



Ausschuss der Verbände und Kammern
der Ingenieure und Architekten
für die Honorarordnung e.V.



BUNDES
ARCHITEKTEN
KAMMER

BIngK
BUNDES
INGENIEURKAMMER

Vertragsverletzungsverfahren gegen die HOAI

Stellungnahme zum Aufforderungsschreiben der EU-Kommission vom 19.6.2015 zur Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens gegen die HOAI 2013 wegen Verstoßes gegen Art. 15 Abs. 1, Abs. 2 g) und Abs. 3 der Dienstleistungsrichtlinie

31.7.2015

Inhalt

| | |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Vorbemerkungen | 3 |
| - Marktsituation für Architekten in Deutschland und anderen Mitgliedsstaaten..... | 5 |
| - Anwendungsberich der HOAI..... | 6 |
| - Rechtliches Umfeld der Anbieter von Leistungen im Sinne der HOAI..... | 7 |
| A. Inhalt des Aufforderungsschreibens | 8 |
| B. Stellungnahme | 8 |
| I. Rahmenbedingungen der Erbringung von Planungsleistungen..... | 8 |
| II. Begründung der Erforderlichkeit der HOAI..... | 12 |
| 1. Aufrechterhaltung eines hohen Qualitätsniveaus zum Schutz der Verbraucher und Dienstleistungsnutzer | 13 |
| a) Gewährleistung der Unabhängigkeit und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Anbieter als unverzichtbare Grundlage für qualitätsvolle Arbeit..... | 14 |
| b) Berücksichtigung öffentlicher Belange..... | 15 |
| c) Berücksichtigung des Haftungsrisikos..... | 16 |
| d) Gefahr eines qualitätsbeeinträchtigenden Wettbewerbs zulasten der Verbraucher..... | 17 |
| e) Asymmetrie der Information zwischen Anbieter und Verbraucher bzw. Dienstleistungsnutzer..... | 17 |
| f) Zusammenhang zwischen Preis und Qualität als dem Vergaberecht zugrunde liegender Rechtsgedanke..... | 18 |
| 2. Schutz der Verbraucher und der Dienstleistungsnutzer vor Missbrauch bei der Honorarabrechnung..... | 20 |
| 3. Keine Wirkung der Mindestsätze der HOAI auf den Marktzugang..... | 20 |
| a) Geringer Anteil der Honorarkosten an den Baukosten..... | 21 |
| b) Kaum grenzüberschreitender Verkehr..... | 21 |
| c) Marktzugangshindernisse sind in erster Linie die unterschiedlichen Rechtssysteme und Landessprachen..... | 22 |
| III. Begründung der Verhältnismäßigkeit der HOAI | 23 |
| 1. Berufsausübungs- und Berufszulassungsrecht keine Alternative..... | 23 |
| 2. Festlegung von Leistungsbildern ohne Verknüpfung mit Mindestsätzen ist zur Zielerreichung nicht gleichermaßen geeignet | 24 |
| 3. Kein ausreichender Schutz über das Haftungsrecht..... | 25 |
| IV. Schlussfolgerung..... | 26 |
| Anhang Planungsrechtliche Gegebenheiten in anderen europäischen Ländern..... | 27 |

Vorbemerkungen

Bevor auf die Positionen der Kommission im Einzelnen eingegangen wird, ist anzumerken, dass die Begründung des Vertragsverletzungsverfahrens gegen die HOAI aus unserer Sicht weder inhaltlich noch formal überzeugen kann. Die mit Blick auf EU-rechtliche Vorgaben entscheidende Änderung der HOAI wurde bereits im Jahr 2009 vorgenommen. Auch nach Notifizierung der novellierten HOAI 2009 durch die Bundesregierung gemäß Art. 15 Abs. 7 UAbs. 1 der Dienstleistungsrichtlinie (nachfolgend DLRL) hat die Kommission die Bundesregierung offenbar nicht nach Art. 15 Abs. 7 UAbs. 2 aufgefordert, die novellierte HOAI 2009 nicht in Kraft zu setzen. Zwischenzeitlich, nämlich im Jahr 2013, trat eine weitere Änderung der HOAI in Kraft, ohne dass von der Kommission eine Verletzung der Dienstleistungsrichtlinie bzw. des Art. 49 AEUV geltend gemacht worden ist.

Auch wenn die Anforderungen an die Substantiierung und Begründung der Vertragsverletzung im Rahmen eines Aufforderungs- oder Mahnschreibens nicht übermäßig hoch sind, wäre auch vor diesem Hintergrund von der Kommission eine gründlichere, sachlichere und strukturiertere Befassung mit der Thematik zu wünschen und zu erwarten gewesen. Statt einer sauberen Prüfung des Art. 15 DLRL unter Einbeziehung und Berücksichtigung der besonderen Merkmale des deutschen Marktes für Planungsleistungen sowie des gesamten hierfür maßgeblichen rechtlichen Umfeldes, stellt die Kommission pauschale, zum Teil sogar andere Berufsgruppen betreffende Behauptungen auf oder führt simplifizierte, oft mehrfach mit anderem Wortlaut wiederholte und zudem unstrukturierte Scheinbegründungen an, die eine vertiefte und vor allen Dingen sachliche Auseinandersetzung mit der Thematik vermissen lassen.

