestag, Fachbereich Europa, Verbindliche Mindest- und Höchstpreisvorgaben nach der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure im Lichte der EU-Dienstleistungsrichtlinie und der Niederlassungsfreiheit*, 2015, S. 6.

ist (unter b). Demnach dürften jedenfalls die Höchstsätze der HOAI nicht von Art. 15 Abs. 2 Buchst. g) DLRL erfasst werden (unter c).

a) Wortlaut der Norm

- (18) Sowohl die Mindest- als auch die Höchstsätze der HOAI werden vom Wortlaut von Art. 15 Abs. 2 Buchst. g) DLRL erfasst.⁸
- (19) Gemäß Art. 15 Abs. 2 DLRL prüfen die Mitgliedstaaten, ob ihre Rechtsordnung die Aufnahme oder Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit von bestimmten, dort aufgelisteten Anforderungen abhängig macht. Art. 15 Abs. 2 Buchst. g) DLRL nennt explizit die „Beachtung von festgesetzten Mindest- und/oder Höchstpreisen durch den Dienstleistungserbringer“ als eine solche zu prüfende Anforderung.
- (20) Die Mindest- und Höchstsätze der HOAI sind gemäß § 3 Abs. 1 S. 1 HOAI für die vom Anwendungsbereich der Verordnung erfassten Planungsleistungen verbindlich. Gemäß § 7 Abs. 3 und 4 HOAI dürfen sie nur in Ausnahmefällen unter- bzw. überschritten werden. Diese Ausnahmeregelungen bestätigen, dass die Mindest- und Höchstsätze im Regelfall zu beachten sind.⁹ Ferner ist die HOAI nach der Rechtsprechung des BGH als zwingendes öffentliches Preisrecht unabhängig von einer etwaigen (international-privatrechtlichen) Rechtswahl der Parteien des Architekten- oder Ingenieurvertrags.¹⁰ Dagegen verstoßende Honorarvereinbarungen sind nach § 134 BGB nichtig.¹¹

b) Korrektur durch den Beschränkungs begriff aus Art. 49 AEUV

- (21) Es spricht jedoch vieles dafür, dass Art. 15 Abs. 2 Buchst. g) DLRL im Lichte des Beschränkungs begriffs des Art. 49 AEUV einschränkend auszulegen ist.

aa) Systematik, Genese und Ziel

- (22) So ergibt sich aus einer systematischen Auslegung, dass der sachliche Anwendungsbereich des Art. 15 DLRL jedenfalls nicht über den des Art. 49 AEUV hinausgehen soll. So befindet sich Art. 15 DLRL im Kapitel III der DLRL, das mit

⁸ Ebenso Schäfer/Kleen/Riegler, NJW 2015, 3404, 3405.

⁹ Vgl. in diesem Sinne EuGH, C-565/08, Kommission/Italien, EU:C:2011:188, Rn. 43.

¹⁰ BGH, Urt. v. 07.12.2000 – VII ZR 404/99 – Rn. 26.

¹¹ Siehe BGH, Urt. v. 11.10.2007 – 7 ZR 25/06 – Rn. 13.

„Niederlassungsfreiheit“ überschrieben ist. Auch führt Art. 1 Abs. 1 DLRL aus, dass die nachfolgenden Bestimmungen u.a. „die Wahrnehmung der Niederlassungsfreiheit sowie den freien Dienstleistungsverkehr erleichtern sollen.“ Schließlich regelt Art. 3 Abs. 3 DLRL, dass die Mitgliedstaaten die DLRL „in Übereinstimmung mit den Bestimmungen des Vertrags über die Niederlassungsfreiheit und den freien Dienstleistungsverkehr“ umsetzen. Dementsprechend geht auch der EuGH davon aus, dass die DLRL u.a. die Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 49 AEUV „konkretisiert“.¹²

(23) Ferner lässt sich anhand der Erwägungsgründe und der Entstehungsgeschichte der DLRL erkennen, dass die in Art. 15 Abs. 2 DLRL aufgelisteten „Anforderungen“ einen Unterfall der in der Rechtsprechung anerkannten „Beschränkungen“ des Art. 49 AEUV darstellen sollen. So heben der 1., 2., 3., 5., 6., 69. und 116. Erwägungsgrund der DLRL hervor, dass das Ziel der DLRL die Beseitigung von „Beschränkungen“ der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs ist. Ganz ähnlich führt die Begründung des ursprünglichen Richtlinienentwurfs der Kommission aus, dass Zweck der DLRL die Beseitigung von „Hindernissen“ für die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit ist.¹³

(24) Weiterhin verwendet auch der EuGH im Rahmen der DLRL den Begriff der Beschränkung, der Art. 49 AEUV entlehnt ist.¹⁴ Zudem ergibt sich aus dem Kontext und der Entstehungsgeschichte, dass der Unionsgesetzgeber an den Begriff der Beschränkung aus Art. 49 AEUV in der Auslegung durch den EuGH anknüpfen wollte. So führt der 6. Erwägungsgrund der DLRL aus:

„Diese Beschränkungen können nicht allein durch die direkte Anwendung der Artikel 43 und 49 des Vertrags [jetzt: Art. 49 und 56 AEUV] beseitigt werden, weil – insbesondere nach der Erweiterung – die Handhabung von Fall zu Fall im Rahmen von Vertragsverletzungsverfahren sowohl für die nationalen als auch für die gemeinschaftlichen Organe äußerst kompliziert wäre.“

(25) Daraus folgt, dass der Begriff der Anforderungen in Art. 15 DLRL nicht etwa über den der „Beschränkungen“ in Art. 49 AEUV hinausgeht. Vielmehr zeigt sich, dass er nur einen Teil der in der Rechtsprechung des EuGH anerkannten Beschränkungen der

¹² So EuGH, C-593/13, Rina Services, EU:C:2015:399, Rn. 40.

¹³ Siehe KOM(2004) 2, S. 3, 9, 25 und 26.

¹⁴ Siehe EuGH, C-593/13, Rina Services, EU:C:2015:399, Rn. 39.

Niederlassungsfreiheit umfassen soll. Dies ergibt sich zum einen aus der Definition des Begriffs der Anforderungen in Art. 4 Nr. 7 DLRL, die enger als der Begriff der Beschränkung in Art. 49 AEUV ist.¹⁵ Zum anderen führt der 9. Erwägungsgrund der DLRL aus, dass diese Richtlinie, nur „auf die Anforderungen für die Aufnahme oder Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit Anwendung“ findet, also andere potentielle Beschränkungen im Sinne von Art. 49 AEUV nicht erfasst.

- (26) In dieselbe Richtung geht auch der 69. Erwägungsgrund der DLRL. Dieser führt speziell im Zusammenhang mit Art. 15 DLRL aus, dass es erforderlich sei,

„bestimmte nicht diskriminierende nationale Anforderungen, die ihrer Art nach die Aufnahme oder Ausübung einer Tätigkeit unter Inanspruchnahme der Niederlassungsfreiheit maßgeblich einschränken oder sogar verhindern könnten, zu überprüfen. Diese Überprüfung sollte sich auf die Vereinbarkeit dieser Anforderungen mit den bereits vom Gerichtshof zur Niederlassungsfreiheit festgelegten Kriterien beschränken.“

- (27) Am deutlichsten formuliert schließlich die Begründung des Richtlinienentwurfs der Kommission:

„Artikel 14 und 15 umfassen daher nicht alle mit Artikel 43 EG-Vertrag [jetzt Art. 49 AEUV] unvereinbaren Beschränkungen.“

- (28) Vor diesem Hintergrund zeigt sich, dass der Unionsgesetzgeber den (neutralen) Begriff der Anforderungen in Art. 15 DLRL gewählt hat, um nicht alle diejenigen Maßnahmen zu erfassen, die unter den Begriff der Beschränkung in Art. 49 AEUV fallen. Schon auf Grundlage der herkömmlichen Auslegungsmethoden spricht also vieles dafür, dass der Begriff der Anforderungen in Art. 15 DLRL jedenfalls nicht über den der Beschränkungen in Art. 49 AEUV hinausgeht.

bb) Primärrechtskonforme Auslegung

¹⁵ Demnach sind „Anforderungen alle Auflagen, Verbote, Bedingungen oder Beschränkungen, die in den Rechts- oder Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten festgelegt sind oder sich aus der Rechtsprechung, der Verwaltungspraxis, den Regeln von Berufsverbänden oder den kollektiven Regeln, die von Berufsvereinigungen oder sonstigen Berufsorganisationen in Ausübung ihrer Rechtsautonomie erlassen wurden, ergeben; Regeln, die in von den Sozialpartnern ausgehandelten Tarifverträgen festgelegt wurden, sind als solche keine Anforderungen im Sinne dieser Richtlinie“. Es sei bemerkt, dass der in der Definition verwendete Terminus „Beschränkung“ nicht mit dem Begriff der Beschränkung in Art. 49 AEUV identisch ist. Vielmehr ergibt sich aus den anderen Sprachfassungen, dass er eher im Sinne von „Obergrenze“ zu verstehen ist (vgl. Englisch: „limit“; Französisch: « limite ») und folglich nicht alle denkbaren Beschränkungen im Sinne von Art. 49 AEUV umfasst.

(29) Dieser Befund erhärtet sich noch auf Grundlage einer primärrechtskonformen Auslegung von Art. 15 DLRL.

(30) Eine solche ist bereits deshalb geboten, weil sie durch Art. 3 Abs. 3 DLRL eigens angeordnet wird. Darüber hinaus ist auch nach ständiger Rechtsprechung des EuGH jede Bestimmung des abgeleiteten Unionsrechts

„möglichst so auszulegen, dass sie mit den Bestimmungen der Verträge vereinbar ist“.¹⁶

(31) Vorliegend ist eine einschränkende Auslegung von Art. 15 DLRL geboten, um einen Verstoß gegen deren Rechtsgrundlage Art. 53 Abs. 1 Alt. 2 AEUV (vormals Art. 47 Abs. 2 Abs. 2 EGV) zu vermeiden. So setzt Art. 53 Abs. 1 Alt. 2 AEUV für den Erlass von Koordinierungsrichtlinien voraus, dass eine solche Maßnahme darauf zielt, „die Aufnahme und Ausübung selbstständiger Tätigkeiten zu erleichtern“. Das bedeutet, dass der Unionsgesetzgeber nur tätig werden darf, um (bestehende oder als wahrscheinlich erwartete) Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit nach Art. 49 AEUV zu beseitigen. Eine schlichte Harmonisierung nationaler Vorschriften ist demnach auf Grundlage von Art. 53 AEUV nicht zulässig. Dies ergibt sich aus der ständigen Rechtsprechung des EuGH zur Binnenmarktkompetenz nach Art. 114 AEUV, die hier entsprechend heranzuziehen ist:¹⁷

„Zwar reicht die bloße Feststellung von Unterschieden zwischen den nationalen Regelungen nicht aus, um die Heranziehung von Artikel 95 EG zu rechtfertigen, doch gilt im Fall von Unterschieden zwischen den Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, die geeignet sind, die Grundfreiheiten zu beeinträchtigen und sich auf diese Weise unmittelbar auf das Funktionieren des Binnenmarktes auszuwirken, etwas anderes“.¹⁸

(32) Würde Art. 15 DLRL in einer Weise ausgelegt, dass er auch mitgliedstaatliche Maßnahmen erfasste, die keine Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit im Sinne von Art. 49 AEUV darstellen, so wäre er mithin nicht mehr von der Rechtsgrundlage des Art. 53 Abs. 1 Alt. 2 AEUV gedeckt und folglich ungültig.

¹⁶ EuGH, C-540/13, Parlament/Rat, EU:C:2015:224, Rn. 38; C-19/12, Efir, EU:C:2013:148, Rn. 34 ; zur Auslegung der DLRL im Lichte der Grundfreiheiten auch *Streinz/Leible*, in : Schlachter/Ohler, Europäische Dienstleistungsrichtlinie, 2008, Einleitung Rn. 74 ff.

¹⁷ Dazu EuGH, C-376/98, Deutschland/Parlament und Rat (Tabak I), EU:C:2000:544, Rn. 87.

¹⁸ EuGH, C-380/03, Deutschland/Parlament und Rat (Tabak II), EU:C:2006:772, Rn. 37; ähnlich EuGH, C-376/98, Deutschland/Parlament und Rat (Tabak I), EU:C:2000:544, Rn. 83 ff.

