

Vertragsverletzungsverfahren der EU-Kommission gegen die Bundesrepublik Deutschland

Ein Plädoyer für die HOAI!

Die HOAI verstößt nicht gegen EU-Recht, da sie Wettbewerb unter Freiberuflern erst ermöglicht. Sie ist nicht diskriminierend, sondern erforderlich und verhältnismäßig. Sie führt zu mittelständigen Unternehmensstrukturen, verhindert schlecht vorbereitete Investitionsentscheidungen von Auftraggebern und gibt Architekten und Ingenieuren den Freiraum für die Entwicklung kreativer Lösungen.

Einleitung:

Die Europäische Kommission hat mit Schreiben vom 18.06.2015 den ersten Schritt zu einem Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland eingeleitet. Sie teilt darin mit, dass die Bundesrepublik Deutschland mit der Beibehaltung verpflichtender fester Tarife für Architekten und Ingenieure (HOAI) ihren Pflichten gemäß Artikel 15 Abs. 1, Abs. 2 lit. g) und Abs. 3 der RL 2006/123/EG (Dienstleistungsrichtlinie) und Artikel 49 AEUV nicht nachgekommen sei. Demnach sei die HOAI diskriminierend, nicht erforderlich, unverhältnismäßig und verstoße gegen das Gebot der Niederlassungsfreiheit.

Die Autoren plädieren für die Beibehaltung der HOAI aus drei wesentlichen Gründen:

1. Die HOAI schafft für Praktiker Klarheit in Bezug auf Leistung und Vergütung. Damit lassen sich Streitigkeiten meist einfach und schnell lösen. Wird sie abgeschafft, würde dies die Anzahl der Streitigkeiten massiv erhöhen und diese wären schwieriger zu lösen. Die HOAI reduziert Streitigkeiten.
2. Die EU-Kommission argumentiert mit „Wettbewerb“, hat jedoch einzig und allein den Preiswettbewerb gewerblicher Leistungen im Blick. Bei Architekten- und Ingenieurleistungen muss es aber einen Wettbewerb der guten Ideen geben. Anders als bei Bauleistungen dient der Wettbewerb bei Planern dazu die beste

Lösung vorzudenken. Diese wird durchgeplant und erst danach gebaut. Gute Planung braucht Zeit und damit Geld. Die HOAI sorgt für die beste Lösung und verhindert Fehlinvestitionen.

3. Die HOAI sichert die Qualität der Leistungen und die Existenz des Mittelstands bei Architektur- und Ingenieurbüros.

Die Autoren bewerten die Argumente der EU-Kommission wie folgt:

Argument 1: Niederlassungsfreiheit

Die Kommission argumentiert unter „I. Allgemeiner Kontext“, dass festgelegte Preise eine schwerwiegende Beschränkung für die Niederlassung von Dienstleistern seien, weil sie diesen die Möglichkeit nehmen über den Preis oder die Qualität der Leistungen in Deutschland miteinander zu konkurrieren.

Das klingt zunächst vernünftig, ganz nach dem Motto: „Konkurrenz belebt das Geschäft“. Im Kern geht es jedoch um die Frage, ob der gewerbliche Wettbewerb eins zu eins auf den Wettbewerb unter Freiberuflern übertragbar ist. Das ist zu verneinen. Reiner Preiswettbewerb funktioniert bei üblichen Waren wie Schokolade. Diese lässt sich über Gewicht, Kakao- und Milchgehalt vorab eindeutig beschreiben. Damit kann der Verbraucher erkennen, was er beim Kauf erhält. Aber ein schönes Haus, eine gut funktionierende Abwasserreinigungsanlage oder ein modernes Hei-

zungskonzept muss zunächst neu und individuell erdacht werden. Schöne Häuser sind Kunstwerke und gut durchdachte Ingenieurbauten geniale Erfindungen. Das kann kein Mensch bei Vertragsschluss vorab beschreiben. Falls dies doch möglich wäre, bräuchte man keinen Planer mehr. Planer brauchen Zeit für ihre Kreativität und Zeit ist Geld. Sollen Planer im Preis konkurrieren, können sie das nur, indem sie weniger Zeit kalkulieren. Damit nimmt man ihnen Zeit zum Denken. Wird weniger nachgedacht, wird kaum die beste Lösung herauskommen. Hier greift folglich viel eher das Motto von Ulrich Roski: „Erst grübeln, dann dübeln“.