Besonders negativ fällt auf, dass die Kommission zwischen ihrer Funktion als Hüterin der Verträge einerseits und ihren politischen Grundüberzeugungen andererseits offenbar nicht hinreichend zu trennen vermag. Politische Zielsetzungen mögen zum Beispiel in den sogenannten „länderspezifischen Empfehlungen“ zum Ausdruck kommen, die sodann auf der entsprechenden politischen Ebene diskutiert werden können. Im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens sollte sich die Kommission auf eine rechtlich und sachlich fundierte Auseinandersetzung mit der Materie beschränken. Dass sie dies nicht tut, wird schon daran deutlich, dass die Kommission einerseits die Intensität der mit der HOAI – allein aufgrund der in Art. 15 DLRL angelegten Wertung - verbundenen grundsätzlichen Einschränkung der Niederlassungs-

freiheit durch unsachgemäß wertende Aussagen übersteigert und hierdurch andererseits die Anforderungen an deren Rechtfertigung künstlich erhöht. Diese subjektiven Wertungen der Kommission ergeben sich weder aus der DLRL selbst noch aus der Rechtsprechung des EuGH, der diese Fragen nach unserer Auffassung entscheiden sollte, sofern die Kommission das Verfahren nicht einstellt. Wir weisen in diesem Zusammenhang ausdrücklich auf Erwägungsgrund 69 der DLRL hin, worin es mit Blick auf die Überprüfungspflicht im Sinne des Art 15 DLRL heißt: *„Diese Überprüfung sollte sich auf die Vereinbarkeit dieser Anforderungen mit den bereits vom Gerichtshof zur Niederlassungsfreiheit festgelegten Kriterien beschränken.“* Dass sich die Kommission an diese Vorgabe nicht hält, wird nachfolgend im Einzelnen aufgezeigt.

Wegen der Bedeutung des hiermit verbundenen Anspruchs der Kommission ausdrücklich widersprechen möchten wir bereits an dieser Stelle auch der Auffassung, wonach Art. 15 DLRL auch auf Vorgänge mit reiner Inländerbetroffenheit anzuwenden sei. Diese Auslegung und der hiermit inzidenter verbundene Kompetenzanspruch der Kommission, auch in ausschließlich innerstaatliche Angelegenheiten einzugreifen, verstoßen nach unserer Ansicht gegen Art. 49 AEUV. Auch diese Grundsatfrage wäre im Zweifel durch den EuGH zu beantworten.

Die Betonung ihrer Auffassung, dass sich Art. 15 DLRL auch auf aus ihrer Sicht nur inländische Dienstleister betreffende Vorgänge beziehen kann, resultiert unseres Erachtens aus der Unsicherheit der Kommission darüber, ob die Regelungen der HOAI überhaupt einen relevanten Binnenmarktbezug haben und tatsächlich eine spürbare Beschränkung grenzüberschreitender Niederlassungen bewirken. Hierzu ist schon mehrfach festgestellt worden, dass es eine statistisch messbare (nachteilige) Auswirkung der HOAI auf die Niederlassung ausländischer Anbieter von Planungsdienstleistungen in Deutschland nicht gibt¹. Umgekehrt ist auch nicht bekannt, dass es in größerem Umfang eine grenzüberschreitende Niederlassung aus Deutschland in Mitgliedstaaten ohne Honorarordnung gibt. Insbesondere ist nicht bekannt, dass eine solche grenzüberschreitende Niederlassung nach Abschaffung einer Honorarordnung signifikant zugenommen hätte.

¹ Amtliche Begründung zur HOAI 2013, B. Besonderer Teil, Zu § 1 (Anwendungsbereich)

Marktsituation für Architekten² in Deutschland und anderen Mitgliedsstaaten

Unabhängig von der Frage der grenzüberschreitenden Niederlassung und zum besseren Verständnis der nachfolgenden rechtlichen Ausführungen weisen wir stattdessen auf die Marktsituation in Deutschland und vergleichbaren anderen EU-Mitgliedstaaten sowie auf die Strukturen der in Deutschland niedergelassenen Architektenbüros besonders hin. Diese Strukturen, dieses Fazit sei hier vorweggenommen, haben ebenso wie in anderen Branchen wesentlich dazu beigetragen, dass Deutschland die Finanz- und Wirtschaftskrise in den Jahren 2008 ff. deutlich besser bewältigen konnte als andere Länder.

Der Architektenmarkt in Deutschland verzeichnet mit 41.117 Büros³ nahezu die höchste Bürodichte (1 Büro pro knapp 2.000 Einwohner) und mit über 130.000 Architekten⁴ auch mit die höchste Architektendichte in der EU. Zum Vergleich: Frankreich 8.302 Büros⁵ (1 Büro pro knapp 8.000 Einwohner); UK 6.835 Büros⁶ (1 Büro pro knapp 9.500 Einwohner). Bei über 90% der Büros in Deutschland handelt es sich um Kleinunternehmen mit 1 bis 9 Mitarbeitern⁷. Dies scheint uns mit Blick auf die in den Erwägungsgründen der DLRL mehrfach betonte Absicht der Förderung kleiner und mittlerer Unternehmen sowie entsprechender politischer Absichtserklärungen der Bundesregierung besonders wichtig.

Auch ist festzustellen, dass in Deutschland die Zahl der Architektenbüros, d.h. die Zahl der selbständigen Niederlassungen im Sinne der Dienstleistungsrichtlinie, von 35.021 (2008)⁸ auf über 41.117 (2014)⁹ gestiegen ist. Diese Zahlen zeigen, dass die HOAI kein Hindernis darstellt, sich in Deutschland niederzulassen, und zwar weder für Inländer noch für Angehörige anderer EU-Mitgliedstaaten. Hindernisse für eine grenzüberschreitende Niederlassung in Deutschland bestehen vielmehr in Sprachbarrieren und den Besonderheiten der deutschen Rechtsordnung (Amtliche Begründung zur HOAI 2013, B. Besonderer Teil, Zu § 1 (Anwendungsbereich)) sowie in den unterschiedlichen Anforderungen an die Berufsbilder der Planer. Zu den von

² Zur Vereinfachung bezieht der Begriff „Architekt“ nachfolgend die Stadtplaner jeweils mit ein.

³ Quelle: ACE, The Architectural Profession in Europe 2014, A Sector Study

⁴ Quelle: Bundesarchitektenkammer, Bundeskammerstatistik Stand 1.1.2014

⁵ Quelle: ACE, a.a.O.