- (33) Dem Befund steht im Übrigen nicht entgegen, dass nach der Rechtsprechung des EuGH die Dienstleistungsrichtlinie mitgliedstaatliche Rechtfertigungsmöglichkeiten für Beschränkungen der Grundfreiheiten zulässigerweise einschränkt.¹⁹ Denn diese Rechtsprechung bezieht sich dezidiert nur auf die Ebene der *Rechtfertigung*. Demgegenüber ist es dem Unionsgesetzgeber verwehrt, mittels Sekundärrechts über den *Tatbestand* der Niederlassungsfreiheit hinauszugehen, weil es insoweit schon an einer Rechtsetzungskompetenz fehlt. Diesen Zusammenhang hat der EuGH wie folgt ausgeführt:

„Die Mitgliedstaaten können, solange die Gemeinschaft nicht handelt, unter bestimmten Voraussetzungen nationale Maßnahmen erlassen, mit denen ein mit dem Vertrag vereinbar legitimer Zweck verfolgt wird und die aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses, zu denen der Verbraucherschutz gehört, gerechtfertigt sind. Sie können auf diese Weise unter bestimmten Umständen Maßnahmen erlassen oder beibehalten, die den freien Verkehr behindern. Gerade solche Hindernisse darf die Gemeinschaft nach Artikel 57 Absatz 2 des Vertrages [jetzt Art. 53 Abs. 1 Alt. 2 AEUV] zur Erleichterung der Aufnahme und Ausübung selbständiger Tätigkeiten beseitigen.“²⁰

- (34) Auch eine primärrechtskonforme Auslegung gebietet mithin, als „Anforderungen“ gemäß Art. 15 DLRL nur „Beschränkungen“ im Sinne von Art. 49 AEUV aufzufassen.²¹

c) Vorliegen einer Beschränkung

- (35) Wendet man nun den Beschränkungsbegriff aus Art. 49 AEUV auf die HOAI an, so spricht vieles dafür, dass allenfalls die Mindestsätze, nicht aber die Höchstsätze darunter fallen. Die letztgenannten werden folglich auch nicht von Art. 15 Abs. 2 Buchst. g) DLRL erfasst.

aa) Begriff der Beschränkung

¹⁹ Siehe EuGH, C-593/13, Rina Services, EU:C:2015:399, Rn. 39 f. zu Art. 14 DLRL.

²⁰ EuGH, C-168/98, Luxemburg/Parlament und Rat, EU:C:2000:598, Rn. 32.

²¹ Im Ergebnis ebenso Deutscher Bundestag, Fachbereich Europa, Verbindliche Mindest- und Höchstpreisvorgaben nach der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure im Lichte der EU-Dienstleistungsrichtlinie und der Niederlassungsfreiheit, 2015, S. 18 ff.

(36) Aus der ständigen Rechtsprechung des EuGH zum Begriff der Beschränkung bei Art. 49 und 56 AEUV ergibt sich,

„dass derartige Beschränkungen solche Maßnahmen sind, die die Ausübung dieser Freiheiten verbieten, behindern oder weniger attraktiv machen“.²²

(37) Demnach liegt eine Beschränkung in diesem Sinne jedenfalls²³ dann vor, wenn eine Maßnahme ausländischen Anbietern den Marktzugang erschwert:

„Insbesondere umfasst der Begriff der Beschränkung die von einem Mitgliedstaat getroffenen Maßnahmen, die, obwohl sie unterschiedslos anwendbar sind, den Marktzugang von Wirtschaftsteilnehmern aus anderen Mitgliedstaaten betreffen“.²⁴

(38) Dies wird wiederum insbesondere dann angenommen, wenn ausländischen Anbietern

„die Möglichkeit genommen wird, unter Bedingungen eines normalen und wirksamen Wettbewerbs in den Markt des Aufnahmemitgliedstaats einzutreten“.²⁵

(39) Das Vorliegen dieser Umstände muss im Vertragsverletzungsverfahren die Kommission darlegen und erforderlichenfalls beweisen.²⁶

bb) Mindestsätze

(40) Auf dieser Grundlage hat der EuGH eine im nationalen Recht vorgesehene, zwingende Beachtung von Mindestpreisen oder -honorarsätzen bereits mehrfach als Beschränkung der Grundfreiheiten angesehen.²⁷

²² EuGH, C-565/08, Kommission/Italien, EU:C:2011:188, Rn. 44; C-442/02, CaixaBank France, EU:C:2006:586, Rn. 11; C-55/94, Gebhard, EU:C:1995:411, Rn. 34.

²³ Zur (hier nicht relevanten) Diskussion, ob die Grundfreiheiten mehr als nur den Marktzugang schützen, *Dietz/Strein*, EuR 2015, 50; *Tiedje*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 49 AEUV Rn. 110 ff.

²⁴ EuGH, C-565/08, Kommission/Italien, EU:C:2011:188, Rn. 45; C-442/02, CaixaBank France, EU:C:2006:586, Rn. 12.

²⁵ EuGH, C-565/08, Kommission/Italien, EU:C:2011:188, Rn. 51; C-442/02, CaixaBank France, EU:C:2006:586, Rn. 13 und 14; C-94/04, Cipolla, EU:C:2006:758, Rn. 59.

²⁶ Siehe EuGH, C-565/08, Kommission/Italien, EU:C:2011:188, Rn. 52f.; näher *Karpenstein*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 258 AEUV Rn. 76; *Zierke*, Die Steuerungswirkung der Darlegungs- und Beweislast im Verfahren vor dem Gerichtshof der Europäischen Union, 2015, S. 71 ff.

- (41) Der Grund hierfür liegt darin, dass es Mindestsätze oder -preise Anbietern aus anderen Mitgliedstaaten verwehren, im Aufnahmestaat in einen Preiswettbewerb mit den dort heimischen Anbietern zu treten. Dadurch werden ausländische Anbieter tendenziell benachteiligt, denn sie haben es regelmäßig schwerer, im Aufnahmestaat Fuß zu fassen, und sind folglich verstärkt auf den Preis als Wettbewerbsfaktor angewiesen. Dies hat der EuGH in der Sache *Cipolla* im Zusammenhang mit Anwaltsgebühren wie folgt ausgeführt:

„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.“²⁸

- (42) Indes erging die zitierte Entscheidung zur Dienstleistungsfreiheit. Man könnte deshalb mit guten Gründen Zweifel an der Übertragbarkeit auf die Niederlassungsfreiheit anmelden, denn die beiden Freiheiten sind strukturell nicht deckungsgleich. So darf einem (dauerhaft) Niederlassungswilligen anerkanntermaßen mehr abverlangt werden als einem Marktteilnehmer, der (nur vorübergehend) von seiner Dienstleistungsfreiheit Gebrauch machen möchte.²⁹ Andererseits stützt sich das *Cipolla*-Urteil des EuGH seinerseits auf Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit, scheint also selbst eine wechselseitige Übertragbarkeit anzunehmen.³⁰

²⁷ Siehe etwa EuGH, C-94/04, *Cipolla*, EU:C:2006:758, Rn. 58 f.; C-82/77, *Van Tiggele*, EU:C:1978:10, Rn. 13-15; C-333/14, *The Scotch Whisky Association*, EU:C:2015:845, Rn. 32.

²⁸ EuGH, C-94/04, *Cipolla*, EU:C:2006:758, Rn. 59.

²⁹ Siehe etwa EuGH, C-58/98, *Corsten*, EU:C:2000:527, Rn. 38; *Karpenstein*, *Praxis des EU-Rechts*, 2. Aufl. 2013, Rn. 189; Deutscher Bundestag, Fachbereich Europa, *Verbindliche Mindest- und Höchstpreisvorgaben nach der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure im Lichte der EU-Dienstleistungsrichtlinie und der Niederlassungsfreiheit*, 2015, S. 11 ff.

³⁰ Vgl. EuGH, C-442/02, *CaixaBank France*, EU:C:2006:586, Rn. 13; vgl. auch GA Maduro, *SchIA zu C-94/04, Cipolla*, EU:C:2006:76, Rn. 64; zur analogen Argumentation bei der Warenverkehrsfreiheit EuGH, C-333/14, *The Scotch Whisky Association*, EU:C:2015:845, Rn. 32.

(43) Letztlich soll diese Frage hier aber nicht vertieft werden. Denn, wie sogleich näher zu erörtern, dürfte die Beschränkungswirkung der Mindestsätze aus anderen Gründen abzulehnen sein.³¹

cc) Höchstsätze

(44) Auch Höchstsätze dürften nach dem oben genannten Maßstab grundsätzlich als Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit anzusehen sein. Denn erstens können sie ausländische Anbieter allgemein davon abhalten, (Zweig-) Niederlassungen im Aufnahmestaat zu eröffnen, da die damit regelmäßig verbundenen höheren Kosten unter Umständen nicht durch höhere Preisen kompensiert werden können. Und zweitens können Höchstsätze ausländische Anbieter besonders hochwertiger Leistungen davon abhalten, sich im Inland niederzulassen, weil ihre Leistung dort nicht adäquat bezahlt wird.³²

dd) Zu ungewisse und mittelbare Auswirkungen?

(45) Es fragt sich jedoch, ob die konkreten Auswirkungen der Mindest- und Höchstsätze der HOAI auf die Niederlassungsfreiheit nicht zu ungewiss und zu mittelbar sind, um als Beschränkung eingestuft zu werden.

(46) In der Literatur wird vielfach eine tatbestandliche Einschränkung des Beschränkungsbegriffs diskutiert – zumeist anhand der Frage, ob die sogenannte *Keck*-Rechtsprechung³³ von der Warenverkehrsfreiheit auf die Niederlassungsfreiheit übertragen werden könne oder müsse.³⁴

(47) Dies findet in der Rechtsprechung insofern eine Stütze, als der Gerichtshof in bestimmten (Einzel-) Fällen das Vorliegen einer Beschränkung mit der Begründung abgelehnt hat, dass eventuelle Wirkungen einer mitgliedstaatlichen Maßnahme auf die Niederlassungsfreiheit „zu ungewiss und zu mittelbar“ seien.³⁵

³¹ Siehe unten Rn. (51) ff.

³² Ebenso GA Maduro, SchlA zu C-94/04, Cipolla, EU:C:2006:76, Rn. 69 und 70.

³³ EuGH, C-267/91, Keck und Mithouard, EU:C:1993:905.

³⁴ Siehe etwa *Dietz/Strein*, EuR 2015, 50; *Tiedje*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 49 AEUV Rn. 110 ff.

³⁵ Siehe EuGH, C-379/92, Peralta, EU:C:1994:296, Rn. 24; C-418/93, Semeraro Casa Uno, EU:C:1996:242, Rn. 32; C-602/10, Volksbank România, EU:C:2012:443, Rn. 81.

- (48) Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob nicht auch die Wirkungen der Mindest- und Höchstsätze der HOAI auf die Niederlassungsfreiheit zu ungewiss und zu mittelbar sind, um als Beschränkungen qualifiziert zu werden. Hierfür könnte u.a. sprechen, dass – erstens – die grenzüberschreitende Mobilität von Architekten und Ingenieuren insgesamt gering ist, dies – zweitens – vor allem auf andere Faktoren wie etwa die Sprachbarriere, die spezifischen Anforderungen des jeweiligen Baurechts und die Unterschiede in der Ausbildung zurückzuführen ist und – drittens – der Preis bei der Auswahl eines Anbieters nur eine untergeordnete Rolle spielt.³⁶ Damit korrespondieren auch die Einschätzungen der europäischen Architekten- und Ingenieurvereinigungen, wonach die Mindest- und Höchstsätze der HOAI kein Hindernis für die Niederlassung ausländischer Planer in Deutschland darstellen, sondern im Gegenteil aufgrund ihrer Garantie- und Befriedungsfunktion eher Niederlassungen in Deutschland fördern.³⁷
- (49) Indes verlangt der Beschränkungs-begriff regelmäßig nicht den Nachweis, dass eine staatliche Maßnahme die Niederlassungsfreiheit empirisch messbar beeinträchtigt. Vielmehr reicht es aus, dass die Maßnahme *potentiell*, d.h. ungeachtet der konkreten Umstände, solche Wirkungen zeitigen kann. Die bisherigen Urteile, in denen der EuGH die Auswirkungen einer staatlichen Maßnahme als „zu ungewiss und zu mittelbar“ angesehen hat, betrafen denn auch Fallgestaltungen, bei denen ein Zusammenhang mit der Niederlassungsfreiheit von vornherein ausgeschlossen erscheinen musste, etwa das Verbot bestimmter Bankprovisionen,³⁸ ein Verkaufsverbot für Supermärkte an Sonn- und Feiertagen³⁹ sowie das Verbot, Schiffstanks mit Meerwasser zu spülen.⁴⁰

³⁶ Dazu auch BR-Drs. 334/13, S. 136; Freshfields Bruckhaus Deringer, Die Vereinbarkeit der Mindest- und Höchstsätze in der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure mit europäischem Recht, 2008, S. 41 ff.

