

# EuGH vs. HOAI: Höchst- und Mindestsatz (IBR 2019, 1146)

## Wettbewerbsprinzip, Verbraucherschutz und richtlinienkonforme Auslegung

RA Michael Wiesner, LL.M., Dipl.-Betriebswirt (FH), FA für Bau- und Architektenrecht, Bad Kreuznach

### I. Einleitung

Vorrangiger Prüfmaßstab der HOAI ist das speziellere Sekundärrecht der Dienstleistungsrichtlinie statt des allgemeineren Primärrechts der Niederlassungsfreiheit, Art. 49 AEUV.

Nach Art. 15 Abs. 2 lit. g) der Dienstleistungsrichtlinie (DLR)<sup>1</sup> sind Mindest- und Höchstsätze nur zulässig, wenn bestimmte Voraussetzungen erfüllt werden.

Der EuGH<sup>2</sup> stellte fest, dass die Mindest- und Höchstsätze der HOAI dem Art. 15 der DLR widersprechen. Die Höchstsätze seien nicht verhältnismäßig, da Preisempfehlungen oder Preisorientierungen als milderes Mittel ausreichen würden. Die Mindestsätze seien nicht akzeptabel, da das anerkannte Ziel der Planungsqualität inkonsequent („inkohärent“) gelöst sei, nämlich mit einem Preisrecht, das auch für Nichtarchitekten und Nichtingenieure gilt; quasi jedermann dürfe Planungsleistungen erbringen. Das passe dann nicht zu dem Ziel, die Planungsqualität sichern zu wollen.

Das heißt: Beanstandet wird das Gesamtpaket der unzureichenden deutschen Lösung mit Blick auf das Ziel, Planungsqualität zu sichern. Legislative Lösungen sind somit nicht zwingend allein in der HOAI zu suchen; ein Berufsausübungsrecht wäre damit auch eine Lösungsmöglichkeit.

<sup>1</sup> Fortan DLR statt Dienstleistungsrichtlinie

<sup>2</sup> EuGH, Urteil vom 04.07.2019 – Rs. 377/17, IBR 2019, 2046

### II. Problemstellungen

Kern der deutschen<sup>3</sup> Argumentation war die Sicherung der Planungsqualität, mit der sich der EuGH auseinandersetzte.

Ist die Entscheidung zum Höchstsatz richtig angesichts des Wettbewerbsprinzip, Informationsasymmetrie und eines Verbraucherschutzes?

Ist das Argument des EuGH zur Inkohärenz richtig? Wenn ja: Ist eine richtlinienkonforme Auslegung möglich, ohne HOAI-Änderung?

### III. Wettbewerb: „It´s economy, stupid!“

Wird Art. 15 der DLR geprüft, so ist Maßstab bei der Frage der Geeignetheit und Verhältnismäßigkeit vor allem ein funktionierender Wettbewerb. Denn vom Wettbewerbsprinzip leiten sich die EU-Grundfreiheiten ab und davon auch Art. 15 der Dienstleistungsrichtlinie.<sup>4</sup> Die Grundfreiheiten der EU wie Warenverkehrsfreiheit, Dienstleistungsfreiheit, Niederlassungsfreiheit etc. bilden zusammen mit den Wettbewerbsregeln den Rahmen für eine

<sup>3</sup> Dass Deutschland dieses ohnehin ungeeignete Argument „Qualitätssicherung“ nutzte, war fatal, auch weil der EuGH es letztlich einfach widerlegen konnte. Qualitätssicherung ist kein Alleinstellungsmerkmal freiberuflicher Leistungen. Denn auch Bäcker und Metzger sind an Qualitätssicherung interessiert. Daraus aber für diese ebenfalls Mindest- und Höchstsätze zu fordern, ist wirtschaftswissenschaftlich nicht erforderlich.

<sup>4</sup> Siehe z. B. Art. 119 AEUV: „Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb“; siehe auch Art. 26 ff. AEUV, Art. 101 AEUV

marktwirtschaftliche und wettbewerbliche Verfassung der EU.<sup>5</sup>

### **1. Alleinstellungsmerkmal freiberuflicher Leistungen**

In der Sprache Kulturschaffender ist bei freiberuflichen Leistungen von geistig-schöpferischen, kreativen und kulturell bedeutsamen Leistungen die Rede. Das Edle, Gute und Schöne, das Wertvolle wird hervorgehoben, mit Betonung eigenverantwortlicher und persönlicher Leistungserbringung unter Einsatz besonderer Sach- und Fachkunde.<sup>6</sup>

Soweit aber das wirtschaftlich-wettbewerbliche Ringen um Aufträge, Leistung und Vergütung betroffen ist, sind freiberufliche Leistungen als „*vorab nicht eindeutig und erschöpfend beschreibbare Leistungen*“ treffender erfasst. Denn bei Vertragsschluss lässt sich vorab nicht (!) erahnen, wie viele Varianten in der Leistungsphase (= Lph.) 2 dem Auftraggeber ohne Mehrvergütungsanspruch zu liefern sind. Das Gleiche gilt für die Leistungsphase 8: Wie oft eine Baustellenpräsenz erforderlich ist, ist von äußeren Faktoren abhängig, z. B. von der Güte des Bauunternehmers, der vorher meist nicht bekannt ist. Nicht sicher vorhersehbar und damit nicht vorab kalkulierbar ist auch, ob

bislang als handwerkliche Selbstverständlichkeit bewertete Bauleistungen durch neue Bauprodukte nun doch besonders überwachungsbedürftig sind.<sup>7</sup>

Nicht ohne Grund sind die Grundleistungen der Lph. 1 – 9 in § 3 HOAI definiert als Leistungen, die (nur) „im Allgemeinen“ erforderlich sind; bereits das „ob“ einer einzelnen Grundleistung ist vorab unklar und abhängig vom Einzelfall, nämlich wie er sich nach Auftragserteilung entwickelt.