⁶ Quelle: ACE, a.a.O.

⁷ Quelle: Bundesarchitektenkammer, Analyse der Bürostruktur, Umsätze und Erträge der selbständig tätigen Mitglieder der Architektenkammern 2014, Seite 7

⁸ Quelle: ACE, The Architectural Profession in Europe 2008, A Sector Study

⁹ Quelle: ACE, The Architectural Profession in Europe 2014, A Sector Study

Deutschland abweichenden Rahmenbedingungen für Planen und Bauen in anderen europäischen Ländern ist ein gesonderter **Anhang** beigefügt.

Anwendungsbereich der HOAI

Insoweit und vor dem Hintergrund von der Kommission genannter Alternativen zur HOAI möchten wir bereits an dieser Stelle betonen, dass es sich bei der HOAI nicht um Gebührensätze für bestimmte (reglementierte) Berufsgruppen handelt, sondern um ein staatliches Preisrecht für Dienstleistungen, die grundsätzlich von jedermann erbracht werden dürfen. Dies unterscheidet die HOAI maßgeblich von anderen Gebühren- oder Honorarordnungen, die von vornherein nur auf Angehörige einer bestimmten reglementierten Berufsgruppe Anwendung finden, denen die Erbringung bestimmter Dienstleistungen vorbehalten ist. Die HOAI in ihrer aktuellen Fassung ist zudem das Ergebnis langwieriger und komplexer Forschungsprojekte, in deren Rahmen in mit Auftragnehmern und Auftraggebern besetzten Experten-Facharbeitsgruppen das hierfür notwendige Fachwissen eingebunden wurde. Zugleich ist für die Frage einer möglichen Eingriffsintensität der HOAI in die Niederlassungsfreiheit – und nur diese kann Maßstab eines Vertragsverletzungsverfahrens sein – darauf hinzuweisen, dass die HOAI

- nur für die Flächen-, Objekt- und Fachplanung
- dort nur für sogenannte Grundleistungen und zudem
- nur für bestimmte Größenbereiche (z.B. bei der Objektplanung nur für einen Bereich ab 25.000 bis 25.000.000 Euro der anrechenbaren Kosten)

gilt. Außerhalb dieser eng begrenzten Bereiche sind freie Honorarvereinbarungen ohne weiteres zulässig.

Im Rahmen der Novellierung der HOAI 2013 wurden die Leistungsbilder den aktuellen Anforderungen moderner Planungsabläufe angepasst und ein konsistentes Werk geschaffen. Die Leistungsbilder für die einzelnen Gewerke sind aufeinander abgestimmt und decken alle Fachdisziplinen der Planer ab. In der HOAI werden jedoch neben den verbindlichen Honoraren auch unverbindliche Planungshonorare (Anlage 1) ausgewiesen. Auf die Unverträglichkeit dieses Systembruches, der zu großen Problemen bei der Honorarermittlung und der Auftragsvergabe führt, wurde in

einem im Januar 2015 erstellten Gutachten¹⁰ nachdrücklich hingewiesen und darin festgestellt, dass die Rückführung der fraglichen Leistungen die HOAI „europafester“ machen würde.

Rechtliches Umfeld der Anbieter von Leistungen im Sinne der HOAI

Insbesondere mit Blick auf die von der Kommission angesprochenen und noch zu erörternden vermeintlich mildereren Anforderungen zur Sicherstellung der Qualität von Planungsleistungen ist ebenfalls noch einmal darauf hinzuweisen, dass nur diejenigen Anbieter von nach der HOAI abzurechnenden Leistungen zur Mitgliedschaft in einer Architekten- oder Ingenieurkammer verpflichtet sind, die die Berufsbezeichnung Architekt oder beratender Ingenieur führen möchten, mit der je nach Rechtslage in den Bundesländern die volle Bauvorlageberechtigung verbunden ist. Nur dieser Personenkreis unterliegt daher den in den Architekten- und Ingenieurgesetzen niedergelegten berufsrechtlichen Verpflichtungen mit den hiermit verbundenen Aufsichts- und Ahndungsmöglichkeiten der Kammern und Berufsgerichte. Im Übrigen ist aber auch für diesen Personenkreis eine Niederlegung detaillierter Berufsausübungsregelungen weder möglich noch erwünscht. Dieses rechtliche Umfeld hat die Kommission in ihrem Arbeitspapier zum Ergebnis des Peer-Review-Verfahrens über Rechtsformen, Teilhaberschaft und Gebührenordnungen in der Dienstleistungsrichtlinie (COM(2013) 676 final) noch zutreffend herausgearbeitet. Die Kommission sollte dies bei ihrer Bewertung der HOAI und der von ihr angeführten angeblichen Alternativen daher stärker beachten.

Nach diesen Vorbemerkungen möchten wir zum Aufforderungsschreiben der Kommission im Einzelnen folgendes ausführen:

¹⁰ Freshfields Bruckhaus Deringer, HOAI, Die Rückführung der ingenieurtechnischen Planungsleistungen in den regulierten Bereich – Bewertung aus europarechtlicher Perspektive, 2015

A. Inhalt des Aufforderungsschreibens

In ihrem Aufforderungsschreiben vom 19. Juni 2015 teilt die Europäische Kommission mit, dass u.a. die verbindlichen Vergütungsregelungen der HOAI die Anforderungen von Art. 15 Absatz 1, Absatz 2 Buchstabe g und Absatz 3 Dienstleistungsrichtlinie nicht erfüllen und damit gegen die Niederlassungsfreiheit gemäß Artikel 15 Dienstleistungsrichtlinie und Artikel 49 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) verstoßen.