Argument 2: Im Ausland geht es auch ohne HOAI

Die Kommission führt aus, dass es in der überwiegenden Mehrheit der Mitgliedsstaaten keine Honorarordnungen gebe. Dies deute bereits darauf hin, dass festgesetzte Mindestpreise nicht erforderlich seien, um die hohe Qualität der erbrachten Leistungen zu sichern, wenn dies den Verbrauchern zugleich die Möglichkeit nehme, von konkurrenzfähigeren Preisen zu profitieren.

Ein solcher Vergleich hinkt. Er wäre nur dann zutreffend, wenn die Mindestpreise der HOAI zwingend zu einem hohen Honorar führen würden. Nach Erfahrung der Autoren erhalten in Deutschland Architekten und Ingenieure mit der HOAI einen auf Stunden umgerechneten Satz von ca. 75 €. Im Vergleich hierzu werden in Luxemburg und den Niederlanden, dort gibt es keine HOAI, Stundensätze von mehr als 120 € gezahlt. Die HOAI führt also zu keinen hohen Preisen. Zudem gibt es in Deutschland viele kleine Planungsbüros und in den meisten anderen Ländern wenige große Planungsgesellschaften. Demnach ist Deutschland mit seiner HOAI dem Wettbewerb sogar förderlicher.

Argument 3: Qualität der Planer

Für die Kommission sei es nicht ersichtlich, wie durch einen verbindlich festgesetzten Preis - vereinfacht formuliert - unqualifizierte Planer davon abgehalten werden können mangelhafte Dienstleistungen anzubieten.

Das trifft zu. Die HOAI allein kann Qualität nicht sicherstellen. Die Planungsleistungen in Deutschland sind jedoch in gut funktionierende Kammern eingebunden, die die Qualität ihrer Mitglieder überwachen. Hinzu kommt eine weitgehende Haftungsverpflichtung der Planer durch das deut-

sche Werkvertragsrecht mit gesamtschuldnerischer Haftung.

Argument 4: Qualität der Leistung

Die Kommission nimmt auf die Rechtssache „Cipolla“ Bezug, bei der Generalanwalt Maduro hervorhob, dass es keineswegs erwiesen sei, dass eine Abschaffung von Mindesthonoraren automatisch eine Verschlechterung der Dienstleistungen nach sich ziehen würde. Zur Rechtfertigung von Mindesttarifen müsse nachgewiesen werden, dass die Abschaffung derartiger Honorare automatisch eine qualitative Verschlechterung der Dienstleistungen zur Folge hätte. Als weiteres Argument könne angeführt werden, dass Mindesthonorare Planer davon abhalten könnten Dienstleistungen von hoher Qualität zu erbringen, weil sie stets die Mindesttarife in Rechnung stellen könnten.

Im Urteil des EuGH ging es um Rechtsanwaltsleistungen. Leider zitiert die Kommission die Meinung des Generalanwalts und nicht den Urteils-text. Damals ist der EuGH dessen Meinung nicht gefolgt. Der EuGH hat zunächst festgestellt, dass es Sache der nationalen Gerichte sei darüber zu befinden, ob die Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs gegen EG-Recht verstoße. Der Bundesgerichtshof (BGH) hat im Urteil vom 24.04.2014 - VII ZR 164/13 dazu wie folgt entschieden: *„Die Sicherung und Verbesserung der Qualität der Tätigkeit eines Architekten stellt ein legitimes gesetzgeberisches Ziel dar. Zu seiner Herbeiführung sind verbindliche Mindesthonorarsätze geeignet, da sie den Architekten jenseits von Preiskonkurrenz den Freiraum schaffen, hochwertige Arbeit zu erbringen, die sich im Leistungswettbewerb der Architekten bewähren muss (BVerfG, BauR 2005, 1946, 1948 = NZBau 2006, 121). Für Ingenieure gilt Entsprechendes.“* Der BGH als nationales Gericht hält also die HOAI für legitim. Im EuGH-Urteil „Cipolla“ ist in Rdn. 67 zudem ausgeführt: *„Zwar können hohe Mindesthonorare die Mitglieder des Berufsstands nicht davon abhalten, minderwertige Dienstleistungen zu erbringen, doch kann nicht von vornherein ausgeschlossen werden, dass solche Honorare helfen (...) einen Konkurrenzkampf (...) zu vermeiden, der zu Billigangeboten führen könnte, der das Risiko eines Verfalls der Qualität der erbrachten Dienstleistungen zur Folge hätte.“* Dem EuGH genügt es, dass Mindesthonorare helfen können die Qualität zu sichern. Demnach muss nicht erst bewiesen werden, dass die Abschaffung von Mindesthonoraren automatisch eine Verschlechterung zur Folge hätte. Umgekehrt wird ein Schuh draus: Die Kommission muss beweisen, dass die HOAI Wettbewerb verhindert. Dabei muss sie