³⁷ Siehe Schreiben des Architect's Council of Europe an die Kommission vom 14.08.2015; Schreiben des European Council of Engineers Chambers an die Kommission vom 05.11.2015; Schreiben der österreichischen Bundeskammer der Architekten und Ingenieurkonsulenten an die BAK, 07.08.2015; Schreiben der belgischen Architektenkammer an die BAK, 11.08.2015; Schreiben der portugiesischen Architektenkammer an die BAK, 14.08.2015; Schreiben der spanischen Architektenkammer an die BAK, 07.09.2015.

³⁸ Siehe EuGH, C-602/10, Volksbank România, EU:C:2012:443.

³⁹ Siehe EuGH, C-418/93, Semeraro Casa Uno, EU:C:1996:242.

⁴⁰ Siehe EuGH, C-379/92, Peralta, EU:C:1994:296.

(50) Demgegenüber stehen im vorliegenden Fall Regelungen im Raum, bei denen es *a priori* zumindest als möglich erscheinen dürfte, dass sie es Anbietern potentiell erschweren, im Aufnahmemarkt Fuß zu fassen.⁴¹ Hinzu kommt, dass der EuGH Mindest- und Höchstthonorarsätze schon mehrmals geprüft und deren Auswirkungen auf die Niederlassungsfreiheit jedenfalls nicht als „zu ungewiss und zu mittelbar“ angesehen hat.⁴²

ee) Keine Beschränkungswirkung wegen Abweichungsmöglichkeiten

(51) Indes erscheint eine andere Bewertung aufgrund der Abweichungsmöglichkeiten in § 7 Abs. 3 und 4 HOAI geboten. Bezieht man diese Öffnungsklauseln in die Betrachtung ein, so lässt sich eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit mit guten Gründen ablehnen.

i. Überschreitung der Höchstsätze

(52) So hat die Große Kammer des EuGH entschieden, dass die Höchstgrenzen für Anwaltshonorare im italienischen Recht keine Beschränkung der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit darstellten, weil eine Überschreitung in besonderen Fällen zulässig und damit eine angemessene Vergütung aller Arten von Dienstleistungen möglich sei:

„Die italienische Gebührenregelung zeichnet sich durch eine Flexibilität aus, die offenbar eine angemessene Vergütung aller Arten von Dienstleistungen, die von Rechtsanwälten erbracht werden, erlaubt. So können die Gebühren bei Angelegenheiten, die besonders umfangreich, komplex oder schwierig sind, bis auf das Doppelte der bei Fehlen einer Vereinbarung geltenden Gebührenhöchstsätze, bei Angelegenheiten von außergewöhnlicher Bedeutung bis auf das Vierfache dieser Sätze oder, wenn unter den vorliegenden Umständen ein offensichtliches Missverhältnis zwischen den Leistungen des Rechtsanwalts und den vorgesehenen Höchstgebühren besteht, sogar darüber hinaus erhöht werden. Daher können die Rechtsanwälte unter verschiedenen Umständen eine besondere Vereinbarung mit ihren Mandanten schließen, um die Höhe ihrer Gebühren festzulegen.

Da die Kommission somit nicht dargetan hat, dass die streitigen Vorschriften den Zugang von Rechtsanwälten

⁴¹ Siehe oben Rn. (40) ff.

⁴² Vgl. etwa EuGH, C-94/04, Cipolla, EU:C:2006:758; C-565/08, Kommission/Italien, EU:C:2011:188.

aus anderen Mitgliedstaaten zum fraglichen italienischen Markt behindern, ist ihr Vorbringen im Hinblick auf die Feststellung des Bestehens einer Beschränkung im Sinne der Art. 43 EG und 49 EG zurückzuweisen.“⁴³

- (53) In dieselbe Richtung geht ein EuGH-Urteil im Zusammenhang mit einem berufsrechtlichen Verfahren gegen einen (ausländischen) Arzt wegen angeblich überhöhter Honorarforderungen in Deutschland. Der Gerichtshof führte zur einschlägigen Gebührenordnung für Ärzte aus:

„Ferner ist darauf hinzuweisen, dass eine Regelung eines Mitgliedstaats nicht allein deshalb eine Beschränkung im Sinne des AEU-Vertrags darstellt, weil andere Mitgliedstaaten die in ihrem Hoheitsgebiet ansässigen Erbringer gleichartiger Dienstleistungen weniger strengen oder wirtschaftlich interessanteren Vorschriften unterwerfen[...].

Daher kann allein daraus, dass sich Ärzte, die in anderen Mitgliedstaaten als der Bundesrepublik Deutschland niedergelassen sind, bei der Berechnung ihrer Honorare für in Hessen erbrachte Leistungen den dort geltenden Regeln unterwerfen müssen, nicht auf das Vorliegen einer Beschränkung im Sinne des Vertrags geschlossen werden.

Sollte jedoch – was der Beurteilung durch das nationale Gericht unterliegt – der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Regelung jegliche Flexibilität fehlen, würde ihre Anwendung, die auf Ärzte aus anderen Mitgliedstaaten abschreckend wirken könnte, eine Beschränkung im Sinne des Vertrags darstellen.“⁴⁴

- (54) Zusammengefasst scheint der Gerichtshof also jedenfalls Höchstsätze dann nicht als Beschränkung der Grundfreiheiten aufzufassen, wenn eine Überschreitung in bestimmten Fällen zulässig und so eine im Einzelfall angemessene Vergütung möglich ist.
- (55) Dies dürfte vorliegend anzunehmen sein. Gemäß § 7 Abs. 4 HOAI dürfen die verbindlichen Höchstsätze bei außergewöhnlichen oder ungewöhnlich lange dauernden Grundleistungen durch schriftliche Vereinbarung überschritten werden. Außergewöhnlich in diesem Sinne sind Leistungen, die in technischer, wirtschaftlicher oder künstlerischer Hinsicht besonders herausragen und die durch die Anwendung der

⁴³ EuGH, C-565/08, Kommission/Italien, EU:C:2011:188, Rn. 53 f. (Hervorhebung nur hier).

⁴⁴ EuGH, C-475/11, Konstantinides, EU:C:2013:542, Rn. 47-49.

HOAI nicht mehr angemessen honoriert werden können.⁴⁵ Anders als bei der italienisch-italienischen Regelung, über die der EuGH zu entscheiden hatte, ist der Umfang der Überschreitung in der HOAI nicht einmal begrenzt.

- (56) Folglich wird durch § 7 Abs. 4 HOAI sichergestellt, dass besonders hochwertige Planungsleistungen in Deutschland auch angemessen vergütet werden können. Das oben festgestellte potentielle Zugangshindernis für ausländische Anbieter besonders hochwertiger Leistungen⁴⁶ entfällt dadurch weitestgehend. Es erscheint mithin gerechtfertigt, aufgrund der Überschreitungsmöglichkeit nach § 7 Abs. 4 HOAI eine Beschränkungswirkung jedenfalls für die Höchstsätze abzulehnen.

ii. Unterschreitung der Mindestsätze

- (57) Es sprechen gute Gründe dafür, dass die genannte Rechtsprechung auf Ausnahmeregelungen bei Mindestsätzen übertragen werden kann.
- (58) Zwar enthielt die italienische Mindestgebührenregelung für Rechtsanwälte, die der EuGH im *Cipolla*-Urteil als Beschränkung ansah, ebenfalls eine Ausnahmebestimmung, die eine Unterschreitung in einfach gelagerten Angelegenheiten zuließ.⁴⁷ Indes enthalten die vorstehend zitierten, späteren Urteile keine Anhaltspunkte dafür, dass der EuGH diese Rechtsprechung nur auf Höchstsatzregelungen beschränken wollte. Entscheidend dürfte im Ergebnis sein, ob eine nationale Mindestsatzregelung aufgrund aller Umstände des Einzelfalls als hinreichend flexibel erscheint, um den Marktzugang ausländischer Anbieter nicht zu behindern.⁴⁸
- (59) Im vorliegenden Fall ist insbesondere auf § 7 Abs. 3 HOAI hinzuweisen. Nach dieser Bestimmung können die Mindestsätze durch schriftliche Vereinbarung „im Ausnahmefall“ unterschritten werden. Diese offene Formulierung wurde durch den Verordnungsgeber (und bereits zuvor durch den Gesetzgeber) bewusst gewählt;

⁴⁵ Söns, in: Messerschmidt/Niemöller/Preussner, HOAI, 2015, § 7 Rn. 41; Wirth/Galda, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, HOAI, 9. Aufl. 2016, § 7 Rn. 79.

⁴⁶ Siehe oben Rn. (44).

⁴⁷ Siehe EuGH, C-94/04, *Cipolla*, EU:C:2006:758, Rn. 6.

⁴⁸ Vgl. dazu EuGH, C-565/08, *Kommission/Italien*, EU:C:2011:188, Rn. 53 f.

restriktivere Alternativvorschläge konnten sich nicht durchsetzen.⁴⁹ In der Begründung zur HOAI 2009 heißt es dazu:

„Ausnahmefälle, in denen die Mindestsätze nach Absatz 3 Satz 1 unterschritten werden können, liegen zum Beispiel dann vor, wenn auf Grund der besonderen Umstände des Einzelfalles unter Berücksichtigung des Zwecks der Mindestsatzregelung ein unter den Mindestsätzen liegendes Honorar angemessen ist.“⁵⁰

- (60) In der höchstrichterlichen Rechtsprechung wurde dies dahingehend konkretisiert, dass ein Ausnahmefall insbesondere dann vorliegt, wenn die vom Architekten oder Ingenieur geschuldete Leistung nur einen besonders geringen Aufwand erfordert oder wenn enge Beziehungen rechtlicher, wirtschaftlicher, sozialer oder persönlicher Art zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer bestehen:

„Bei der Bestimmung eines Ausnahmefalles sind der Zweck der Norm und die berechtigten Interessen der Beteiligten zu berücksichtigen. Die zulässigen Ausnahmefälle dürfen einerseits nicht dazu führen, daß der Zweck der Mindestsatzregelung gefährdet wird, einen "ruinösen Preiswettbewerb" unter Architekten und Ingenieuren zu verhindern. Andererseits können alle die Umstände eine Unterschreitung der Mindestsätze rechtfertigen, die das Vertragsverhältnis in dem Sinne deutlich von den üblichen Vertragsverhältnissen unterscheiden, daß ein unter den Mindestsätzen liegendes Honorar angemessen ist. Das kann der Fall sein, wenn die vom Architekten oder Ingenieur geschuldete Leistung nur einen besonders geringen Aufwand erfordert, sofern dieser Umstand nicht schon bei den Bemessungsmerkmalen der HOAI zu berücksichtigen ist. Ein Ausnahmefall kann ferner beispielsweise bei engen Beziehungen rechtlicher, wirtschaftlicher, sozialer oder persönlicher Art oder sonstigen besonderen Umständen gegeben sein. Solche besonderen Umstände können etwa in der mehrfachen Verwendung einer Planung liegen.“⁵¹

- (61) Inwieweit ausländische Anbieter von Planungsleistungen von § 7 Abs. 3 HOAI Gebrauch machen können, um sich auf dem deutschen Markt zu etablieren, ist bislang

⁴⁹ Näher *Wirth/Galda*, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, HOAI, 9. Aufl. 2016, § 7 Rn. 55 ff.

⁵⁰ BR-Drs. 395/09, S. 165.