Die Mindest- und Höchstpreise der HOAI wären gerechtfertigt, wenn sie:

1. nicht-diskriminierend sind (Art. 15 Abs. 3 a) EU-Dienstleistungsrichtlinie),
2. erforderlich (Art. 15 Abs. 3 b) EU-Dienstleistungsrichtlinie), d.h. zwingenden Gründen des Allgemeininteresses entsprechen und
3. verhältnismäßig (Art. 15 Abs. 3 c) EU-Dienstleistungsrichtlinie), d.h. zur Verwirklichung des mit ihr verfolgten Zieles geeignet sind.

Die Europäische Kommission kommt nach ihrer rechtlichen Würdigung zu dem Schluss, dass die verbindlichen Vergütungssätze der HOAI die Bedingungen der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit nicht erfüllen und fordert die Bundesregierung zu einer Stellungnahme auf.

B. Stellungnahme

I. Rahmenbedingungen der Erbringung von Planungsleistungen

Nach Auffassung der EU-Kommission deutet die Tatsache, dass es in der überwiegenden Mehrheit der Mitgliedstaaten keine derartigen Honorarordnungen gibt bzw. diese dort im Einklang mit Artikel 15 DL-RL abgeschafft wurden, darauf hin, dass verbindliche Mindestpreise nicht erforderlich sind, um hohe Qualität der Leistungen zu sichern.

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass – entgegen der Darstellung der EU-Kommission in ihrem Aufforderungsschreiben (dort S. 8) - nach ständiger Rechtsprechung des EuGH Art. 49 AEUV auf rein mitgliedstaatsinterne Fälle nicht anzuwenden ist, also auf Fälle, die keinen grenzüberschreitenden Bezug aufweisen. Da die Vorschriften der HOAI jedoch nur für Inländer gelten, besteht grundsätzlich kein grenzüberschreitender Bezug. Verändert also ein deutscher Staatsangehöriger seinen

Standort innerhalb Deutschlands, fällt dies nicht in den Anwendungsbereich des Art. 49 AEUV¹¹.

Der Umstand, dass neben Deutschland kein anderer Mitgliedstaat über eine vergleichbare Preisregulierung verfügt, kann, entgegen der Auffassung der EU-Kommission¹², nicht als Argument für deren Ungeeignetheit oder Unzulässigkeit herangezogen werden. Die Mitgliedstaaten verfügen über eine Einschätzungsprärogative, ob die Verfolgung bestimmter Anliegen erforderlich ist und auf welchem Wege dies zu geschehen hat. So betont der EuGH, dass es nach dem Kriterium der Verhältnismäßigkeit nicht unbedingt notwendig ist, dass die von den Behörden eines Mitgliedstaates angeordnete beschränkende Maßnahme in Bezug auf die Art des Schutzes des berechtigten Interesses einer Auffassung entspricht, die von allen anderen Mitgliedstaaten geteilt wird.¹³ Vielmehr bedeutet allein der Umstand, dass ein Mitgliedstaat weniger strenge Vorschriften erlässt als ein anderer Mitgliedstaat, nicht, dass dessen Vorschriften unverhältnismäßig und folglich mit dem Unionsrecht unvereinbar sind.¹⁴ Aus abweichenden Ansätzen in anderen Mitgliedstaaten kann daher nicht geschlossen werden, dass die Preisregulierung der HOAI über das hinausgeht, was zur Erreichung der verfolgten Ziele erforderlich ist. Ein Mitgliedstaat muss nicht positiv belegen, dass sich das verfolgte Ziel mit keiner anderen vorstellbaren Maßnahme unter den gleichen Bedingungen erreichen lasse.¹⁵ Jede andere Ansicht würde zu einer Angleichung der mitgliedstaatlichen Rechtssysteme auf das jeweils niedrigste Niveau führen, was weder das Ziel des EU-Primärrechts (insb. der Grundfreiheiten) noch der Dienstleistungsrichtlinie ist.¹⁶

Diese Sichtweise der Bundesrepublik Deutschland ist auch gerechtfertigt und zudem in der historischen Entwicklung des Marktes der Architekten und Ingenieure in Deutschland begründet:

¹¹ Callies/Ruffert-Bröhmer Art. 43 EGV Rn 6.

¹² siehe Aufforderungsschreiben der EU-Kommission vom 18.06.2015, S. 9.

¹³ EuGH, Urteil vom 28. April 2009, C-518/06 – *Kommission / Italienische Republik*, Rn. 83.

¹⁴ EuGH, Urteil vom 12. Dezember 1996, C-3/95 – *Reisebüro Broede*, Rn. 42.

¹⁵ EuGH, Urteil vom 28. April 2009, C-518/06 – *Kommission / Italienische Republik*, Rn. 84.

¹⁶ Zum Ganzen vgl. Freshfields Bruckhaus Deringer, HOAI: Die Rückführung der ingenieurtechnischen Planungsleistungen in den regulierten Bereich - Bewertung aus europarechtlicher Perspektive -, 2014, S. 15 f.

Vergleicht man die Modelle in anderen europäischen Ländern¹⁷ zeigt das deutsche Modell mit HOAI und VOB/B und BGB zum einen deutliche Vorteile im Hinblick auf Gesamtkostenanalysen und Vergleiche der Objektabnahmequalität; zum anderen macht es aber auch bewusst, dass die Aufhebung der HOAI der Planungswirklichkeit in Deutschland nicht gerecht würde bzw. ohne fundamentale Änderungen des Zivil-, Bau- und Vergaberechts nicht möglich wäre. Denn in den Mindestsätzen der HOAI spiegeln sich die Planungsrealität in Deutschland (d.h. die im Rahmen des Planungssystems geforderten gesetzlichen Leistungen) sowie der dazugehörige Mindestaufwand wieder.