Folglich können sie vorab nicht preislich sicher kalkuliert werden: Unklare Leistung – unklarer Preis. Das ist das wirtschaftliche Alleinstellungsmerkmal freiberuflicher Leistungen.

Damit stellt sich die Frage, was das wettbewerblich bedeutet? Kernfrage ist somit: Was ist und wie funktioniert Wettbewerb?

Zwar argumentierte die EU-Kommission und der EuGH nicht mit dem abstrakten Begriff Wettbewerb oder unmittelbar mit der hieraus abgeleiteten EU-Grundfreiheit der Niederlassungsfreiheit<sup>8</sup>. Diese und die anderen EU-Grundfreiheiten sind Konkretisierungen des Wettbewerbsprinzips.<sup>9</sup>

Mangels einer Legaldefinition für den betriebs- oder volkswirtschaftlichen Begriff des Wettbewerbs sind wirtschaftswissenschaftliche Wettbewerbstheorien zu Rate zu ziehen.<sup>10</sup>

---

<sup>5</sup> Immenga / Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 2019, 6. Aufl., Band 1, I. Abschnitt, A. Die Bedeutung der Wettbewerbsregeln in der Wirtschaftsverfassung der EU, III. 2. Wettbewerb und Grundfreiheiten, Rn. 35 m. w. Nachw.

<sup>6</sup> Instruktiv z. B. OLG München, Beschluss vom 28.04.2006 – Verg 6/06, Ziffer 2: „*gestalterisch-schöpferische Potential des Auftragnehmers zur Ausarbeitung der optimalen Lösung*“, so dass „*die Leistung vorab nicht mehr hinreichend erschöpfend beschreibbar*“ ist. Insbesondere Kammern und Verbände hoben kreative, geistig-schöpferische Leistungen hervor.

---

<sup>7</sup> Beispiel: Neue Bauprodukte

<sup>8</sup> Ein EU-Ausländer siedele sich nicht in Deutschland an, da er seine Preisvorteile in Deutschland nicht nutzen könne, wenn er die (höheren) HOAI-Mindestsätze einhalten müsse.

<sup>9</sup> Art. 119 AEUV: „*Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb*“; siehe auch die Grundfreiheiten: Art. 26 ff. AEUV

<sup>10</sup> Schwarze, Europäisches Wirtschaftsrecht, 2007 S. 101 (Rn. 162): „*Obwohl die Begriffe des europäischen Wettbewerbsrechts als Rechtsbegriffe juristischen Auslegungsregeln unterliegen, erschließt sich deren Bedeutung vollends erst vor*

Unproblematisch sind gewerbliche Leistungen: Eine Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis (LV) gibt präzise an, welche Bauleistungen baulich verlangt werden. Diese sind also vorab eindeutig und erschöpfend beschreibbar. Damit können sie auch vorab preislich kalkuliert werden.

Anders bei freiberuflichen Leistungen; diese sind vorab nicht (!) eindeutig und erschöpfend beschreibbar. Daher erhält der Freiberufler statt einer Leistungsbeschreibung eine Aufgabenbeschreibung.<sup>11</sup> Die entwickelte planerische Lösung der Aufgabe ist dann die Leistung.

Letztlich ist das ein Risiko entweder für den Auftraggeber oder den Auftragnehmer. Denn entweder zahlt der Auftraggeber bei einem vorab vereinbarten Pauschalhonorar zu viel, oder es stellt sich heraus, dass der Auftragnehmer ursprünglich zu wenig vereinbart hatte. Daraus kann unter Umständen sogar eine Insolvenz resultieren.

Die Wettbewerbstheorie des vollkommenen Marktes, also bei vollkommener Konkurrenz, verlangt für einen funktionierenden Wettbewerb u. a. ein „praktisch identisches (homogenes) Gut“ und sodann, dass die Marktteilnehmer „über die Preise bestens informiert sind (vollkommene Transparenz)“.<sup>12</sup>

Dies gibt es bei freiberuflichen, vorab nicht eindeutig und erschöpfend beschreibbaren

---

*ihrem ökonomischen Hintergrund und im Lichte der verschiedenen wirtschaftswissenschaftlichen Theorien, in denen sie verwendet werden.“* m. w. Nachw.

<sup>11</sup> Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.06.2013 – Verg 7/13; s. a. HOAI 2013, z. B. Anlage 10 (Gebäude), Leistungsphase 1 mit Anführung der „Aufgabenstellung“ statt Leistungsbeschreibung

<sup>12</sup> Baßeler/Heinrich/Utecht, Grundlagen und Probleme der Volkswirtschaft, 17. Aufl., 2002, S. 170 f.