⁵¹ BGHZ 136, 1, Rn. 21; BGH, Urt. v. 27.10.2011 – VII ZR 163/10 – Rn. 15; ausführlich *Söns*, in: Messerschmidt/Niemöller/Preussner, HOAI, 2015, § 7 Rn. 35; *Wirth/Galda*, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, HOAI, 9. Aufl. 2016, § 7 Rn. 56 f.

nicht entschieden worden. Es erscheint indes nicht von vornherein ausgeschlossen, dass etwa niederlassungswillige Architekten oder Ingenieure zum Zwecke ihres Markteintritts für eine Übergangszeit gezielt Planungsleistungen anbieten, die einen besonders geringen Aufwand erfordern und die deshalb unter § 7 Abs. 3 HOAI fallen. Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass bestimmte Konstellationen vom Verordnungsgeber explizit als Anwendungsfälle von § 7 Abs. 3 HOAI genannt werden.⁵²

- (62) In all jenen Fällen wäre es ausländischen Anbietern mithin grundsätzlich möglich, ihre Leistungen zu einem Preis unterhalb der Mindestsätze der HOAI anzubieten. Der in der *Cipolla*-Rechtsprechung geäußerte Einwand, dass Mindestsätze es ausländischen Anbietern verwehren, in einen Preiswettbewerb einzutreten, um sich am Markt zu etablieren,⁵³ würde dann von vornherein nicht greifen.
- (63) Im Ergebnis sprechen also gute Gründe dafür, dass die Mindestsätze der HOAI aufgrund der Unterschreitungsmöglichkeit nach § 7 Abs. 3 HOAI hinreichende Flexibilität aufweisen, um eine Behinderung des Marktzugangs ausländischer Anbieter auszuschließen. Die Mindestsätze der HOAI dürften nach alledem also nicht als Beschränkung der Niederlassungsfreiheit anzusehen sein.

d) Zwischenergebnis

- (64) Die Mindest- und Höchstsätze der HOAI sind keine rechtfertigungsbedürftigen Anforderungen im Sinne von Art. 15 Abs. 2 DLRL. Im Folgenden wird deshalb nur hilfsgutachtlich geprüft, ob sie nach Art. 15 Abs. 3 DLRL gerechtfertigt wären.

3. Rechtfertigung

- (65) In jedem Fall sind die Mindest- und Höchstsätze der HOAI gemäß Art. 15 Abs. 3 DLRL gerechtfertigt und folglich rechtmäßig. Sie sind nicht diskriminierend (unter a) und dienen zwingenden Gründen des Allgemeininteresses (unter b). Ferner sind sie zur Erreichung dieser Ziele geeignet (unter c), erforderlich (unter d) und angemessen (unter e).

⁵² Siehe § 44 Abs. 7, § 52 Abs. 5 und 56 Abs. 6 HOAI.

⁵³ Siehe oben Rn. (41).

a) Nicht-Diskriminierung

(66) Die Mindest- und Höchstsätze der HOAI enthalten weder eine direkte noch eine indirekte Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit im Sinne von Art. 15 Abs. 3 Buchst. a) DLRL. Sie finden nämlich unterschiedslos auf deutsche wie auf ausländische Anbieter mit Sitz im Inland Anwendung. Im Übrigen hat der Gerichtshof den nicht-diskriminierenden Charakter von Mindest- und Höchstsätzen bereits mehrfach bejaht.⁵⁴

b) Zwingende Gründe des Allgemeininteresses

(67) Die Mindest- und Höchstsätze der HOAI dienen auch zwingenden Gründen des Allgemeininteresses im Sinne von Art. 15 Abs. 3 Buchst. b) DLRL.

aa) Mindestsätze

(68) Nach der Begründung zur HOAI ist Zweck der Mindestsätze

„die Vermeidung eines ruinösen Preiswettbewerbs im Bereich der Architektur- und Ingenieurdienstleistungen, der die Qualität der Planungstätigkeit gefährden würde“.⁵⁵

(69) Ferner führt die Begründung aus, dass aufgrund der teilweise bestehenden Informationsasymmetrien Mindest- und Höchstsätze zum Verbraucherschutz beitragen.⁵⁶

(70) Der EuGH hat bereits entschieden, dass die Sicherung der Qualität einer bestimmten Dienstleistung ein zwingender Grund des Allgemeininteresses ist.⁵⁷ Dasselbe gilt für den Schutz der Verbraucher.⁵⁸ Hinzufügen lässt sich, dass die Sicherung der Qualität

⁵⁴ Siehe EuGH, C-94/04, Cipolla, EU:C:2006:758, Rn. 56; C-565/08, Kommission/Italien, EU:C:2011:188, Rn. 47.

⁵⁵ BR-Drs. 395/09, S. 143; siehe auch BT-Drs. 10/543, S. 4 und BT-Drs. 10/1562, S. 5.

⁵⁶ BR-Drs. 395/09, S. 144.

⁵⁷ Siehe EuGH, C-58/98, Corsten, EU:C:2000:527, Rn. 38; C-94/04, Cipolla, EU:C:2006:758, Rn. 64.

⁵⁸ Siehe EuGH, C-94/04, Cipolla, EU:C:2006:758, Rn. 64; C-316/07, Stoß, EU:C:2010:504, Rn. 74.

von Planungsleistungen mittelbar auch dem Schutz vor Sach- und Personenschäden⁵⁹ sowie städtebaulichen und damit auch ökologischen⁶⁰ und kulturellen Belangen⁶¹ dient.

bb) Höchstsätze

- (71) Die Begründung zur HOAI führt aus, dass auf den Märkten für Planungsleistungen teilweise Informationsasymmetrien bestünden. Insbesondere könnten einmalige Nachfrager von solchen Leistungen deren Qualität nicht beurteilen. Deshalb könnten Höchstsätze zum Verbraucherschutz beitragen.⁶²
- (72) Dies lässt sich dergestalt ausdifferenzieren, dass die Höchstsätze dem Verbraucherschutz dienen, indem sie – erstens – für Transparenz im Hinblick auf das Honorar sorgen und – zweitens – eine unangemessene Belastung von Verbrauchern durch überhöhte Honorarforderungen verhindern. Beide Erwägungen hat der EuGH bereits als zwingende Gründe des Allgemeininteresses anerkannt.⁶³

c) **Geeignetheit**

- (73) Die Mindest- und Höchstsätze der HOAI sind auch gemäß Art. 15 Abs. 3 Buchst. c) DLRL zur Verwirklichung der genannten Ziele geeignet.

aa) Maßstab

- (74) Im Rahmen der Prüfung der Geeignetheit verlangt der EuGH in ständiger Rechtsprechung, dass – erstens – eine Gefahr für das geschützte Rechtsgut vorliegt,⁶⁴ und – zweitens – die gewählte Maßnahme in kohärenter und systematischer Weise zur Vermeidung der Gefahr beiträgt. Das zweitgenannte Element wurde erst in der jüngeren Rechtsprechung hervorgehoben und dort wie folgt formuliert:

⁵⁹ Zur Sicherheit des Straßenverkehrs EuGH, C-168/14, Grupo Itevelesa, EU:C:2015:685, Rn. 74; zum Gesundheitsschutz EuGH, C-570/07, Blanco Pérez, EU:C:2010:300, Rn. 63.

⁶⁰ Zum Umweltschutz EuGH, C-379/98, PreussenElektra, EU:C:2001:160, Rn. 76.

⁶¹ Zum Erhalt und zur Aufwertung des kulturellen Erbes EuGH, C-154/98, Kommission/Frankreich, EU:C:1991:76, Rn. 17.

⁶² BR-Drs. 395/09, S. 144.

⁶³ EuGH, C-94/04, Cipolla, EU:C:2006:758, Rn. 68; C-442/02, CaixaBank France, EU:C:2006:586, Rn. 20 und 21.

⁶⁴ Vgl. etwa EuGH, C-150/00, Kommission/Österreich, EU:C:2004:237, Rn. 100; C-244/11, Kommission/Griechenland, EU:C:2012:694, Rn. 67.

„Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs sind eine nationale Regelung insgesamt und die verschiedenen einschlägigen Regeln nämlich nur dann geeignet, die Erreichung des angestrebten Ziels zu gewährleisten, wenn sie tatsächlich dem Anliegen gerecht werden, es in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen“.⁶⁵

- (75) Grundsätzlich obliegt es den Mitgliedstaaten, das Vorliegen der beiden genannten Umstände darzulegen und zu beweisen.⁶⁶ Dies formuliert der Gerichtshof wie folgt:

„Nach ebenfalls ständiger Rechtsprechung ist es Sache der zuständigen nationalen Stellen, wenn sie eine Maßnahme erlassen, die von einem im Unionsrecht verankerten Grundsatz abweicht, in jedem Einzelfall nachzuweisen, dass die genannte Voraussetzung erfüllt ist. Neben den Rechtfertigungsgründen, die ein Mitgliedstaat geltend machen kann, muss dieser daher eine Untersuchung zur Geeignetheit und Verhältnismäßigkeit der von ihm erlassenen Maßnahme vorlegen sowie genaue Angaben zur Stützung seines Vorbringens machen“.⁶⁷

- (76) Indes hat der EuGH in bestimmten Fallgestaltungen den Mitgliedstaaten einen Beurteilungs-, Wertungs- oder Ermessensspielraum⁶⁸ zugebilligt. Dies führte regelmäßig dazu, dass die Mitgliedstaaten die zur Geeignetheit führenden Umstände nur plausibel machen mussten – und es folglich an der Kommission war, das Gegenteil darzulegen und zu beweisen.⁶⁹ Die Vorlage einer Studie hat der EuGH in diesen Fällen meist nicht für zwingend notwendig erachtet.⁷⁰ Gewiss ist die einschlägige Rechtsprechung reichlich kasuistisch und schwankend. Bei aller Vorsicht dürften sich jedoch die folgenden drei Fallgruppen identifizieren lassen:

⁶⁵ EuGH, C-168/14, Grupo Itevelesa, EU:C:2015:685, Rn. 76; C-169/07, Hartlauer, EU:C:2009:141, Rn. 55.

⁶⁶ Ausführlich *Karpenstein*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 258 AEUV Rn. 77; *Zierke*, Die Steuerungswirkung der Darlegungs- und Beweislast im Verfahren vor dem Gerichtshof der Europäischen Union, 2015, S. 89 ff.

⁶⁷ EuGH, C-296/12, Kommission/Belgien, EU:C:2014:24, Rn. 33; C-42/02, Lindman, EU:C:2003:613, Rn. 25.

⁶⁸ Mit den Unterschieden in der Terminologie gehen, anders als nach deutscher Verwaltungsrechtsdogmatik, keine inhaltlichen Unterschiede einher; dazu *Kottmann*, Introvertierte Rechtsgemeinschaft, 2014, S. 98.

⁶⁹ Siehe etwa EuGH, C-531/06, Kommission/Italien, EU:C:2009:315, Rn. 36, 63 und 69.

⁷⁰ Vgl. etwa C-316/07, Stoß, EU:C:2010:504, Rn. 72.

- Eine erste Fallgruppe betrifft Bereiche, in denen erhebliche Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten bestehen. Dies kommt insbesondere in moralisch, religiös oder kulturell geprägten Angelegenheiten zum Tragen, etwa bei der Regulierung von Glücksspielen⁷¹ oder Fallgestaltungen mit Bezug zur Menschenwürde.⁷² Anerkannt ist es aber auch in anderen Bereichen, in denen nationale Besonderheiten etwa geographischer⁷³ oder wirtschaftlicher Natur⁷⁴ bestehen.
- Eine zweite Fallgruppe umfasst besonders hochstehende Rechtsgüter, wie etwa das Leben und die Gesundheit, bei denen die Mitgliedstaaten auch Schutzmaßnahmen ergreifen dürfen, wenn deren Eignung und/oder Erforderlichkeit nicht restlos nachgewiesen sind (sog. Vorsorgeprinzip).⁷⁵
- Eine dritte Fallgruppe bezieht sich auf bestimmte den Mitgliedstaaten überlassene politische Wertentscheidungen, etwa im Hinblick auf die Sozial- und Beschäftigungspolitik,⁷⁶ die öffentliche Sicherheit,⁷⁷ den Umweltschutz⁷⁸ oder das für angemessen erachtete Niveau der Sicherheit des Straßenverkehrs.⁷⁹

(77) Im vorliegenden Fall sprechen gute Gründe dafür, der Bundesrepublik Deutschland einen Beurteilungsspielraum im Hinblick auf die Geeignetheit einzuräumen: So lässt sich gut vertreten, dass die Mindest- und Höchstsätze der HOAI in die erstgenannte Fallgruppe einzuordnen sind. Denn der deutsche Markt für Architekten und Ingenieurdienstleistungen ist durch erhebliche Besonderheiten gekennzeichnet, die eine spezifische Behandlung rechtfertigen: So werden den Erbringern solcher

⁷¹ Siehe EuGH, C-463/13, Stanley International Betting, EU:C:2015:25, Rn. 51; C-390/12, Pfleger, EU:C:2014:281, Rn. 45.