Im deutschen Recht unterliegt der Planungsvertrag den Regelungen über den Werkvertrag in §§ 631 ff. BGB. Die werkvertraglichen Regelungen des BGB sind grundsätzlich dispositiver Natur. Mit der vertraglichen Vereinbarung des Architekten oder Ingenieurs werden durch die verbindliche Geltung der HOAI gleichzeitig die entsprechenden Leistungsbilder festgeschrieben. Aufgabe des Dienstleisters ist es danach, treuhänderisch im Sinne der jeweiligen Bauherren zu arbeiten, indem er durch die Entwicklung der Planung, die Definition ihrer Umsetzung sowie die Kontrolle ihrer Realisierung und Ausführung das mit dem Bauherrn abgestimmte Bauvorhaben in ein qualitätsvolles Objekt umsetzt. Architekten und Ingenieure in Deutschland schulden also im Gegensatz zu ihren Berufskollegen in anderen EU-Mitgliedstaaten nicht das „Wirken“, sondern das „Werk“, konkret: die Erstellung des mangelfreien Werkes¹⁸. Um diesen Erfolg zu erreichen, müssen sie die gesetzlich geforderten Leistungen, ggf. über alle neun Leistungsphasen erbringen und insoweit die in Deutschland geltenden zivil-, bau- und vergaberechtlichen Grundlagen einhalten. Dabei müssen Ingenieure und Architekten in Deutschland die Leistungen der Leistungsphasen gegebenenfalls so oft wiederholen, bis der Erfolg eingetreten ist, d.h. das geschuldete Werk mangelfrei vorliegt.

Darüber hinaus haften die Planer in Deutschland faktisch auch für den Erfolg der Bauwerkerstellung. Die Haftung gilt dabei – im Gegensatz zu anderen europäischen Staaten - bis zum Abschluss der Bauausführung und der Gewährleistungsdauer. Dies kann bis zu 10 Jahre nach Baufertigstellung der Fall sein, d.h. Architekten und

¹⁷ Vgl. hierzu den Anhang zur Stellungnahme, Planungsrechtliche Gegebenheiten in anderen europäischen Ländern.

¹⁸ Vgl. auch Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, Die Vereinbarkeit der HOAI-Novelle mit der EU-Dienstleistungsrichtlinie, WD 5-3000-118/08, S. 4.

Ingenieure haften in Deutschland für die Beschaffenheit des geschuldeten Bauwerks und ggf. auch für die (Bau-) Kosten.

Vor diesem Hintergrund beruhte die Entwicklung der Mindest- und Höchstsätze der HOAI auf folgenden Überlegungen:

Planungsleistungen der Architekten und Ingenieure in Deutschland sind im Wesentlichen als nicht beschreibbar zu qualifizieren und dementsprechend auch nicht kalkulierbar: Nicht beschreibbar heißt, dass beide Vertragsschließenden, also Auftraggeber und Auftragnehmer vor der (interaktiven, gemeinsamen) Arbeit die künftige Lösung, die reale Ausformung, die technische Ausformulierung nicht kennen können. Der Auftraggeber kann zwar eine zum Teil auch durchaus konkrete Zielvorstellung haben, er könnte es aber selbst auch nur durch Planung (Zeichnung, Beschreibung, Berechnung, Organisation des Projektteams) in genau den gleichen Phasen, in genau der gleichen Interaktion zu Papier bringen, wie der Planer. Dieser kann die konkrete Vorstellung des Auftraggebers, aus welcher Beschreibung auch immer, nicht vor der eigentlichen Leistung kalkulationsfähig (messbar, wägbar ...) über neun Leistungsphasen vorausdenken. Vielmehr kann er - anders als beim Kauf fertiger Produkte - seine Leistung erst nach dem „Verkauf“ (Vertrag) erbringen und dies auch nur unter qualifizierter Mitwirkung seines Auftraggebers, in der Realisierung unter qualifizierter Mitwirkung der Bauunternehmer¹⁹. Mit der Einführung der HOAI, wie durch Art. 10 §§ 1 Abs. 2 S. 1; 2 Abs. 2 S. 1 des Gesetzes zur Verbesserung des Mietrechts und zur Begrenzung des Mietanstiegs sowie zur Regelung von Ingenieur- und Architektenleistungen (MRVG) legitimiert, hat man verbindliche Mindest- und Höchstsätze festgelegt. Die Vorschriften der HOAI sind öffentlich-rechtliche Preisvorschriften für die Berechnung des Honorars. Der Vergütungsanspruch des Planers basiert jedoch nicht auf den Regelungen der HOAI, sondern auf dem mit dem Bauherrn abgeschlossenen Vertrag. Die Preisvorschriften der HOAI dienen als Grundlage zur Ermittlung der üblichen Vergütung i.S.d. § 632 Abs. 2 BGB. Grundlage für die verbindlichen Vergütungsregelungen der HOAI 1977 war ein von dem zuständigen Ministerium beauftragtes Sachverständigengutachten, das 1974 vorgelegt wurde²⁰.

¹⁹ Vgl. zum Ganzen: Lechner/Stifter, Über den Zusammenhang von Qualität, Vergabeart und Vergütung, Abschlussbericht ZUKUNFT BAU des BMVBS und Bundesamtes für Bauwesen und Raumordnung (Berlin), 2009, S. 17.

²⁰ Pfarr/Arlt/Hobusch, Das Planungsbüro und seine Kosten, 1974 sowie Pfarr, Das Planungsbüro und sein Honorar, 1975.

Zur Ermittlung eines durchschnittlichen Honorars hatten die Gutachter zahlreiche Projekte untersucht und den Durchschnittswert ermittelt, der für die Durchführung eines Bauprojekts im Mittel erforderlich ist. Mit einer frei verhandelbaren Spanne zu diesem Durchschnittswert wurde der Mindest- und Höchstsatz für die jeweiligen Planungsleistungen als verbindlich verordnet.