Leistungen aber nicht.<sup>13</sup> Es gibt also keine homogenen Güter bzw. Leistungen der Architekten und Ingenieure. Folglich kann auch keine vollkommene Transparenz bei Preisen entstehen.

Folge: Es kommt unweigerlich zu einem Marktversagen.<sup>14</sup> In solchen Fällen muss dann der Staat helfend eingreifen.<sup>15</sup> Das ist dann entweder am Ende die Insolvenzordnung oder am Anfang ein gesetzliches Preisrecht wie HOAI oder RVG<sup>16</sup>, um Insolvenzen o. a. zu verhindern.

## 2. Informationsasymmetrie

Im Verfahren vor dem EuGH ist erstaunlicherweise nur von Informationsasymmetrien zu Lasten der Verbraucher die Rede. Der Auftragnehmer als Fachmann, Ingenieur oder Architekt, habe überlegenes Fachwissen und könne daher seine Preisvorstellungen besser durchsetzen.

Die HOAI sei laut EuGH geeignet, Folgen dieser Informationsasymmetrie abzumildern.<sup>17</sup> Folge wäre also, dass ein Verbraucher (bei gegebener Qualität) entweder tendenziell mehr

---

<sup>13</sup> Ausnahme z. B. Laborärzte. Zwar sind als Ärzte meist Freiberufler; aber Laborärzte mit Labordiagnostik sind eher gewerblich tätig weil vorab eindeutig und erschöpfend beschreibbare Laborleistungen, vgl. OLG Saarbrücken, Beschluss vom 20.09.2006 – 1 Verg 3/06

<sup>14</sup> Baßeler et al., a. a. O., S. 44: „...Marktversagen ... die Existenz externer Effekte ... die Existenz von Informationsmängeln insbesondere der Konsumenten.“; S. 673: „... Marktversagens ... (mangelnde Transparenz) ...“

<sup>15</sup> Baßeler et al., a. a. O., S. 673: „... Marktversagens ... (mangelnde Transparenz) ... Für diese Ausnahmereiche wird grundsätzlich die Notwendigkeit gesehen zu prüfen, ob der Markt durch staatliche Eingriffe ergänzt oder ersetzt werden sollte.“

<sup>16</sup> Näheres dazu Kalte/Wiesner, IBR 2013, 1285 (nur online); IBR 2015, 1064 (nur online) oder im Deutschen Ingenieurblatt DIB, 2013, Heft 6, Seite 48 f.; DIB 2015, Heft 7, Seite 56 ff.

<sup>17</sup> Vgl. Rn. 77, 80

zahlen müsste, also über dem Mindestsatz, oder der Verbraucher bekommt (für einen gegebenen (Billig)Preis) mindere Qualität.<sup>18</sup>

Die vom EuGH zitierte Gefahr einer adversen Selektion im Zusammenhang mit Preisen unterhalb des Mindestsatzes und verminderter Planungsqualität ist im Jahr 1970 ähnlich von Akerlof<sup>19</sup> für den Verkauf von Gebrauchtwagen („lemons“ bzw. Montagsautos) beschrieben worden. Dort geht es zwar auch um eine Informationsasymmetrie, jedoch sind in seinem Beispiel der Gebrauchtwagen beschreibbare (gewerbliche) Leistungen betroffen, also vorab eindeutig und erschöpfend beschreibbare Leistungen. Im Beispiel von Akerlof weiß der Gebrauchtwagenverkäufer über seinen Gebrauchtwagen besser Bescheid als der Käufer, mithin eine Informationsasymmetrie zu Lasten des Verbrauchers. Es handelt sich also um eine spezielle Informationsasymmetrie bei gewerblichen Leistungen.

Übertragen auf HOAI-Fälle hätte also allein der Verbraucher, also der Auftraggeber unter Informationsasymmetrien zu leiden.

Das erfasst aber nicht die grundlegenden Informationsasymmetrien freiberuflicher, vorab weder für Auftraggeber noch für Auftragnehmer eindeutig und erschöpfend beschreibbarer Leistungen.

Ist die Leistung vorab allseits unklar, ist sie vorab nicht kalkulierbar und somit ist vorab auch die Vergütung unklar. Zwar hat der Ingenieur / Architekt überlegenes Fachwissen

---

<sup>18</sup> EuGH, a. a. O., Rn. 78, mit Verweis auf EuGH, 05.12.2006, Cipolla u. a., C-94/04 und C-202/04, Rn. 67

<sup>19</sup> George A. Akerlof: The Market for `Lemons`. Quality Uncertainty and the Market Mechanism. In: Quarterly Journal of Economics, Vol. 84(3), 1970, S. 488–500

und ist Experte auf seinem Gebiet. Er weiß, „was“ er fachlich machen muss. Er versteht die Aufgabenstellung an ihn, bei Vertragsschluss weiß er aber noch nicht, wie deren konkrete Lösung aussehen wird, abhängig von internen und äußeren Faktoren.<sup>20</sup>

Die Wettbewerbstheorie des vollkommenen Marktes besagt, dass (vorab) intransparente Leistungen zu einem generellen Marktversagen<sup>21</sup> führen.<sup>22</sup> Der Markt versagt hiernach also nicht allein und ausschließlich zu Lasten der Verbraucher als Auftraggeber, sondern auch zu Lasten der Auftragnehmer.