⁷² Siehe EuGH, C-36/02, Omega, EU:C:2004:614, Rn. 37.

⁷³ Siehe EuGH, C-142/05, Mickelsson, EU:C:2009:336, Rn. 36.

⁷⁴ Siehe EuGH, C-518/06, Kommission/Italien, EU:C:2009:270, Rn. 87.

⁷⁵ Siehe etwa EuGH, C-570/07, Blanco Pérez, EU:C:2010:300, Rn. 44 und 74; strenger jetzt allerdings EuGH, C-333/14, The Scotch Whisky Association, EU:C:2015:845, Rn. 52 ff.

⁷⁶ Siehe EuGH, C-379/11, Caves Krier Frères, EU:C:2012:798, Rn. 51.

⁷⁷ Siehe EuGH, C-285/98, Kreil, EU:C:2000:2, Rn. 24.

⁷⁸ EuGH, C-142/05, Mickelsson, EU:C:2009:336, Rn. 36.

⁷⁹ EuGH, C-110/05, Kommission/Italien, EU:C:2009:66, Rn. 65.

Dienstleistungen nach dem Bauordnungsrecht bestimmte Aufgaben im öffentlichen Interesse übertragen. Ferner gibt es ein erhebliches Überangebot von Dienstleistungsanbietern, das die Gefahr wirtschaftlicher Verwerfungen begründet. Schließlich besteht – im Unterschied zu anderen Mitgliedstaaten – eine Vielzahl kleiner und kleinster Einheiten auf dem Planungsmarkt. Dies wird an späterer Stelle noch weiter ausgeführt.⁸⁰

- (78) Dazu dienen die Mindest- und Höchstsätze der HOAI auch Zielen wie der Sicherheit von Bauwerken (und damit der Sicherheit sowie dem Gesundheitsschutz) sowie dem Umweltschutz und sind Ausdruck einer grundsätzlichen berufspolitischen Entscheidung. Folglich erscheint es auch gut vertretbar, den vorliegenden Fall der zweit- und drittgenannten Fallgruppe zuzuweisen.

⁸⁰ Siehe unten Rn. (95).

bb) Anwendung auf Mindestsätze

- (79) Selbst wenn jedoch im vorliegenden Fall ein strenger Maßstab anzunehmen wäre, dürfte – vorbehaltlich der Ergebnisse einer etwaigen empirischen Studie – der Bundesregierung der Nachweis der Geeignetheit gelingen. Zwar liegen uns derzeit noch keine Daten vor, die einen kausalen Zusammenhang zwischen den heutigen Mindestsätzen der HOAI 2013 und der Qualität der in Deutschland erbrachten Planungsleistungen im strengen Sinne nachweisen. Jedoch lassen sich bereits genügend Hinweise anführen, die den Anforderungen der EuGH-Rechtsprechung gerecht werden dürften.

i. Grundsätzlicher Zusammenhang zwischen Qualität und Mindestsätzen

- (80) So lässt sich nicht bestreiten, dass ein grundsätzlicher und dreifacher Zusammenhang zwischen der Qualität einer Dienstleistung und einem bestimmten Mindestpreisniveau besteht.
- (81) Erstens geht bei Dienstleistungen eine hohe Qualität regelmäßig mit einem hohen zeitlichen Aufwand und einer hohen Qualifikation des Dienstleistungserbringers einher. Dienstleistungen hoher Qualität sind folglich für den Erbringer regelmäßig kostenintensiver, was sich dann wiederum in dem vom Dienstleistungsempfänger zu bezahlenden Preis niederschlägt. Wird ein bestimmtes Mindestpreisniveau unterschritten, so besteht demnach ein Grund für die Annahme, dass damit ein niedrigeres Qualitätsniveau korrespondiert.⁸¹
- (82) Dieser Zusammenhang zwischen einem bestimmten Mindestpreis und der Qualität wird nicht zuletzt vom Unionsgesetzgeber anerkannt. So führt der 103. Erwägungsgrund der Richtlinie 2014/24/EU über die öffentliche Auftragsvergabe aus:

„Angebote, deren Preis im Verhältnis zu den angebotenen Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen ungewöhnlich niedrig erscheint, können auf technisch, wirtschaftlich oder rechtlich fragwürdigen Annahmen oder Praktiken basieren. Kann der Bieter keine hinreichende Begründung geben, so sollte der öffentliche Auftraggeber berechtigt sein, das Angebot abzulehnen. Eine Ablehnung sollte obligatorisch sein in Fällen, in denen der öffentliche Auftraggeber festgestellt hat, dass die vorgeschlagenen ungewöhnlich niedrigen Preise oder Kosten daraus resultieren, dass verbindliche sozial-, arbeits- oder

⁸¹ Ausführlich *Lechner*, Über den Zusammenhang von Qualität, Vergabeart und Vergütung, 2009, S. 21 ff.

umweltrechtliche Unionsvorschriften oder mit dem Unionsrecht in Einklang stehende nationale Rechtsvorschriften oder internationale arbeitsrechtliche Vorschriften nicht eingehalten werden.“

- (83) Dementsprechend enthält Art. 69 der Richtlinie 2014/24/EU besondere Regeln für den Umgang mit auffällig niedrigeren Angeboten.
- (84) Zweitens kommt hinzu, dass ein besonders niedriger Preis die Gefahr birgt, dass der Dienstleistungserbringer in wirtschaftliche Nöte gerät, die wiederum zu einer unzureichenden Ausführung der vereinbarten Leistung oder sogar einem Totalausfall des Erbringers führen können. Diese Gefahr erscheint bei längerfristigen Projekten, wie sie etwa für die Planung typisch sind, als besonders gravierend. Auch dieser Gedanke liegt der vergaberechtlichen Möglichkeit zum Ausschluss besonders niedriger Angebote zugrunde.⁸²
- (85) Drittens findet der Wettbewerb auf Dienstleistungsmärkten im Wesentlichen über zwei Faktoren statt: über die Qualität der Leistung und über ihren Preis.⁸³ Wird nun durch Festsetzung von Mindestpreisen der Preis als Wettbewerbsfaktor relativiert, so setzt dies einen Anreiz für die Dienstleistungsanbieter, verstärkt auf die Qualität als Wettbewerbsfaktor zu setzen, um sich von ihren Konkurrenten abzuheben. Auch dies spricht also dafür, dass Mindestsätze grundsätzlich geeignet sind, zur Qualität einer Dienstleistung beizutragen.

ii. Vermeidung einer Negativspirale bei Informationsasymmetrie

- (86) Über den vorstehend beschriebenen, allgemeinen Zusammenhang hinaus sind Mindestpreise anerkanntermaßen unter Umständen einer Informationsasymmetrie von besonderer Bedeutung für die Qualitätssicherung.
- (87) Dies hängt mit dem in den Wirtschaftswissenschaften vielfach beschriebenen Phänomen der Negativspirale zusammen. Diese tritt bei Dienstleistungen auf, die komplex und im Wesentlichen nicht beschreibbar sind, so dass eine erhebliche Informationsasymmetrie zwischen dem Auftraggeber und dem Auftragnehmer besteht. Studien haben ergeben, dass Auftraggeber unter diesen Bedingungen, d.h. wenn sie die Qualität der angebotenen Dienstleistung nicht einschätzen können, dazu neigen, sich bei ihrer

⁸² Dazu BGH, Beschl. v. 31.08.1994 – 2 StR 256/94 – Rn. 28.

⁸³ Vgl. dazu auch Art. 67 der Richtlinie 2014/24/EU.

Entscheidung überproportional vom Preis leiten zu lassen. Dies führt nicht nur zu unbewusst selbstschädigendem Verhalten bei Auftraggebern. Es bewirkt auch auf längere Sicht, dass qualitätsorientierte Anbieter, die tendenziell höhere Preise verlangen müssen, vom Markt verdrängt werden. Dadurch sinkt insgesamt die Qualität der angebotenen Dienstleistungen.⁸⁴

- (88) Auf dem Markt für Architekten- und Ingenieurleistungen besteht ohne Zweifel eine derartige Informationsasymmetrie.⁸⁵ Dies anerkennt auch die Kommission in ihrem Aufforderungsschreiben an die Bundesregierung. Die Bewertung der genannten Leistungen erfordert nämlich ein hohes Maß an spezialisierten Fachkenntnissen, die den Dienstleistungsempfängern regelmäßig nicht zur Verfügung stehen. Nach dem einschlägigen Erkenntnisstand der Wirtschaftswissenschaften ist demnach anzunehmen, dass der Bereich der Planungsleistungen anfällig für das beschriebene Phänomen der Negativspirale ist.
- (89) Vor diesem Hintergrund erscheinen Mindesthonorarsätze als geeignetes Mittel, um einer Verdrängung von Qualitätsanbietern – und damit auch einem allgemeinen Qualitätsverfall – entgegenzuwirken.

iii. Sicherung der besonderen Stellung von Planern

- (90) Ferner sichern Mindestsätze die wirtschaftliche Unabhängigkeit von Planern und tragen damit den besonderen Anforderungen des deutschen Rechts Rechnung.
- (91) Die rechtliche und wirtschaftliche Situation von Architekten und Ingenieuren in Deutschland ist durch bestimmte Besonderheiten gekennzeichnet. So ist der deutsche Markt von freiberuflichen kleinen und mittelständischen Planungsbüros geprägt, während in anderen Mitgliedstaaten integrierte Großunternehmen die Bauplanung und -ausführung erledigen.⁸⁶ Planungsdienstleister nehmen in Deutschland also eine Mittlerstellung zwischen dem Bauherren und den bauausführenden Unternehmen ein.

⁸⁴ Dazu *Akerlof*, *The Quarterly Journal of Economics* 84 (1970), 488; *Lechner*, Über den Zusammenhang von Qualität, Vergabeart und Vergütung, 2009, S. 17 ff.; *Lankau/Müller*, Der Kommissionsvorschlag zur Deregulierung des Handwerks, 2015, S. 13; *Arentz et al.*, Der Dienstleistungssektor in Deutschland – Überblick und Deregulierungspotenziale, 2015, S. 27; *Canton et al.*, *The Economic Impact of Professional Service Liberalisation*, 2014, S. 7.

⁸⁵ Ebenso schon KOM(2004), 83, S. 10.

⁸⁶ Siehe *Architect's Council of Europe*, *The Architectural Profession in Europe* 2014, S. 32.