auch beweisen, dass der Wettbewerb von gewerblichen und freiberuflichen Leistungen zwingend an den gleichen Maßstäben zu messen ist. Wichtig sind zudem die Ausführungen des EuGH in Rdn. 68, in denen es heißt: *„Außerdem werden (...) die Tatsache zu berücksichtigen sein, dass auf dem Gebiet anwaltlicher Dienstleistungen regelmäßig eine „Asymmetrie der Information“ zwischen den „Verbrauchern als Mandanten“ und den Rechtsanwälten besteht. Die Rechtsanwälte verfügen nämlich über ein hohes Maß an Fachkenntnissen, die die Verbraucher nicht zwangsläufig haben, so dass es Letzteren schwer fällt, die Qualität der ihnen erbrachten Dienstleistungen zu beurteilen (...).“* Genau diese Ausführungen deuten völlig zutreffend auf den Unterschied im Wettbewerb von gewerblichen und freiberuflichen Leistungen hin: Das sind ausgeprägte Informationsdefizite für Verbraucher. Demnach hält der EuGH ein Preisrecht durchaus für zulässig. So kann ein Verbraucher üblicherweise die Qualität einer Gebäudeplanung nicht beurteilen. Diese ist für ihn erst dann wirklich erkennbar, wenn er in sein Haus einzieht, sich darin wohl fühlt und die Kosten hierfür angemessen sind. Erst recht gilt das bei den Fachingenieurleistungen, wie z. B. der Tragwerksplanung. Kein Verbraucher kann beurteilen, ob eine Wand 25 cm oder 30 cm stark sein muss. Gerade die in Deutschland aktuell im Fokus stehenden Großprojekte, wie der Berliner Flughafen oder die Elbphilharmonie, zeigen negativ, dass selbst professionelle Auftraggeber die Qualität der Planung nicht von vornherein beurteilen können. So dient die HOAI selbst bei Großprojekten, bei denen sie gesetzlich nicht gilt, als Auslegungshilfe für die geschuldete Leistung und für eine übliche Vergütung. Dies erfahren die Autoren bei ihrer täglichen Arbeit als Schlichtungsstelle. Das weitere Argument der Kommission, dass Mindesthonorare Planer davon abhalten könnten Dienstleistungen von hoher Qualität zu erbringen, weil sie stets den Mindesttarif abrechnen könnten, ist unzutreffend. Der Honoraranspruch entsteht nur bei ordentlicher, nicht bei mangelhafter Leistung.

Offensichtlich gibt es auch unterschiedliche Strömungen zwischen der EU-Kommission und dem EU-Parlament. Während die Kommission noch den Preiswettbewerbgedanken an erste Stelle stellt, geht das EU-Parlament im Vergaberecht bereits andere Wege. Die aktuelle Vergaberichtlinie der EU (2014/24/EU), die auch Planerleistungen umfasst, lautet nämlich im Erwägungsgrund 90 Abs. 2: *„Um eine stärkere Ausrichtung der öffentlichen Auftragsvergabe auf die Qualität zu fördern, sollte es den Mitgliedsstaaten gestattet sein, die Anwendung des alleinigen Preis- oder Kostenkriteriums zur Bestimmung des wirtschaftlich günstigsten Angebotes zu untersagen oder*

einzu beschränken, sofern sie dies für zweckmäßig halten.“ Das EU-Vergaberecht zielt darauf hin, dass Auftraggeber sich mehr an der Qualität ausrichten. Genau das ermöglicht die HOAI, denn: *„Billig geplant ist teuer gebaut“!*