HOAI-Leistungen sind also für alle Beteiligten vorab nicht eindeutig und erschöpfend beschreibbare, pauschale Leistungen und das HOAI-Honorar ist ein verordnetes Pauschalhonorar, basierend auf aktuellen Studien darüber, welcher Vergütungsrahmen erforderlich ist.<sup>23</sup>

#### **IV. EuGH zum Höchstsatz: Richtig?**

Prüfmaßstab ist dem EuGH der Verbraucherschutz, in Gestalt transparenter Preise. Der EuGH argumentierte,<sup>24</sup> dass ein Höchstsatz zwar geeignet sei, jedoch unverhältnismäßig gem. Art. 15 der DLR, so dass Preisorientierungen das richtige weil mildere Mittel seien.

---

<sup>20</sup> Siehe obige Ausführungen zu Lph. 2 und Lph. 8

<sup>21</sup> Baßeler et al., a. a. O., S. 673

<sup>22</sup> Mein Hochschullehrer Prof. Dr. Christoph Trzaskalik pflegte in Vorlesungen zu sagen, dass Freiberufler (Anwälte) früher Hungerleider waren.

<sup>23</sup> Studie im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie, Dezember 2012: „Aktualisierungsbedarf zur Honorarstruktur der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI); Enderbericht zur „Evaluierung der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI – Aktualisierung der Leistungsbilder“, 2011, BMVBS

<sup>24</sup> Siehe EuGH, a. a. O., Rn. 94 f.

Dem EuGH ist zu widersprechen. Zunächst sollte klar sein, dass Art. 15 der DLR im Lichte des Primärrechts und seiner Grundfreiheiten und dem Wettbewerbsprinzip auszulegen ist.<sup>25</sup> Daher kommt es zum Verständnis dafür, was Wettbewerb ist, auf die o. g. grundlegende volkswirtschaftliche Wettbewerbstheorie des vollkommenen Marktes an.<sup>26</sup>

Wenn bei vorab nicht eindeutig und erschöpfend beschreibbaren Leistungen folglich auch die Preise vorab intransparent sind, stimmt das Argument des EuGH nicht, dass Höchstsätze nicht verhältnismäßig seien und daher Preisorientierungen (des Staates) zum Höchstsatz für Verbraucher ausreichen. Denn der Verbraucher hat potentiell eine Informationsasymmetrie dergestalt, dass er einen überhöhten Preis zahlt.

Warum ohne einen Mindestsatz<sup>27</sup> eine sog. adverse Selektion zu Lasten von Qualität und Preis droht, beim Höchstsatz aber Preisorientierungen ausreichen sollen, erschließt sich nicht. Die EuGH-Lösung der Preisorientierungen unterstellt, dass ein Verbraucher von vorhandenen Preisorientierungen weiß (!) und darüber hinaus immer auf dem aktuellen (!) Stand ist. Das ist aber eine Unterstellung zu Lasten von Verbrauchern und damit kein Verbraucherschutz. Ein typischer Verbraucher ist gerade nicht hinreichend informiert.

Die EuGH-Lösung der Preisorientierungen unterstellt weiterhin, dass ein Verbraucher nicht der Gefahr der (fachlich überlegenen)

Überredung, Täuschung und Wucher ausgesetzt sein kann, z. B. darüber, dass keine Preisorientierungen existieren oder darüber, dass Preisorientierungen bei einem konkreten Bauvorhaben nicht recht passen wegen besonderer Erschwernisse.

Dem Verbraucher bliebe damit nur das Argument der arglistigen Täuschung, des Wuchers und der Sittenwidrigkeit. Das sind jedoch hohe rechtliche Hürden und Risiken für einen Verbraucher. Das ist kein effektiver Verbraucherschutz<sup>28</sup> und somit seitens des EuGH rechtlich inkohärent.

Daher gebietet das Wettbewerbsprinzip, das bei vorab nicht eindeutig und erschöpfend beschreibbaren Leistungen unvollkommen funktioniert, einen Höchstsatz<sup>29</sup> als Obergrenze für ein Honorar.

## V. EuGH und Mindestsatz

### **1. Inkohärenz: Richtig?**

Der EuGH anerkennt das Argument der Planungsqualität; ein Mindestsatz unterstütze dies und vermeide eine adverse Selektion zu Lasten von Qualität und Preis.

Der EuGH hat das ungeeignete<sup>30</sup> Argument der Qualität überzeugend und zutreffend damit widerlegt, dass nach eigenem Bekunden Deutschlands „jedermann“ Planungsleistungen etc. erbringen dürfe, womit das deutsche Ziel,

<sup>25</sup> z. B. Art. 119 AEUV, Art. 26 ff. AEUV

<sup>26</sup> Schwarze, Europäisches Wirtschaftsrecht, a. a. O.; Baßeler et al., a. a. O.

<sup>27</sup> Hierzu unten

<sup>28</sup> Zum effektiven Verbraucherschutz: Norbert Reich, euvr 2014, 63: „Der Effektivitätsgrundsatz im individuellen und kollektiven Rechtsschutz im EU-Verbraucherrecht“

<sup>29</sup> Unterstellt, dass die Honorartafeln gesetzlichen Preisrechts wie der HOAI mit den Mindest- und Höchstsätzen den Rahmen erforderlicher und angemessener Honorare zutreffend abbilden. Diesbezügliche Studien zur HOAI sollen hier nicht vertieft werden.