- (92) Damit einher geht in zivilrechtlicher Hinsicht, dass Architekten- und Ingenieurverträge als Werkverträge eingestuft werden. Das bedeutet, dass Planer vertraglich nicht nur die Tätigkeit sondern den Erfolg schulden.⁸⁷ In öffentlich-rechtlicher Hinsicht ist zu beachten, dass das Bauordnungsrecht zahlreiche Aufgaben im öffentlichen Interesse auf die Planer übertragen hat. So tragen diese etwa aufgrund der Verfahrensfreiheit zahlreicher Bauwerke die (auch haftungsrelevante) Verantwortung dafür, dass die baurechtlichen Vorschriften eingehalten werden.⁸⁸
- (93) Demnach erfordern es also die spezifischen Gegebenheiten in Deutschland, dass Architekten und Ingenieuren eine gewisse Unabhängigkeit sowohl gegenüber dem Bauherrn als auch gegenüber den bauausführenden Unternehmen wahren. Mindestsätze tragen dazu bei, dass diese Unabhängigkeit auch in wirtschaftlicher Hinsicht besteht, indem sie sicherstellen, dass der Preisdruck auf Planer eine bestimmte Grenze nicht überschreitet. Die Mindestsätze der HOAI erscheinen damit als geeignet, die von der deutschen Rechtsordnung vorausgesetzte Stellung des Planers abzusichern und damit auch die damit verbundenen Allgemeinwohlziele zu erreichen.

iv. Verhinderung eines qualitätsschädlichen Preiswettbewerbs

- (94) Ein Zusammenhang zwischen den Mindestsätzen der HOAI und der Qualität der Planungsleistungen liegt insbesondere auch vor dem Hintergrund der besonderen Marktsituation in Deutschland nahe.
- (95) Diese ist durch ein Überangebot von Dienstleistungsanbietern geprägt. Nach Angaben des Architect's Council of Europe verzeichnet Deutschland mit die höchste Dichte an Architekturbüros in Europa: So kommt in Deutschland ein Architekturbüro auf knapp 2.000 Einwohner, während etwa in Frankreich ein Büro für knapp 8.000 Einwohner und im Vereinigten Königreich ein Büro für knapp 9.500 Einwohner besteht.⁸⁹
- (96) Unter diesen Umständen liegt es nahe, dass eine Abschaffung der Mindestsätze unmittelbar einen intensiven Preiswettbewerb zur Folge hätte. Insbesondere kleine Anbieter sähen sich dann mit der Notwendigkeit konfrontiert, mehr Aufträge in kürzerer Zeit abzuarbeiten, um ihre wirtschaftliche Existenz zu wahren. Dies würde wiederum

⁸⁷ Ausführlich *Preussner*, in: Messerschmidt/Niemöller/Preussner, HOAI, 2015, Grundl. Rn.4 ff.

⁸⁸ Vgl. z.B. § 62 BauO Bln.

⁸⁹ Architect's Council of Europe, *The Architectural Profession in Europe* 2014, S. 3-33.

dazu führen, dass für die einzelnen Projekte jeweils weniger Zeit zur Verfügung stünde. Dass dies auf Kosten der Qualität ginge, liegt auf der Hand. Zudem dürfte auch das Risiko steigen, dass ein Planer im Laufe eines (regelmäßig länger dauernden) Projektes in wirtschaftliche Nöte geraten und sich so die Fertigstellung zumindest erheblich verzögern könnte.

- (97) Aus diesen Gründen hat nicht zuletzt der EuGH anerkannt, dass in einer Situation des Überangebots von Dienstleistungsanbietern Mindesthonorarsätze grundsätzlich geeignet zur Qualitätssicherung sind.⁹⁰

v. Bestätigung durch empirische Daten bei Ingenieurbauwerken

- (98) Die vorstehenden Ausführungen sehen sich auch durch empirische Daten im Zusammenhang mit Ingenieurbauwerken bestätigt.
- (99) So wurden durch die Novelle der HOAI 2009 bestimmte sogenannte Beratungsleistungen dem Anwendungsbereich der verbindlichen Mindest- und Höchstsätze entzogen – mit der Folge, dass seitdem für diese Leistungen die Vergütung grundsätzlich frei vereinbart werden kann (vgl. § 3 Abs. 1 S. 2 HOAI). Zu diesen Leistungen gehören die in Anlage 1 zur HOAI aufgeführten ingenieurtechnischen Planungsleistungen sowie die örtliche Überwachung der Ausführung von Ingenieurbauwerken und Verkehrsanlagen.⁹¹
- (100) Gleichzeitig ergibt sich aus einer Studie, dass die Qualität von neu erstellten Ingenieurbauwerken im Zuge von Straßen und Wegen im Land Brandenburg seit dem Jahr 2011 abrupt und erheblich abgenommen hat. Grundlage hierfür ist die Richtlinie zur einheitlichen Erfassung, Bewertung, Aufzeichnung und Auswertung von Ergebnissen der Bauwerksprüfung nach DIN 1076, aus der sich ein Bewertungssystem für den Zustand von Bauwerken mit sechs Notenbereichen ergibt. Während etwa in den Jahren 2007 bis und 2010 jeweils wenigstens 73 Prozent der neu erstellten Ingenieurbauwerke an Autobahnen, Bundes- und Landesstraßen mit „sehr gut“ bewertet wurden, fiel der Anteil der solchermaßen bewerteten Bauwerke im Jahr 2011 auf 69 Prozent sowie gar auf 60 Prozent im Jahr 2012. Entsprechend nahm die Zahl der nur mit „befriedigend“ bewerteten, d.h. der mittelfristigen Instandsetzung bedürftigen,

⁹⁰ Siehe EuGH, C-94/04, Cipolla, EU:C:2006:758, Rn. 67.

⁹¹ Dazu *Hummel/Leidig*, in: Messerschmidt/Niemöller/Preussner, HOAI, 2015, § 44 Rn. 79.

Bauwerke sprunghaft zu. Besonders gravierend stellt sich die Entwicklung bei Bundesautobahnen dar, bei denen der Anteil der „sehr gut“ bewerteten Bauwerke von 67 Prozent im Jahr 2010 auf 36 Prozent im Jahr 2012 zurückging.⁹²

(101) Gewiss lässt sich daraus kein kausaler Zusammenhang im strengen Sinne ableiten. Es zeigt sich jedoch eine auffällige Korrelation zwischen der Abschaffung von Mindestsätzen und einer offensichtlichen Verschlechterung der Qualität der Dienstleistung, die die obigen Ausführungen zumindest untermauert.

cc) Gegenargumente der Kommission nicht überzeugend

(102) Die Kommission bringt in ihrem Aufforderungsschreiben an die Bundesregierung eine Reihe von Gegenargumenten vor. Diese Argumente sollen die Geeignetheit von Mindestsätzen insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Kohärenz in Frage stellen. Bei näherem Hinsehen erweisen sie sich aber als nicht stichhaltig.

i. Ausnahmen und Abweichungsmöglichkeiten stellen Kohärenz nicht in Frage

(103) Die Kommission führt zunächst (ohne weitere Begründung) aus, dass die Unterschreitungsmöglichkeit nach § 7 Abs. 3 HOAI die Kohärenz der Mindestsätze insgesamt in Frage stelle. Dies kann jedoch nicht überzeugen.

(104) So hat die Rechtsprechung des EuGH bislang nur solche Maßnahmen am Erfordernis der Kohärenz scheitern lassen, die innerlich widersprüchlich waren. Beispielsweise hielt der Gerichtshof das deutsche Glücksspielmonopol in seiner damaligen Ausgestaltung nicht deshalb für inkohärent, weil es sich nur auf bestimmte Arten von Glücksspielen bezog. An der Kohärenz mangelte es vielmehr deshalb, weil einerseits das staatliche Monopol vorgeblich die Spielsucht bekämpfen sollte, andererseits aber die staatlichen Anbieter intensiv Werbung betrieben.⁹³ Das Erfordernis der Kohärenz verbietet mithin nicht schlechterdings jegliche Ausnahmen oder Abweichungsmöglichkeiten.

(105) Weiterhin ist zu beachten, dass nach ständiger Rechtsprechung zu § 7 Abs. 3 HOAI Unterschreitungen der Mindestsätze nur insoweit möglich sind, als sie mit den Zielen

⁹² Siehe Ausschuss der Verbände und Kammern der Ingenieure und Architekten für die Honorarordnung, Zustandsklassen nach Ri-EBW-Prüf der H1-Prüfungen (Bauwerke nach Fertigstellung) an Autobahnen, Bundes- und Landesstraßen des Landes Brandenburg für die Jahre 2007 bis 2013.

⁹³ Siehe EuGH, C-316/07, Stoß, EU:C:2010:504, Rn. 88 ff.; näher *Lippert*, EuR 2012, 90.

der Mindestsätze in Einklang stehen.⁹⁴ Dadurch wird also gerade sichergestellt, dass die Abweichungsmöglichkeiten nicht die Kohärenz der Maßnahme beeinträchtigen.

(106) Und schließlich hatte der Gerichtshof bereits mehrmals mitgliedstaatliche Mindest- und Höchstonorarsätze zu prüfen, die jeweils bestimmte Ausnahmen und Abweichungsmöglichkeiten enthielten. In keinem dieser Verfahren äußerte der Gerichtshof Bedenken im Hinblick auf die Kohärenz der Maßnahme.⁹⁵

ii. Geeignetheit erfordert keine vollständige Zielerreichung

(107) Die Kommission trägt weiter vor, Mindestsätze könnten einen Anbieter nicht von mangelhaften Leistungen abhalten, dem es an Qualifikationen, Fachkompetenz und der moralischen Grundeinstellung mangle. Dieser Einwand geht bereits aus Rechtsgründen ins Leere.

(108) Eine Maßnahme ist nach der Rechtsprechung des EuGH nicht erst dann geeignet, wenn sie für sich genommen in der Lage ist, das gewünschte Ziel vollständig zu erreichen. Vielmehr reicht es aus, wenn sie einen Beitrag dazu leistet. Dies zeigt sich besonders deutlich an der Entscheidung zur Gültigkeit der Richtlinie über die Vorratsdatenspeicherung. Dort urteilte der Gerichtshof, dass der Unionsgesetzgeber einer „strikten Kontrolle“ unterliege. Sodann stellte er fest, dass der Beitrag der Vorratsdatenspeicherung zur Verbrechensbekämpfung „begrenzt“ sei. Gleichwohl, so der Gerichtshof, stelle dieses Instrument „ein nützliches Mittel“ dar und sei deshalb als geeignet anzusehen.⁹⁶

(109) Darüber hinaus ist anzumerken, dass der von der Kommission formulierte Einwand auch bereits von Generalanwalt Maduro in der Sache Cipolla vorgebracht wurde.⁹⁷ Der Gerichtshof folgte ihm nicht, sondern hielt explizit fest, es könne nicht von vornherein

⁹⁴ BGHZ 136, 1, Ls. 2; näher *Wirth/Galda*, in: *Korbion/Mantscheff/Vygen*, HOAI, 9. Aufl. 2016, § 7 Rn. 56 f.

⁹⁵ Siehe EuGH, C-94/04, *Cipolla*, EU:C:2006:758; C-565/08, *Kommission/Italien*, EU:C:2011:188; C-475/11, *Konstantinides*, EU:C:2013:542.

⁹⁶ EuGH, C-293/12, *Digital Rights Ireland*, EU:C:2014:238, Rn. 48-50.

⁹⁷ GA Maduro, *SchIA zu C-94/04, Cipolla*, EU:C:2006:76, Rn. 85.

ausgeschlossen werden, dass Mindesthonorare „helfen“, einen Qualitätsverfall zu vermeiden.⁹⁸

(110) Im Übrigen ist das Argument der Kommission auch an sich wenig überzeugend. Denn auch die von der Kommission offenbar präferierten Alternativmaßnahmen, etwa höhere Qualifikationsanforderungen oder strengere Haftungsvorschriften, können für sich genommen keineswegs ausschließen, dass ein Planer beispielsweise aus wirtschaftlicher Not, Zeitmangel oder schlicht bösem Willen mangelhafte Leistungen erbringt.

iii. Mindestsätze setzen keine Fehlanreize

(111) Die Kommission bringt darüber hinaus vor, dass Mindestsätze ungeeignet seien, weil sie Fehlanreize setzten. Anbieter von Planungsleistungen würden von Mindestsätzen davon abgehalten, Dienstleistungen von hoher Qualität zu erbringen, weil sie qualitätsunabhängig stets die Mindestsätze in Rechnung stellen könnten.

(112) Auch dies kann jedoch nicht überzeugen. Denn Mindestsätze beschränken gerade nur den Preiswettbewerb, nicht jedoch den Qualitätswettbewerb. Zweifelsohne unterliegen Architekten und Ingenieure in Deutschland einem intensiven Wettbewerb.⁹⁹ Folglich könnte sich kein Anbieter von Planungsleistungen darauf verlassen, dauerhaft Leistungen minderer Qualität anzubieten und dafür stets die Mindestsätze in Rechnung stellen zu können. Hinzu kommt, dass dies auch mit haftungsrechtlichen Konsequenzen verbunden sein könnte.¹⁰⁰

(113) Im Übrigen unterstellt das Argument der Kommission, dass Planungsleistungen ohne die Mindestsätze der HOAI stets nach ihrem Abschluss und dann auf Grundlage ihrer individuellen Qualität bezahlt würden. Dies trifft aber offensichtlich nicht zu. Denn erstens werden Honorarvereinbarungen üblicherweise vor Erbringung der Leistungen geschlossen. Und zweitens können Auftraggeber die Qualität einer planerischen Leistung regelmäßig nicht ausreichend beurteilen. Gerade dieser Umstand hat – wie bereits dargestellt – den Verordnungsgeber auch zum Erlass der HOAI bewogen.¹⁰¹

⁹⁸ EuGH, C-94/04, Cipolla, EU:C:2006:758, Rn. 67.