Argument 5: Marktzugang

Die Kommission argumentiert, dass durch Mindesttarife die Marktzugangsschranken für neue Anbieter künstlich erhöht würden. Dies würde verhindern, dass Anbieter sich gegenseitig Konkurrenz machen, indem sie ihre Preise unterhalb der Mindestsätze festsetzen. Dadurch wäre den Verbrauchern die Möglichkeit genommen, die Dienstleistungen zum günstigsten Preis zu erhalten.

Auch neue Anbieter, die sich um einen Marktzugang bemühen, bedürfen auskömmlicher Honorare. Die o. g. Informationsasymmetrien bestehen auf Seiten bisheriger und neuer Anbieter. Hinzu kommt: § 1 der HOAI regelt, dass Preisvorgaben allein (!) für Inländer gelten. EU-Ausländer fallen nicht unter die HOAI. Dass Inländer an die HOAI gebunden sind, ist eine zulässige Inländerdiskriminierung. Das heißt: Deutschland darf inländische Planer schlechter behandeln als EU-Ausländer. Zieht z. B. ein Portugiese nach Deutschland gilt er als Inländer und wird genauso behandelt wie ein bereits ansässiger inländischer Planer. Daran ist nichts Diskriminierendes. Das Gesetz zur Regelung von Ingenieur- und Architektenleistungen in der Fassung vom 12.11.1984 (BGBl. I S. 1337) führt in § 1 Abs. 2 des Gesetzes aus, dass durch *„... Mindest- und Höchstsätze ... den berechtigten Interessen der Ingenieure und der zur Zahlung der Honorare verpflichteten Rechnung zu tragen...“* ist. Für die Leistungen der Architekten gilt nach § 2 des Gesetzes dasselbe. Damit löste der deutsche Gesetzgeber völlig zutreffend die schwierige wettbewerbliche Situation vorab nicht eindeutig erschöpfend beschreibbarer Leistungen. Überdies gibt es Verhandlungsspielräume in der HOAI. So sah der Bundestag (siehe Plenarprotokoll 10/86) vor, dass der Mittelsatz der Regelsatz sein soll. Von diesem kann nach oben bis zum Höchstsatz und nach unten bis zum Mindestsatz frei verhandelt werden.

Argument 6: Preisinformationen

Die Kommission meint, dass auch einzelne Anbieter den Verbraucher über einen eindeutigen Preisberechnungsmechanismus informieren könnten, ohne dass eine Festsetzung durch den Staat erfolgen müsse, und überdies könnten derzeitige übliche Preise veröffentlicht werden.

Preisberechnungsmechanismen mit Parametern wie anrechenbare Kosten oder Honorarzoneen könnten selbstverständlich auch von Anbietern veröffentlicht werden. Dennoch: Gäbe es keine HOAI, müsste sie gerade aus Wettbewerbsgründen erfunden werden. Entscheidend ist, dass der Gesetzgeber Mindesthonorare für Grundleistungen vorgibt und damit sicherstellt, dass der Verbraucher eine Mindestleistung und der Planer ein Mindesthonorar erhält. Es gibt keinen einfach darzustellenden üblichen Preis für die Planung eines Hauses oder für eine Tragwerksplanung. Die Kommission argumentiert zu einfach, in dem sie einen klassischen Wettbewerb bei gewerblichen Waren im Auge hat. Nimmt man für die Definition von Wettbewerb die volkswirtschaftliche Theorie des vollkommenen Marktes, ist die Prämisse für das Funktionieren eines Marktes eine vorab, vor Kalkulations- und Vertragsschluss bestehende, vollkommene Markttransparenz und eine homogene Leistung. Weder Transparenz noch Homogenität sind bei Architekten- und Ingenieurleistungen gegeben. Volkswirtschaftlich kommt es so zu einem Marktversagen: Entweder werden durch Informationsasymmetrien Verbraucher über den Tisch gezogen oder Planer beuten sich selbst aus. Volkswirtschaftlich wird bei Marktversagen das Eingreifen des Staates empfohlen. Dann ist aber das „Kind schon in den Brunnen gefallen“, nach vielen Privat- oder Büroinsolvenzen. Die HOAI ist da klüger: sie greift ein, bevor es zu einem Marktversagen kommt. Sie wirkt prophylaktisch.