<sup>30</sup> Siehe oben näheres in Fußnote 3

Planungsqualität, inkohärent gelöst sei. Laut EuGH<sup>31</sup> sei „festzustellen, dass es ... Deutschland nicht gelungen ist, nachzuweisen, dass die in der HOAI vorgesehenen Mindestsätze geeignet sind, die Erreichung des Ziels einer hohen Qualität der Planungsleistungen zu gewährleisten und den Verbraucherschutz sicherzustellen.“

Nun: Sonderlich überzeugend ist das eher theoretische Gegenargument des EuGH der Inkohärenz nicht, wenn in der Praxis Verbraucher und professionelle Auftraggeber weit (!) überwiegend eben Ingenieure und Architekten beauftragen.

Angenommen nun, ab sofort seien die Mindestsätze nicht mehr anwendbar, stellt sich die Frage, ob tatsächlich beauftragte Architekten und Ingenieure sich nun nicht auf die Mindestsätze berufen dürfen, da theoretisch (!) auch ein Nichtarchitekt / Nichtingenieur hätte beauftragt werden können. Ein solches Ergebnis widerspräche dem auch vom EuGH anerkannten Ziel, eine adverse Selektion zu Lasten von Planungsqualität zu vermeiden.

Ungeachtet der vorstehenden Ausführungen: Ist das Argument der Inkohärenz in Gänze richtig? Nein, nur zum Teil. Denn der Umstand, dass Gebäudeplaner und Tragwerksplaner gem. den Landesbauordnungen nur im Falle ihrer nachgewiesenen einschlägigen Fachkunde und praktischen Erfahrung berechtigt sind, derartige Leistungen zu erbringen, wurde wohl übersehen. Folge: Das EuGH-Argument der Inkohärenz trifft für die sog. Listengeführten der Landesbauordnungen nicht zu.<sup>32</sup>

Damit verbleibt aber der (theoretisch) zutreffende Vorwurf der Inkohärenz für die Leistungsbilder der Flächenplanungen, der Innenarchitektur, der Ingenieurbauwerke, Verkehrsanlagen und der Technischen Ausrüstung.

## **2. Keine richtlinienkonforme Auslegung?**

Nachfolgend geht es um die Frage, ob z. B. im Rahmen anhängiger Rechtstreite das Urteil des EuGH vom 04.07.2019 Berücksichtigung finden muss. Es geht darum, ob Mindest- und Höchstsätze nach dem Urteil vom 04.07.2019 und vor einer Neuregelung der HOAI o. a. zu beachten sind oder nicht. Zunächst ein Überblick über die Meinungen zu § 7 Abs. 1 HOAI und § 7 Abs. 5 HOAI in gebotener Kürze, sodann ausführlicher die Frage, ob eine richtlinienkonforme Auslegung mit Blick auf § 1 HOAI vorrangig in Betracht kommt. Gelingt eine richtlinienkonforme Auslegung, erübrigen sich alle anderen Rechtsfragen.

### **2.1. Meinungsstreit zum Mindestsatz gem. § 7 Abs. 1 HOAI**

Vor der Entscheidung des EuGH vom 04.07.2019 wurde über die Frage der Vorgeiflichkeit gem. § 148 ZPO gestritten.<sup>33</sup>

Die Frage lautet nun, ob in laufenden Gerichtsverfahren das Urteil des EuGH vom 04.07.2019 umzusetzen sei. Dies wird zum

---

<sup>33</sup> Früher bereits entschied das OLG Naumburg am 13.04.2017 und das Kammergericht Berlin am 01.12.2017 im Rahmen der Prüfung der Vorgeiflichkeit, § 148 ZPO, ob ein anhängiger Rechtstreit auszusetzen sei. Vorgeiflichkeit für einen anhängigen Rechtstreit an einem nationalen Gericht ist dann gegeben, wenn eine Entscheidung des EuGH sich auf einen an einem deutschen Gericht anhängigen Rechtsstreit auswirken kann. Das OLG Naumburg und das Kammergericht Berlin verneinten das.

---

<sup>31</sup> EuGH, a. a. O., Rn. 93

<sup>32</sup> so auch Fuchs, IBR 2019, 436

Teil bejaht<sup>34</sup>. Die Mindestsätze seien ab sofort nicht mehr anzuwenden. Die Gegenmeinung<sup>35</sup> führt an, dass die maßgeblichen Bestimmungen der HOAI, auch zum Mindestpreischarakter, weiterhin anwendbar seien. Das Urteil des EuGH vom 04.07.2019 ändere daran nichts. Änderungen vorzunehmen sei dem deutschen Gesetz- und Ordnungsgeber vorbehalten. Denn das im Vertragsverletzungsverfahren ergangene Urteil binde nur den Mitgliedstaat, der nun nach eigenem Ermessen die geeigneten Maßnahmen ergreifen müsse, um den europarechtswidrigen Zustand zu beseitigen.