⁹⁹ Siehe oben Rn. (95).

¹⁰⁰ Siehe dazu noch unten Rn. (139).

¹⁰¹ Siehe oben Rn. (71) f.

dd) Anwendung auf Höchstsätze

(114) Die Kommission hat in ihrem Aufforderungsschreiben keine Zweifel an der Eignung der Höchstsätze geäußert. Es liegt im Übrigen auf der Hand, dass Höchstsätze für Transparenz im Hinblick auf das zu erwartende Honorar sorgen und überzogene Honorarforderungen verhindern können.

ee) Zwischenergebnis

(115) Die Mindest- und Höchstsätze der HOAI sind im Rechtssinne zur Erreichung der damit verfolgten Ziele geeignet.

d) Erforderlichkeit

(116) Die Mindest- und Höchstsätze der HOAI sind auch im Sinne von Art. 15 Abs. 3 Buchst. c) DLRL erforderlich, da sie die mildesten in Frage kommenden Mittel darstellen, um die genannten Ziele zu erreichen.

aa) Maßstab

(117) Im Rahmen der Erforderlichkeit geht es um die Frage, ob das angestrebte Ziel gleichermaßen effektiv durch andere Maßnahmen erreicht werden könnte, welche die Niederlassungsfreiheit weniger gravierend beeinträchtigen würden.

(118) Im Hinblick auf die Darlegungs- und Beweislast gilt das zur Geeignetheit Gesagte entsprechend. Demnach ist es grundsätzlich an dem betroffenen Mitgliedstaat, die zur Erforderlichkeit führenden Umstände darzulegen und zu beweisen. Unter besonderen Umständen – deren Vorliegen sich hier gut begründen lässt – gesteht der EuGH den Mitgliedstaaten jedoch einen weiten Ermessens- oder Beurteilungsspielraum mit der Folge einer Umkehrung der Darlegungs- und Beweislast zu.¹⁰²

(119) Auch bei Zugrundelegung eines strengen Maßstabs kann einem Mitgliedstaat freilich nichts Unmögliches abverlangt werden. So geht die Beweislast für einen Mitgliedstaat

„nicht so weit, dass er positiv belegen müsste, dass sich dieses Ziel mit keiner anderen vorstellbaren Maßnahme unter den gleichen Bedingungen erreichen lasse“.¹⁰³

¹⁰² Siehe oben Rn. (76).

¹⁰³ EuGH, C-110/05, Kommission/Italien, EU:C:2009:66, Rn. 66; C-333/14, The Scotch Whisky Association, EU:C:2015:845, Rn. 55.

- (120) Dem lässt sich ergänzend hinzufügen, dass eine andere Herangehensweise zur Harmonisierung der mitgliedstaatlichen Rechtssysteme auf dem jeweils niedrigsten Niveau führen würde – eine Konsequenz, die weder durch die Grundfreiheiten noch von der DLRL gestützt wird (vgl. auch Art. 114 Abs. 3 AEUV).
- (121) Auch ist stets auf die konkreten Umstände des Einzelfalls abzustellen – die sich von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat unterscheiden können. Demnach bedeutet nach ständiger Rechtsprechung die bloße Tatsache, dass ein anderer Mitgliedstaat weniger strenge Vorschriften erlassen hat, nicht, dass eine bestimmte Maßnahme nicht als erforderlich angesehen werden kann.¹⁰⁴ Bereits aus diesem Grund kann der Verweis der Kommission darauf, dass andere Mitgliedstaaten keine Mindest- und Höchstsätze für Architekten- und Ingenieurleistungen kennen, die Erforderlichkeit der deutschen HOAI unter den Bedingungen des deutschen Marktes für Planungsleistungen nicht in Frage stellen.
- bb) Allenfalls geringe Beschränkungswirkung
- (122) Bevor mögliche Alternativmaßnahmen in den Blick genommen werden, ist zunächst einmal festzustellen, dass von den Höchst- und Mindestsätzen der HOAI allenfalls eine geringfügige Beschränkung der Niederlassungsfreiheit ausgeht.
- (123) Dies ergibt sich bereits daraus, dass nach der oben aufgeführten Rechtsprechung sogar gute Gründe dafür sprechen, das Vorliegen einer Beschränkung im Rechtssinne ganz abzulehnen.¹⁰⁵
- (124) Des Weiteren zeigt die Systematik der Dienstleistungsrichtlinie, dass der Unionsgesetzgeber Mindest- und Höchstpreise als minder gravierende Beschränkung angesehen hat. Der Abschnitt über die Niederlassungsfreiheit unterscheidet nämlich zwischen den in Art. 14 DLRL geregelten „unzulässigen Anforderungen“ – d.h. Maßnahmen, die absolut unzulässig sind – und den in Art. 15 DLRL aufgeführten „zu prüfenden Anforderungen“, die einer Rechtfertigung zugänglich sind. Mindest- und Höchstsätze gehören gemäß Art. 15 Abs. 2 Buchst. g) DLRL zur zweitgenannten Gruppe. Die Behauptung der Kommission im Aufforderungsschreiben, solche

¹⁰⁴ EuGH, C-333/08, Kommission/Frankreich, EU:C:2010:44, Rn. 105; C-514/03, Kommission/Spanien, EU:C:2006:63, Rn. 49.

¹⁰⁵ Oben Rn. (45) ff.

Maßnahmen hätten „besonders negative Auswirkungen auf den Wettbewerb“, widerspricht folglich der Wertung des Unionsgesetzgebers.

(125) Auch aus empirischer Sicht spricht vieles dafür, dass die Beschränkungswirkung der Mindest- und Höchstsätze der HOAI allenfalls gering ist. So wurde bereits ausgeführt, dass der europäische Markt für Planungsleistungen durch eine vergleichsweise geringe grenzüberschreitende Mobilität gekennzeichnet ist. Dies beruht vor allem auf Faktoren wie der Sprachbarriere, den spezifischen Anforderungen des jeweiligen Baurechts und den Unterschieden in der Ausbildung. Demgegenüber fallen die Auswirkungen von Mindest- und Höchstsätzen – sofern überhaupt – weniger ins Gewicht.¹⁰⁶

cc) Regulierung des Berufszugangs kein milderes Mittel

(126) Vor diesem Hintergrund erscheint eine stärkere Regulierung des Berufszugangs – wie ihn die Kommission als Alternative vorschlägt – nicht als milderes und gleichermaßen effektives Mittel.

(127) Es ist bereits äußerst fraglich, ob derartige Maßnahmen als gleichermaßen effektiv angesehen werden können. So ist festzuhalten, dass Auswahlkriterien und Honorarregelungen nicht auf derselben Ebene ansetzen. Die erstgenannten sollen als *Berufszugangsregelungen* sicherstellen, dass die Mitglieder der betreffenden Berufsgruppe über eine ausreichende (abstrakte) Qualifikation verfügen. Die zweitgenannten sollen als *Berufsausübungsregelungen* dafür sorgen, dass die (konkret) ausgeübten Dienstleistungen unter Bedingungen erbracht werden, die eine gewisse Qualität erlauben. Die beiden Arten von Regelungen sind also nicht ohne weiteres gegenseitig substituierbar: Selbst die allerhöchsten Qualifikationsanforderungen an den Architekten- oder Ingenieursberuf können die Qualität von Planungsleistungen nicht sichern, wenn dem einzelnen Planer aufgrund wirtschaftlicher Zwänge die Zeit für eine sorgfältige Planung fehlt.

(128) Im Übrigen dürfte eine stärkere Regulierung des Berufszugangs die Niederlassungsfreiheit sogar intensiver beschränken, als dies Mindest- und Höchst Honorarsätze tun. Denn die erstgenannte Kategorie betrifft unmittelbar den Zugang zum deutschen Markt für Planungsleistungen: Wer bestimmte Kriterien nicht erfüllt, hat keine Möglichkeit, bestimmte Dienstleistungen auf dem deutschen Markt

¹⁰⁶ Siehe oben Rn. (48).

auch nur anzubieten. Demgegenüber wirken sich die zweitgenannten Regelungen allenfalls mittelbar – über bestimmte Annahmen hinsichtlich des Wettbewerbsverhaltens – auf den Marktzugang aus.¹⁰⁷

(129) In diesem Zusammenhang ist auch zu erwähnen, dass die Kommission selbst in einer aktuellen Mitteilung Berufszugangsregelungen als vermeintlich gravierendes Hindernis für die Niederlassungsfreiheit ausmacht:

„Die Kommission wird daher im Rahmen regelmäßiger Informationsangebote konkrete Maßnahmen vorschlagen, durch die der Zugang zu reglementierten Berufen und deren Ausübung auf nationaler Ebene und EU-weit verbessert werden soll.“¹⁰⁸

(130) In einer Mitteilung von 2013 führt die Kommission zudem mit Blick auf Berufszugangsregelungen aus, mehrere Studien kämen zu dem Schluss, dass

„eine Korrelation zwischen Reglementierung und Qualität einer Dienstleistung nicht nachgewiesen werden kann.“¹⁰⁹

(131) Wenn die Kommission im vorliegenden Vertragsverletzungsverfahren Berufszugangsregelungen als effektivere und mildere Alternative propagiert, so erscheint dies mithin widersprüchlich.

(132) Aus deutscher Perspektive lässt sich hinzufügen, dass nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Berufszugangsregelungen einen intensiveren Eingriff in die Berufsfreiheit darstellen – und folglich höheren Rechtfertigungsanforderungen unterliegen – als Berufsausübungsregelungen.¹¹⁰

(133) Schließlich steht sogar zu befürchten, dass eine Abschaffung der Mindest- und Höchstsätze bei gleichzeitiger Verschärfung der Berufszugangsanforderungen die Niederlassungsfreiheit weitaus gravierender beeinträchtigen würde. Denn der zu erwartende Preisverfall bei gleichzeitig gesteigerten Qualifikationsanforderungen wäre zweifelsohne geeignet, ausländische Anbieter von einer Niederlassung in Deutschland abzuschrecken.

¹⁰⁷ Siehe oben Rn. (41).

¹⁰⁸ KOM(2015) 550, S. 10.

¹⁰⁹ KOM(2013) 676, S. 5.

¹¹⁰ Siehe BVerfGE 25, 1 (11 ff.); näher *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, 13. Aufl. 2014, Art. 12 Rn. 33.

dd) Berufsrechtliche Aufsicht weniger effektiv

- (134) Auch eine strengere berufsrechtliche Aufsicht, wie sie die Kommission als Alternative vorschlägt, kann kaum als gleichermaßen effektives und milderes Mittel angesehen werden.
- (135) So ist zweifelhaft, ob eine berufsrechtliche Aufsicht gleichermaßen effektiv sein könnte. Denn die von der HOAI erfassten Dienstleistungen sind nicht etwa exklusiv bestimmten Berufsständen vorbehalten, die von einer berufs- oder kammerrechtlichen Aufsicht erreicht werden könnten. Bei der Erbringung von Planungsdienstleistungen sind Architekten und Ingenieure also grundsätzlich der Konkurrenz durch andere nicht reglementierte Dienstleistungsanbieter ausgesetzt. Die Mindest- und Höchstsätze der HOAI – die auf die Dienstleistung und nicht auf die Berufszugehörigkeit abstellen – haben folglich einen weiteren Anwendungsbereich, als ihn das Ständerecht der Architekten und Ingenieure haben könnte.¹¹¹
- (136) Zwar wäre es vorstellbar, die Erbringung von Planungsdienstleistungen durch Gesetz bestimmten reglementierten Berufen vorzubehalten. Darin läge aber sicher eine weitaus stärkere Beschränkung der Niederlassungsfreiheit. Denn eine solche Maßnahme würde alle anderen Berufsgruppen gänzlich vom Zugang zum deutschen Markt für Planungsdienstleistungen ausschließen.

ee) Berufliche Haftung bereits äußerst streng

- (137) Die Kommission führt weiter aus, dass die Qualität von Planungsleistungen durch Maßnahmen der beruflichen Haftung gewährleistet werden sollte. Auch dies kann die Erforderlichkeit der Mindest- und Höchstsätze jedoch nicht in Zweifel ziehen.
- (138) So setzen die Honorarregeln der HOAI und die Vorschriften über die Haftung von Architekten und Ingenieuren auf unterschiedlichen Ebenen an: Während Mindest- und Höchstsätze präventiv für Voraussetzungen sorgen sollen, die eine hohe Qualität der Dienstleistung und den Verbraucherschutz sicherstellen, ist die Haftung ein vorwiegend repressives bzw. kompensatorisches Instrument, das u.a. einen (quantifizierbaren) Schaden voraussetzt. Das eine kann damit schwerlich das andere substituieren.