II. Begründung der Erforderlichkeit der HOAI

Nach Auffassung der EU-Kommission sind die Mindestsätze der HOAI nicht erforderlich im Sinne von Art. 15 Abs. 3 b) DL-RL, da sie keinen Kausalzusammenhang zwischen Gebührenhöhe und Qualität der erbrachten Leistungen erkennen kann. Unter Verweis auf die Schlussanträge von Generalanwalt Léger in der Rs. C-35/99 Arduino v. 10. Juli 2001, Nr. 112 und Generalanwalt Maduro in der Rs C-94/04 und C-202/04, Nrn. 86 und 91 Cipolla führt die Kommission an, zur Rechtfertigung von Mindestsätzen müsse die Bundesrepublik Deutschland nachweisen, dass die Abschaffung eine qualitative Verschlechterung der Dienstleistung zur Folge hätte. Dabei könne als Argument auch angeführt werden, dass die Mindesthonorare Dienstleister davon abhalten können, Dienstleistungen von hoher Qualität zu erbringen, weil von ihnen stets die Mindesttarife in Rechnung gestellt werden. Unabhängig davon hält es die Europäische Kommission für fraglich, ob Mindestsätze zum Zugang der betreffenden Leistungen für alle Verbraucher beitragen und den Verbraucherschutz gewährleisten²¹. Zu den von der Kommission auch nun wieder vorgebrachten Schlussanträgen hat der EuGH bereits in der Cipolla-Entscheidung Rs C-94/04 vom 5. Dez. 2006 geurteilt, dass kein Rechtfertigungsnachweis erfolgen muss, sondern eine Risikodarlegung genügt. Dort heißt es:

„67 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, in einem Kontext wie dem des italienischen Marktes, der nach dem Vorabentscheidungsersuchen durch eine ausgesprochen große Anzahl zugelassener und praktizierender Anwälte gekennzeichnet ist, einen Konkurrenzkampf zwischen Anwälten zu vermeiden, der zu Billigangeboten führen könnte, was das Risiko eines Verfalls der Qualität der erbrachten Dienstleistungen zur Folge hätte.“

²¹ siehe Aufforderungsschreiben der EU-Kommission vom 18.06.2015, S. 9f.

Das Risiko besteht tatsächlich. Wie der BGH in dem Urteil vom 24. 4. 2014 - VII ZR 164/13 ausführte,

„hat die gesetzliche Regelung den Zweck, zum Schutz des Berufsstands der Architekten und Ingenieure eine wirksame Schranke gegen eine Unterschreitung der Mindestsätze zu schaffen. Die Mindestsätze sollen insbesondere dazu dienen, den vom Gesetzgeber gewollten Qualitätswettbewerb zu fördern und einen ungezügelten, ruinösen Preiswettbewerb zu unterbinden, der die wirtschaftliche Situation der Architekten und Ingenieure und damit auch die Qualität der Planung und die unabhängige Stellung des Planers zwischen Bauherr und Unternehmer beeinträchtigen würde.“ Das Bundesverfassungsgericht stellte ferner fest, „dass 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.

Die Mindestsätze der HOAI sind im Rahmen der Niederlassungsfreiheit gerechtfertigt, da sie 1. zur Aufrechterhaltung eines hohen Qualitätsniveaus zum Schutz der Verbraucher und Dienstleistungsnutzer und 2. für den Schutz der Verbraucher und Dienstleistungsnutzer vor Missbrauch bei der Honorarabrechnung erforderlich sind²².

1. Aufrechterhaltung eines hohen Qualitätsniveaus zum Schutz der Verbraucher und Dienstleistungsnutzer

Die Mindestsätze der HOAI dienen in erster Linie der Qualitätssicherung und damit dem in Artikel 15 Abs. 3 (b) in Verbindung mit Artikel 4 Nr. 8 DL-RL als Rechtfertigungsgrund anerkannten Schutz der Verbraucher und der Leistungsempfänger.

Die Mindestsätze der HOAI sind zur Erreichung dieses Ziels auch geeignet.

Eine Maßnahme ist immer dann als geeignet anzusehen, wenn sie tatsächlich tauglich ist, das in Anspruch genommene Rechtsgut zu schützen und damit das

²² So auch im Deutschen Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, aaO, S. 13; Vgl. zum folgenden zudem: Rechtsgutachten Freshfields Bruckhaus Deringer, aaO, S. 48 ff (insb. S. 49-50 Kausalzusammenhang sowie ab S. 50-57 – Indizien für Qualitätssicherung durch Mindestsätze der HOAI).

gemeinschaftsrechtlich anerkannte Ziel zu erreichen.²³ Dabei kommt es darauf an, ob die Maßnahme unter Kausalitäts- und Wahrscheinlichkeitsgesichtspunkten den Geschehensablauf in die vom Mitgliedsstaat beabsichtigte Richtung lenken kann.²⁴ Der EuGH gewährt den Mitgliedstaaten dabei einen gewissen Prognosespielraum,²⁵ der dazu führt, dass nur offensichtlich protektionistische Maßnahmen als nicht geeignet einzustufen sind. Der EuGH hat sich dabei gegenüber dem Argument der Wechselwirkung zwischen der Honorarhöhe und der Qualität der Leistung im Gegensatz zu der von der Europäischen Kommission in ihren Schlussanträgen vorgetragene und nunmehr in ihrem Aufforderungsschreiben erneut vorgebrachte Auffassung bereits in der aus dem Jahr 2006 stammenden Rechtssache *Cipolla*²⁶ aufgeschlossener gezeigt.