## **2.2. Mindestsatzfiktion gem. § 7 Abs. 5 HOAI**

Vertreten wird im Falle fehlender (!) Honorarvereinbarung, dass der Mindestsatz nach § 7 Abs. 5 HOAI gelte.<sup>36</sup> In der Tat zitierte der EuGH ausdrücklich nur § 7 Abs. 1 bis Abs. 4, nicht aber dessen Abs. 5.<sup>37</sup>

Die Ansicht, wonach mangels Honorarvereinbarung dennoch der Mindestsatz gelte, überzeugt nicht recht: Der EuGH kritisiert die Inkohärenz der deutschen HOAI-Lösung mit Blick auf § 7 Abs. 1 HOAI, Qualität zu sichern. Bei § 7 Abs. 5 HOAI, der mangels Vereinbarung einen Mindestsatz fingiert, würden somit keine Einwände beim

EuGH anzunehmen sein. Weshalb die Inkohärenz bei einer vertraglichen Vereinbarung bestehen soll, bei einer Fiktion aber nicht, erschließt sich nicht. Denn die Fiktion des § 7 Abs. 5 HOAI kann auch im Verhältnis zu einem Nichtarchitekt / Nichtingenieur entstehen. Wertend macht das keinen Unterschied. Zutreffend kritisiert Steeger<sup>38</sup> diese Ansicht.

## **2.3. § 1 HOAI richtlinienkonform auslegen?**

Eine richtlinienkonforme Auslegung müsste die laut EuGH bestehende Inkohärenz der HOAI bei der Sicherung der Planungsqualität beseitigen. Diese entsteht dadurch, dass die HOAI leistungsbezogen statt personenbezogen verstanden wird. Denn laut Auskunft, die die Bundesrepublik im Verfahren gab, fallen auch Nichtarchitekten und Nichtingenieure ebenfalls unter die HOAI, nach bislang herrschender Meinung entgegen dem Wortlaut von § 1 HOAI.

Der EuGH folgert aus Art. 288 AEUV i. V.m. Art. 4 Abs. 3 EUV ein Gebot der richtlinienkonformen Interpretation des nationalen Umsetzungsrechts.<sup>39</sup> Dies geht jedoch nur soweit, wie die Bestimmungen des nationalen Rechts Auslegung ermöglichen. Diese Möglichkeit umfasst auch eine den Wortlaut übersteigende Rechtsfortbildung, z. B. durch Analogiebildung oder teleologische

---

<sup>34</sup> OLG Celle, Urteil vom 17.07.2019 – 14 U 188/18; OLG Celle, Urteil vom 23.07.2019 – 14 U 182/18 (beide nicht rechtskräftig); OLG Dresden, Urteil vom 04.07.2019 – 10 U 1402/17; Steeger IBR 2019, 1144; Fuchs/van der Hout / Opitz, NZBau 2019, 483; Fuchs IBR 2019, 436, wonach Aufstockungsklagen nicht mehr möglich seien.

<sup>35</sup> KG, Beschluss vom 19.08.2019 – 21 U 20/19; OLG Hamm, Urteil vom 23.07.2019 – 21 U 24/18 (nicht rechtskräftig); Meurer, IBR 2019, 1143; OLG Naumburg, Urteil vom 13.04.2017

<sup>36</sup> Fuchs, IBR 2019, 436; Scharfenberg, IBR 2019, 437; Meurer, IBR 2019, 1143

<sup>37</sup> EuGH, a. a. O., Rn. 8

---

<sup>38</sup> Steeger, IBR 2019, 1144 „Bindungswirkung des EuGH-Urteils vom 04.07.2019 – Überlegungen zu § 7 Abs. 5 HOAI

<sup>39</sup> EuGH, Urteil vom 16.12.1993 - Rs. C-334/92, Wagner Miret / Fondo de garantia salarial, Slg. 1993, I-6911; EuGH, Urteil vom 22.09.1998 - Rs. C-185/97, Coote / Granada Hospitality, Slg. 1998, I-5199

Reduktion.<sup>40</sup> Der Begriff der richtlinienkonformen Auslegung erfasst also die Auslegung des Wortlauts im engeren Sinne und auch nach Sinn und Zweck, also eine den engeren Wortlaut verengende teleologische Reduktion oder eine den engeren Wortlaut erweiternde Analogie.

Schaut man sich den Wortlaut von § 1 HOAI an, stellt man fest, dass hiernach ausdrücklich nur Architekten und Ingenieure adressiert werden. Es war jedoch die bisherige herrschende Meinung,<sup>41</sup> die sich über diesen Wortlaut hinwegsetzte und den Anwendungsbereich nicht personenbezogen, sondern leistungsbezogen verstanden wissen wollte. Es handelte sich um eine den Wortlaut erweiternde *Analogie*<sup>42</sup> von „Architekten und Ingenieure“ in § 1 auch auf *Nichtarchitekten und Nichtingenieure*. Argumentiert wird, dass anderenfalls das Preisrecht der HOAI unterwandert würde, wenn man Verträge mit Nichtarchitekten / Nichtingenieuren vom Anwendungsbereich ausnähme. Beabsichtigt war also, den Anwendungsbereich möglichst

weit zu fassen. Diese Ansicht wird von großen Teilen der Literatur<sup>43</sup> unterstützt.