Vorteile der HOAI zeigen sich im Vergleich zum Ausland. Dort basieren Honorarangebote auf einer für Verbraucher und Planer intransparenten Vorab-Kalkulation einer Stundenzahl. Kontrolle und Nachweisführung sind sehr schwierig und somit konfliktträchtig. Ob in anderen Ländern ohne HOAI der Wettbewerb besser funktioniert, wäre von der Kommission zu belegen, wenn sie gegen die HOAI vorgehen möchte. Stundensätze in den Niederlanden von 120.- € können darauf hindeuten, dass dort auf lange Sicht die Planer durch Informationsasymmetrien zu Lasten der Auftraggeber profitiert haben, auch weil wenige große Büros die vielen kleinen Büros verdrängt haben und sie damit leichter den Preis bestimmen können.

Die GHV hat schon früher, im Deutschen Ingenieurblatt 06-2015, S. 48, ausführlich dargelegt, dass es keine Legaldefinition im EU-Recht für „Wettbewerb“ gibt. Was Wettbewerb ist, ist daher

im Licht der Wirtschaftswissenschaften zu ergründen.

Argument 7: Verbraucher

Die Kommission meint, dass es für den Verbraucher von Vorteil wäre, wenn Planer ihre Leistungen günstiger anbieten könnten, indem sie ihre Preise an die Bedürfnisse der Verbraucher, die sich beispielsweise in wirtschaftlichen Schwierigkeiten befinden, anpassen.

Hier verkennt die Kommission die Natur von Architekten- und Ingenieurleistungen. Ein Verbraucher, der ein Haus zunächst geplant und dann gebaut haben möchte, trifft damit meist die größte Investitionsentscheidung seines Lebens. Die Leistungen der Planer dienen der Vorbereitung dieser Entscheidung, indem die Idee „Haus“, beginnend mit Skizzen und Kostenschätzungen über Ausführungspläne und Kostenanschläge zunächst virtuell entsteht, und dann tatsächlich gebaut wird. Erkennen die Beteiligten in diesem kreativen Prozess, dass die Kosten nicht passen, kann das Haus z. B. kleiner oder die Ausstattung angepasst werden. Durch die HOAI wird auch die Planung billiger. Das wäre ohne HOAI eine schwierige Vertragsanpassung. Daher müssten für jedes Bauvorhaben umfangreiche Honorarregelungen für alle Eventualitäten getroffen werden. Das Argument der wirtschaftlichen Schwierigkeiten ist absurd. Wer schon die Planungskosten nicht tragen kann, kann auch sicher die 10mal höheren Baukosten nicht tragen und sollte sich keine billige Planung einkaufen. Planung spart Geld und schützt vor Fehlentscheidungen.

Zusammenfassung:

Die wesentlichen Argumente der EU-Kommission gegen die HOAI greifen nicht. Denn die HOAI

- benachteiligt nichtdeutsche Anbieter nicht
- führt zu mittelstandsfreundlichen Märkten
- sichert die Qualität der Planer und deren Leistungen
- verhindert den Marktzugang nicht
- führt zum Wettbewerb über die beste Idee
- verhindert Fehlinvestitionen beim Bauen
- passt zum neuen Vergaberecht zur Stärkung der Qualität.

Autoren

Dipl.-Ing. Peter Kalte, Öffentlich bestellter und vereidigter Honorarsachverständiger;
Rechtsanwalt Michael Wiesner, LL.M., Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, Dipl.-Betriebswirt (FH).

Gütestelle Honorar- und Vergaberecht (GHV) gemeinnütziger e. V.

Friedrichsplatz 6

68165 Mannheim

Tel: 0621 – 860 861 0

Fax: 0621 – 860 861 20

Veröffentlicht im Deutschen Ingenieurblatt, Ausgabe 07-08/2015, Seiten 56 bis 59
--