¹¹¹ Siehe BGHZ 136, 1, Rn. 15.

(139) Im Übrigen ist die Haftung der Architekten und Ingenieure bereits äußerst streng: Diese unterliegen bekanntlich dem Werkvertragsrecht, so dass sie den Planungserfolg und nicht die bloße Planungstätigkeit schulden.¹¹² Darüber hinaus besteht eine reichhaltige Rechtsprechung zu den Pflichten eines Planers und den haftungsrechtlichen Konsequenzen von Pflichtverletzungen.¹¹³ Vor diesem Hintergrund ist nicht ersichtlich, dass in Deutschland Anlass für zusätzliche Regeln zur beruflichen Haftung von Architekten und Ingenieuren bestehen könnte.

ff) Transparenz und Kontrolle bei Honorarabrechnung nicht gleichermaßen effektiv

(140) Die Kommission schlägt schließlich als Alternative vor, dass die Verbraucher durch Offenlegung von Preisberechnungsmechanismen informiert sowie die Möglichkeit einer rechtlichen Überprüfung von Honorarrechnungen geschaffen werden könnten. Auch dies erscheint jedoch nicht als gleichermaßen effektiv.

(141) So ist bereits nicht ersichtlich, wie eine solche Regelung einen qualitätsschädlichen Preiswettbewerb verhindern und damit die Mindestsätze der HOAI gleichwertig ersetzen könnte. Bei Lichte besehen bezieht sich das Argument der Kommission also allein auf die Höchstsätze der HOAI.

(142) Weiterhin mögen Offenlegungspflichten, wie sie beispielsweise auch in Art. 22 Abs. 1 Buchst. i) und Abs. 3 Buchst. a) DLRL enthalten sind, zwar für hinreichend Transparenz sorgen. Das Ziel der Höchstsätze der HOAI, unangemessene Honorarforderungen zu verhindern, können derartige Maßnahmen jedoch ersichtlich nicht in gleich effektiver Weise erreichen.

(143) Schließlich stellt sich die Frage, wie Honorarrechnungen rechtlich überprüft werden sollen, wenn gleichzeitig der Maßstab dieser Überprüfung abgeschafft wird. Denn die Höchstsätze sollen gerade eine einfache und effektive Überprüfung von Honorarrechnungen ermöglichen. Würden sie durch weniger konkrete Maßstäbe ersetzt, etwa durch bloße Missbrauchs- oder Wucherkriterien, so verlöre auch die rechtliche Kontrolle von Honorarrechnungen an Kontur und Effektivität.

gg) Zwischenergebnis

¹¹² Siehe oben Rn. (92).

¹¹³ Näher *Preussner*, in: Messerschmidt/Niemöller/Preussner, HOAI, 2015, Grundl. Rn. 98 ff.; *Kooble*, in: Locher/Kooble/Frik, HOAI, 12. Aufl. 2014, Einleitung Rn. 138 ff.

(144) Die Mindest- und Höchstsätze der HOAI sind erforderlich zur Erreichung der damit verfolgten Ziele.

e) Angemessenheit

(145) Die Mindest- und Höchstsätze sind schließlich auch angemessen in dem Sinne, dass die durch sie bewirkten Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit nicht außer Verhältnis zu den angestrebten Zielen stehen.

(146) Die Angemessenheit (oder Verhältnismäßigkeit im engen Sinne) wird nicht als eigenständiges Kriterium in Art. 15 Abs. 3 DLRL aufgeführt. Dies entspricht der Rechtsprechung des EuGH, die Aspekte der Angemessenheit häufig im Rahmen der Geeignetheit oder Erforderlichkeit prüft.¹¹⁴ Gleichwohl wird im Folgenden die Angemessenheit zur größeren Übersichtlichkeit gesondert dargestellt.

aa) Keine Kostenerhöhung für Verbraucher

(147) Die Kommission bringt vor, Mindestsätze seien kein angemessenes Mittel zum Verbraucherschutz, weil sie zu höheren Verbraucherpreisen führten. Dies kann jedoch nicht überzeugen.

(148) So gibt es ernstzunehmende Hinweise darauf, dass bei Bauprojekten eine Verringerung der Kosten für die Planung regelmäßig eine ungleich stärkere Zunahme der Kosten für die Bauausführung zur Folge hat.¹¹⁵ Vor diesem Hintergrund erscheint es durchaus plausibel, dass etwaige durch die Mindestsätze der HOAI erhöhte Planungskosten für den Endverbraucher insgesamt sogar eine Kostenersparnis bewirken.

(149) Unabhängig davon dürften alle Maßnahmen des Verbraucherschutzes regelmäßig zu höheren Verbraucherpreisen führen – weil die betroffenen Unternehmen den erhöhten Aufwand in ihre Preise einkalkulieren. Mit der Argumentation der Kommission ließe sich also die Angemessenheit sämtlicher Verbraucherschutzregelungen in Abrede stellen.

¹¹⁴ Näher *Kottmann*, Introvertierte Rechtsgemeinschaft, 2014, S. 100 f.; *Šušnjar*, Proportionality, Fundamental Rights, and Balance of Powers, 2010, S. 176 ff.

¹¹⁵ Dazu *Lechner*, Über den Zusammenhang von Qualität, Vergabeart und Vergütung, 2009, S. 21 ff.; Ausschuss der Verbände und Kammern der Ingenieure und Architekten für die Honorarordnung, Zustandsklassen nach Ri-EBW-Prüf der H1-Prüfungen (Bauwerke nach Fertigstellung) an Autobahnen, Bundes- und Landesstraßen des Landes Brandenburg für die Jahre 2007 bis 2013.

(150) Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass die Mindestsätze der HOAI nicht allein dem Verbraucherschutz dienen. Vielmehr zielen sie vor allem darauf, einen qualitätsschädlichen Preiswettbewerb zu vermeiden. Bereits aus diesem Grund kann der Einwand der Kommission nicht durchgreifen.

bb) Wahlfreiheit für Verbraucher gewahrt

(151) Nach Ansicht der Kommission sind die Mindestsätze der HOAI unangemessen, weil sie die Wahlfreiheit der Verbraucher beeinträchtigen, sich bewusst für Leistungen geringerer Qualität zu entscheiden und dafür einen niedrigeren Preis zu bezahlen. Indes greift auch dieses Argument im Ergebnis nicht durch.

(152) So existiert die von der Kommission geforderte „Wahlfreiheit“ zu einem gewissen Grad bereits auf Grundlage des geltenden Rechts. Denn die HOAI regelt nicht etwa einen festen Honorarsatz sondern eine Honorarspanne. Das tatsächliche Honorar hängt damit von mehreren Variablen ab, u.a. den sogenannten Honorarzonen, in denen sich beispielsweise die gestalterischen, konstruktiven und technischen Anforderungen einer planerischen Grundleistung widerspiegeln (vgl. etwa § 35 Abs. 2 HOAI). Folglich hat es der Leistungsempfänger grundsätzlich in der Hand, gegebenenfalls in Zusammenarbeit mit dem Planer durch Auswahl der Anforderungen die Höhe des Honorars zu beeinflussen.

(153) Ferner besteht regelmäßig das bereits erörterte Problem der Informationsasymmetrie, weshalb der Verbraucher die Qualität der angebotenen Dienstleistungen oftmals nicht einschätzen kann.¹¹⁶ Aus diesem Grund erscheint die Vorstellung zweifelhaft, dass sich ein Verbraucher in Ausübung seiner „Wahlfreiheit“ gezielt und bewusst für ein bestimmtes Qualitätsniveau entscheiden könnte.

(154) Schließlich und vor allem ist daran zu erinnern, dass die Mindestsätze der HOAI auch Rechtsgüter wie etwa die Gesundheit von Menschen, städtebauliche und ökologische Belange schützen sollen,¹¹⁷ die nicht zur Disposition des Dienstleistungsempfängers stehen. Das Gewicht dieser Belange lässt es als durchaus angemessen erscheinen, die Wahlfreiheit von Bauherren einzuschränken, zumal vorliegend allenfalls eine geringfügige Beschränkung in Rede steht. So können nach ständiger Rechtsprechung

¹¹⁶ Siehe oben Rn. (88).

¹¹⁷ Siehe oben Rn. (68) ff.

des EuGH Umwelt- und Gesundheitsschutzbelange aufgrund ihres Gewichts innerhalb der Unionsrechtsordnung sogar Maßnahmen rechtfertigen, die beträchtliche negative Konsequenzen für bestimmte Wirtschaftsteilnehmer haben.¹¹⁸ Das Argument der Kommission, Verbraucher müssten frei über die Qualität von Planungsleistungen disponieren können, geht auch aus diesem Grunde fehl.

4. Zwischenergebnis

- (155) Die Mindest- und Höchstsätze der HOAI sind jedenfalls gerechtfertigt und folglich mit Art. 15 DLRL vereinbar.
- (156) Dies wird dadurch bestätigt, dass auch die Kommission die Mindest- und Höchstsätze der HOAI bislang offenbar für richtlinienkonform erachtet hat. So wurden nach den uns vorliegenden Informationen die betreffenden Regelungen bereits in Gestalt der HOAI 2009 der Kommission gemäß Art. 15 Abs. 7 UAbs. 1 DLRL notifiziert. Gemäß Art. 15 Abs. 7 UAbs. 2 DLRL prüft die Kommission binnen drei Monaten die Vereinbarkeit notifizierter Vorschriften mit dem Unionsrecht und entscheidet gegebenenfalls, den betreffenden Mitgliedstaat zur Aufhebung dieser Vorschriften aufzufordern. Eine solche Aufforderung ist nach unserer Kenntnis nicht ergangen.

II. Vereinbarkeit mit Art. 49 AEUV

- (157) Das Verhältnis zwischen sekundärrechtlichen Harmonisierungsrechtsakten und den primärrechtlichen Grundfreiheiten ist in der Rechtsprechung des EuGH nicht restlos geklärt. Die Literatur geht überwiegend von einem Subsidiaritätsverhältnis aus, so dass bei Vorliegen einer sekundärrechtlichen Harmonisierung die Grundfreiheiten keinen eigenständigen Prüfungsmaßstab mehr darstellen.¹¹⁹
- (158) Diese Frage bedarf jedoch vorliegend keiner Antwort. Denn Art. 15 DLRL enthält letztlich denselben Maßstab wie Art. 49 AEUV.¹²⁰ Wie sich aus der vorangehenden Prüfung ergibt, sind die Mindest- und Höchstsätze der HOAI daher auch mit Art. 49 AEUV vereinbar.

¹¹⁸ EuGH, C-127/07, Arcelor, EU:C:2008:728, Rn. 59; C-570/07, Blanco Pérez, EU:C:2010:300, Rn. 90.

¹¹⁹ Ausführlich *Streinz/Leible*, in: Schlachter/Ohler, Europäische Dienstleistungsrichtlinie, 2008, Einleitung Rn. 85 ff.

¹²⁰ Siehe oben Rn. (21) ff.

III. Gesamtergebnis

(159) Die Mindest- und Höchstsätze der HOAI sind mit Art. 15 DLRL und mit Art. 49 AEUV vereinbar. Dem Vertragsverletzungsverfahren der Europäischen Kommission dürfte daher kein Erfolg beschieden sein.

Dr. Ulrich Karpenstein

Dr. Matthias Kottmann

Prof. Dr. Burkhard Messerschmidt