Die Frage ist nun, ob eine „Rolle rückwärts“, also eine Rückbesinnung auf den engeren Wortlaut von § 1 HOAI, also eine Beschränkung der HOAI auf Architekten und Ingenieure, entgegen der bisher herrschenden Meinung, möglich ist. Dem Anliegen des EuGH wäre damit dann wohl Rechnung getragen.<sup>44</sup>

Eine Grenze der richtlinienkonformen Auslegung besteht darin, dass ein auslegender Rechtsanwender seine Lösung nicht an die Stelle des deutschen Gesetz- und Ordnungsgebers setzen darf, unter Missachtung dessen entgegenstehenden Willens; der Wille des nationalen Gesetzgebers ist also die Grenze einer richtlinienkonformen Auslegung.<sup>45</sup>

Vertreten wird, dass eine richtlinienkonforme Auslegung der HOAI, genauer: § 7 HOAI mit Mindest- und Höchstsätzen, nicht in Betracht komme. So heißt es, dass *„Eine richtlinienkonforme Auslegung des zwingenden Preisrechts gem. § 7 HOAI (2013), ... hier nach der Ansicht des Senats ausgeschlossen“* ist; das ergebe sich aus dem *„Normverständnis dahin, dass dadurch ein ruinöser Preiskampf verhindert und ein qualitativer Mindeststandard von Planungsleistungen*

---

<sup>40</sup> Grabitz/Hilf/Nettesheim, Recht der Europäischen Union, Juni 2019, 67. EL, Art. 288 AEUV, Rn. 134 mit Verweis auf BGHZ 179, 27: Ein nationales Gericht dürfe zwar nicht contra legem auf ein nach nationalen Auslegungsregeln unzulässiges Ergebnis kommen. Es gibt mithin keine Beschränkung auf die Wortlautgrenze. Das Gebot der richtlinienkonformen Auslegung / Interpretation schließe somit alle Rechtsfindungsmethoden ein, soweit dies nach innerstaatlichen Grundsätzen zulässig sei.

<sup>41</sup> z. B. BGH, Urteil vom 22.05.1997 – VII ZR 290/95 = BauR 1997, 677

<sup>42</sup> Siehe hierzu Reimer, Juristische Methodenlehre, 2016, S. 249 ff. zur Analogie, S. 274 zur teleologischen Extension; siehe auch instruktiv BVerfG, Beschluss vom 26.09.2011 – 2 BvR 2216/06, NJW 2012, 669, Rn. 43 ff. zur richterlichen Rechtsfortbildung durch teleologischen Auslegung

---

<sup>43</sup> Steeger, a. a. O. § 1 HOAI, Rn. 20; a. A. Koeble in Locher/Koeble/Frik, 13. Aufl., § 1 Rn. 20; Frei, BauR 1998, 815; siehe auch Werner/Pastor, 16. Aufl., Rn. 613 ff. m. w. Nachw.

<sup>44</sup> Alternative oder Ergänzung, um dem EuGH zu entsprechen, wäre ein Berufsausübungsrecht für Architekten und Ingenieure zu schaffen. In solch einem Fall käme es auf eine richtlinienkonforme Auslegung nicht mehr an.

<sup>45</sup> BGH, Urteil vom 28.10.2015 – VIII ZR 158/11, Leitsatz c) und Rn. 43 m. w. Nachw., Rn. 58; siehe auch EuGH, Urteil vom 27.03.2014 – C-565/12

gewährleistet werden sollen“.<sup>46</sup> Der EuGH sieht die Mindestsätze als Verstoß an, Deutschland dagegen nicht, so dass ein Gericht nicht einfach gegen § 7 handeln könne.

Mit Verweis auf die Gesetzesmaterialien gem. Bundesratsdrucksache 395/09 vom 30.04.2009 zur HOAI 2009 und der Bundesratsdrucksache 334/13 vom 25.04.2013 zur HOAI 2013 sei „zweifelsfrei eine europarechtskonforme Gestaltung der HOAI nach den Vorgaben der europäischen Dienstleistungsrichtlinie“ bezweckt, andererseits kollidiere das damit, dass Planungsleistungen in Deutschland „nicht Personen vorbehalten wird, die eine reglementierte Tätigkeit ausüben. ... die HOAI nicht berufsbezogen, sondern leistungsbezogen“ sei.<sup>47</sup> Gesehen wird dort also § 1 HOAI, geprüft wird jedoch § 7 HOAI.

An anderer Stelle wird ausgeführt, dass „die Anwendung des Mindestpreisgebots auch nicht im Wege der richtlinienkonformen Auslegung von ...§ 7 Abs. 3 und 5 HOAI zu unterlassen“<sup>48</sup> sei. Es geht dort um die Sonderfälle von § 7 Abs. 3 und 5 HOAI; der Wille des deutschen Gesetzgebers gehe dahin, dass Mindestpreisunterschreitungen nicht generell, sondern nur ausnahmsweise zulässig seien.<sup>49</sup>

Auch hier geht es um eine richtlinienkonforme Auslegung des § 7 HOAI, während es dem EuGH primär um den leistungsbezogenen Anwendungsbereich des § 1 HOAI der bislang herrschenden Meinung geht.

Isoliert betrachtet sind die Ausführungen in der Sache jeweils in der Tat zutreffend, m. E.