Bei der vom EuGH geforderten Gesamtschau unter Berücksichtigung der Besonderheiten des fraglichen Marktes lassen sich eine Reihe von Indizien finden, die belegen, dass die in der HOAI enthaltenen Mindestsätze einen unverzichtbaren Beitrag zur Qualitätssicherung leisten.

a) Gewährleistung der Unabhängigkeit und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Anbieter als unverzichtbare Grundlage für qualitätsvolle Arbeit

Die Mindestsätze der HOAI stellen in erster Linie sicher, dass die Dienstleistungserbringer ihre Unabhängigkeit und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit auch im Sinne des Grundsatzes der Trennung von Planung und Bauausführung bewahren. Sie haben nicht zum Zweck, ein bestimmtes Vergütungsniveau für eine einzelne Berufsgruppe abzusichern, sondern stellen eine unverzichtbare Grundlage für qualitätsvolle Arbeit dar, da die Dienstleistungserbringer nur so in der Lage sind, ihre Tätigkeit unter Einhaltung aller ihnen zum Schutz der Verbraucher und Dienstleistungsempfänger auferlegten beruflichen Pflichten auszuüben. Der Hinweis der Kommission darauf, dass Mindesthonorarsätze nicht verhindern können, dass Dienstleistungen schlechter Qualität erbracht werden, ist gleichermaßen zutreffend wie irrelevant. Für die Eignung zur Qualitätssicherung ist nicht

²³ Becker in: Schwarze, EU-Kommentar, Artikel 30, Rn. 64 ff. Auch wenn die Erörterung der Begrifflichkeiten im Rahmen der Warenverkehrsfreiheit erfolgt, sind diese auf alle anderen Grundfreiheiten übertragbar, da es sich um einen allgemeinen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts handelt.

²⁴ Schroeder in: Streinz, EUV/EGV, Artikel 30, Rn. 52.

²⁵ Insbesondere EuGH, Rs. C-293/93 - *Houtwipper*, Rn. 22; EuGH, C-265/95 - *Kommission/Frankreich*, Rn. 33.

²⁶ EuGH, Rs. C-94/04 - *Cipolla*, Rn. 63.

ausschlaggebend, ob durch die Mindesthonorarsätze schlechte Leistungen in jedem Einzelfall *ausgeschlossen* werden. Maßgeblich ist vielmehr, dass durch die HOAI das generelle Qualitätsniveau gesteigert wird. Insoweit ist von dem Erfahrungssatz auszugehen, dass die Sicherung einer ausreichenden Mindestvergütung den Dienstleistungserbringer in die wirtschaftliche Lage versetzt, eine qualitativ hochwertige Leistung zu erbringen. Die Mindesthonorarsätze schaffen daher die Möglichkeit und steigern maßgeblich die Wahrscheinlichkeit, dass Architekten und Ingenieure qualitätsvolle Arbeit leisten. Gerade angesichts des existierenden Überangebots an Architekten am Markt drohte bei Wegfall der Mindesthonorarsätze ein Abrutschen der Honorare bis zu dem Punkt, zu dem qualitativ hochwertige Planungsleistung nicht mehr kostendeckend erbracht werden kann. Im Gegenzug und in positiver Hinsicht setzt die HOAI über die Mindesthonorarsätze einen starken Anreiz für Qualitätswettbewerb. Indem Wettbewerbsvorsprünge nur begrenzt über den Preis erzielt werden können, sind die Architekten und Ingenieure gezwungen, sich am Markt über die Qualität ihrer Dienstleistung zu profilieren. Es lässt sich nicht bestreiten, dass die Schaffung einer Anreizsituation für Qualitätswettbewerb unmittelbar geeignet ist, ein hohes Qualitätsniveau zu sichern.

Insgesamt sind die Mindesthonorarsätze daher geeignet, im Sinne des Verbraucherschutzes zur Qualitätssicherung beizutragen.

b) Berücksichtigung öffentlicher Belange

Mindestsätze sind darüber hinaus ein geeignetes Mittel, um die Erfüllung von ursprünglich den Baubehörden zugewiesenen Aufgaben zu gewährleisten, die Architekten und Ingenieure aufgrund der Deregulierungsmaßnahmen in steigendem Maße zu erbringen haben. Im Rahmen der vorgenommenen Deregulierung des öffentlichen Baurechts sind die Genehmigungserfordernisse für die meisten Bauwerke auf ein unerlässliches Minimum zurückgefahren worden, so dass in der Regel nur noch sog. Sonderbauten²⁷ einer bauaufsichtlichen Prüfung unterliegen. Durch den Wegfall des sog. „Vier-Augen-Prinzips“ hat sich das faktische Risiko für den Planer verschärft.

²⁷ Sonderbauten sind Anlagen und Räume besonderer Art oder Nutzung, die einen der in den Bauordnungen der Länder aufgeführten Tatbestände erfüllen (siehe z.B. § 2 Abs.4 BauO Bln: Nr.1 Hochhäuser, Nr.2 bauliche Anlagen mit einer Höhe von mehr als 30m, etc).

Es liegt auf der Hand, dass die mangelfreie Erfüllung dieser Leistungen (z.B. Sicherheitsnachweise) im besonderen Interesse der Öffentlichkeit liegt. Dumpingpreise oder Preiswettbewerb in diesen sensiblen Bereichen würde den Intentionen des Gesetzgebers entgegenstehen und auch Belange der öffentlichen Sicherheit erheblich tangieren.

c) Berücksichtigung des Haftungsrisikos

Die Mindestsätze der HOAI berücksichtigen das Haftungsrisiko²⁸ dieser Berufsgruppe.