---

<sup>46</sup> OLG Hamm, Urteil vom 23.07.2019 - 21 U 24/18, dort 3. b) bb)

<sup>47</sup> OLG Celle, Urteil vom 14.08.2019 - 14 U 198/18, dort II. 3. b) cc) (1)

<sup>48</sup> KG, Beschluss vom 19.08.2019 - 21 U 20/19, ausführlich und instruktiv in II. 3. c) dd)

<sup>49</sup> KG, a. a. O., II. 3. c) dd) (2)

jedoch der 2. Schritt vor dem 1. Schritt. Denn vorrangig zu prüfen wird § 1 HOAI sein, der persönliche Anwendungsbereich, der nach jedenfalls bislang herrschender Meinung analog auch Nichtingenieure und Nichtarchitekten erfasst.

Also zu § 1 HOAI: Was ist nun der Wille des Gesetz- und Ordnungsgebers hinsichtlich des persönlichen Anwendungsbereichs des § 1 HOAI? Die „Amtliche Begründung und Anmerkungen“ zu § 1 der HOAI 1991, 1996 sowie 2002 führt aus: „Anmerkung: Die Honorarordnung ist nicht berufsbezogen, sondern tätigkeitsbezogen ausgestaltet. Sie findet daher nicht nur Anwendung auf die Leistungen der Architekten und Ingenieure, ..., sondern auch auf ... die von Personen oder Institutionen ..., die nicht zur Führung der beiden Berufsbezeichnungen berechtigt sind, wie z. B. ....“

Was bedeutet das mit Blick für eine richtlinienkonforme Auslegung? Dagegen spricht die Amtliche Begründung früherer HOAI-Fassungen, von denen kurz und knapp die HOAI 2009 und 2013 nicht abwichen,<sup>50</sup> entgegen (!) dem Wortlaut von § 1 HOAI.

Andererseits: Hat der Ordnungsgeber die Ermächtigungsgrundlage des Art. 10 §§ 1, 2 MRVG damit richtig umgesetzt, wenn er eine Analogie über den Wortlaut des MRVG hinaus vornimmt, nämlich über den Begriff der Architekten und Ingenieure auch Nichtarchitekten / Nichtingenieure erfasst? Denn das Koppelungsverbot des Art. 10 § 3 MRVG verwendet auch den Begriff der

---

<sup>50</sup> In der Begründung zu § 1 HOAI 2009 heißt es knapp: „Die Vorschrift entspricht dem bisherigen § 1“; in der HOAI 2013 heißt es nur knapp: „§ 1 HOAI bleibt unverändert.“

Architekten und Ingenieure; es gibt hier jedoch keine Analogie für Nichtarchitekten / Nichtingenieure.<sup>51</sup> Man darf zweifeln, ob es dem Willen des Gesetzgebers entspricht, Art. 10 §§ 1, 2 MRVG anders zu verstehen als Art. 10 § 3 MRVG. Vermutlich hat sich aber der Gesetzgeber im Detail über den Wortlaut hinaus gar keine Gedanken gemacht.

Der Wortlaut ließe jedenfalls eine richtlinienkonforme Auslegung von Art. 10 §§ 1, 2 MRVG und § 1 HOAI zu.

Ähnlich wie im Fall des BGH<sup>52</sup> zum für unwirksam erklärten § 6 Abs. 2 HOAI 2009 mit seinem Kostenvereinbarungsmodell könnte der BGH entscheiden, dass die Ermächtigungsgrundlage der HOAI dieses aktuelle leistungs- statt personenbezogene Verständnis des Verordnungsgebers nicht deckt und damit unwirksam ist, mag es auch ursprünglich auf eine herrschende Sicht von Literatur und Rechtsprechung zurückzuführen sein.<sup>53</sup>

Erhebt man also den unveränderten Wortlaut des § 1 zum Maßstab, wäre eine richtlinienkonforme Auslegung möglich, wonach die Mindestsätze nur bei Verträgen mit Architekten und Ingenieuren gelten. Andere Auftragnehmer dürften die Mindestsätze unterschreiten. Verbraucher (sollten aber) wissen, dass nicht einschlägige Fachleute mindere Qualität liefern. In Ansehung hoher Vermögenswerte der HOAI-Leistungsbilder ist

das ein Risiko, das Verbraucher dann sehenden Auges eingehen damit minder schutzwürdig sind.

Nicht auszuschließen ist natürlich, dass diese richtlinienkonforme Auslegung erneut einer rechtlichen Überprüfung durch den EuGH unterzogen wird. Dann stellt sich die Frage, ob für eine kohärente Lösung im Sinne des EuGH ein Berufsausübungsrecht der Architekten und Ingenieure zwingend erforderlich ist, wie es Anwälte, Mediziner, Steuerberater etc. haben. Dies ist dem EuGH bislang nicht in dieser Klarheit zu entnehmen.

.

---

<sup>51</sup> Aeengenvoort weist in Messerschmidt / Niemöller / Preussner, HOAI-Kommentar, 2015, § 1 HOAI Rn. 16 darauf hin, dass die Ermächtigung in §§ 1 und 2 MRVG anders ausgelegt werde als in § 3 MRVG zum Koppelungsverbot und hält dies aber für unproblematisch.

<sup>52</sup> BGH, Urteil vom 24.04.2014 – VII Z 164/13

<sup>53</sup> Gegen eine Analogie: Locher/Koebler/Frik, 13. Aufl., § 1 Rn. 20; Frei, BauR 1998, 815