Das gesteigerte Haftungsrisiko für Architekten und Ingenieure ergibt sich in erster Linie aus den hohen Haftungssummen, die im Hinblick auf die durchschnittlichen Kosten eines Bauvorhabens im Raum stehen, und zudem aus der in den letzten Jahren gestiegenen Verantwortung für die Genehmigungsplanung.²⁹ Zudem ist zu berücksichtigen, dass Architekten und Ingenieure gegenüber dem Auftraggeber regelmäßig zusammen mit den Bauunternehmern als Gesamtschuldner haften und damit im Innenverhältnis zusätzlich deren Insolvenzrisiko tragen.³⁰

Zwar wird die Haftungssumme im Schadensfall in der Regel über die Berufshaftpflichtversicherung abgedeckt, jedoch muss der Dienstleister dafür hohe Versicherungsprämien finanzieren.³¹ Zudem kommt es aufgrund der im Baubereich typischerweise hohen Schadenssummen nach dem Eintreten der Versicherung im Schadensfall üblicherweise zu Prämiensteigerungen. Bei wiederholtem Eintreten der Versicherung steht zudem regelmäßig die Kündigung durch die jeweilige Versicherung im Raum. Dies kann in Anbetracht der begrenzten Anzahl der zur Verfügung stehenden Berufshaftpflichtversicherer bei wiederholten Kündigungen zu Schwierigkeiten bei der Suche nach einer neuen Haftpflichtversicherung führen, ohne die der jeweilige Dienstleister seine Tätigkeiten grundsätzlich nicht weiter anbieten kann.

²⁸ Zur Sachlage der Haftungssituation deutscher Ingenieure und Architekten vgl. auch die Ausführungen unter B. I. dieser Stellungnahme.

²⁹ Immer mehr Versicherungen ziehen sich aus dem Markt zurück und bei den verbleibenden steigen die Prämien ins Unermessliche, vgl. etwa zum Rückzug der Zurich Insurance plc aus dem Segment Berufshaftpflicht der Architekten und Ingenieure zum 1. Januar Mikosch in DIB 11/2012, S. 46-48, Berufshaftpflichtversicherung: Der Markt wird eng.

³⁰ Ausgangspunkt der in den letzten Jahrzehnten in dieser Hinsicht weiterentwickelten Rechtsprechung war der Beschluss des BGH vom 1. Februar 1965 – GSZ 1/64, BGHZ 43, 227.

³¹ Siehe hierzu die Darstellung von Mikosch in DIB 11/12, S. 46-48, Berufshaftpflichtversicherung: Der Markt wird eng; sowie <http://dabonline.de/2009/06/01/teurer-schutz-vor-teuren-fehlern/>.

d) Gefahr eines qualitätsbeeinträchtigenden Wettbewerbes zulasten der Verbraucher

Vor dem Hintergrund der vorstehenden Argumente besteht beim Wegfall der verbindlichen Mindestsätze der HOAI die vom EuGH in der Rechtssache *Cipolla* angesprochene Gefahr, dass es zwischen den Anbietern zu einem vorrangig über den Preis geführten qualitätsbeeinträchtigenden Wettbewerbes auf Kosten der Verbraucher kommt.

Wie auch der dem EuGH-Verfahren *Cipolla* zugrunde liegende italienische Anwaltsmarkt ist der Markt für Architekten und Ingenieure in Deutschland durch eine Überzahl von Anbietern geprägt. Nach den Zahlen des Statistischen Bundesamtes für das Jahr 2013 waren rund 600.000 Architekten und Ingenieure in Deutschland tätig.

Der Wegfall der Mindestsätze der HOAI würde folglich in Anbetracht der in Deutschland vorherrschenden hohen Anzahl von Architekten und Ingenieuren den Wettbewerb zulasten der Qualität auf den Preis verlagern. Ein weiterer Preiswettbewerb durch Aufgabe der Mindestsätze würde in Deutschland zu einem Verdrängungswettbewerb zu Lasten der überwiegend mittelständisch und freiberuflich geprägten Architektur- und Ingenieurbüros³² führen.

e) Asymmetrie der Information zwischen Anbieter und Verbraucher bzw. Dienstleistungsnehmer

Die EU-Kommission weist in ihrem Aufforderungsschreiben auf Seite 9 auf die „asymmetrische Information“ hin, durch die sich die Märkte für berufliche Dienstleistungen auszeichnen. Der Markt für Architekten- und Ingenieurdienstleistungen ist angesichts der Komplexität der erbrachten Leistungen und der in weiten Teilen eingeschränkten Möglichkeiten der Kunden, die ordnungsgemäße Ausübung dieser Tätigkeiten wirksam zu kontrollieren, tatsächlich durch eine ausgeprägte Informationsasymmetrie gekennzeichnet. Durch die in der HOAI enthaltenen verbindlichen Vergü-

³² Zur Tatsache, dass in Deutschland Ingenieur- und Architekturbüros weitgehend mittelständisch und freiberuflich organisiert sind, vgl. die Arbeitsmarkt-Information der Bundesagentur für Arbeit, <http://statistik.arbeitsagentur.de/Navigation/Statistik/Arbeitsmarktberichte/Akademiker/Akademiker-Nav.html>, 2013, S. 14.

tungssätze ist es den Kunden derzeit möglich, selbst zu beurteilen, ob der vom Architekten bzw. Ingenieur angebotene Preis angemessen ist.

Beim Wegfall der Mindestsätze der HOAI würde der ursprüngliche Wissens- und Beurteilungsvorsprung der Anbieter hinsichtlich der Frage, ob das verlangte Honorar auch die für die qualitätsvolle Erbringung der Leistung notwendigen Kosten deckt, wiederhergestellt. Die Verlagerung des Wettbewerbes von der Qualität auf den Preis würde somit die Abgabe von nicht kostendeckenden Billigangeboten erleichtern, bei denen zwangsläufig zur Aufrechterhaltung der Wettbewerbsfähigkeit an der Qualität der Dienstleistung gespart werden müsste, ohne dass sich der Kunde dessen bewusst wäre.

f) Zusammenhang zwischen Preis und Qualität als dem Vergaberecht zugrundeliegender Rechtsgedanke

Der Kausalzusammenhang zwischen Angebotspreis und Leistungsqualität liegt als allgemeiner Rechtsgedanke bereits dem europäischen Vergaberecht zugrunde.

Die Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.02.2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG erkennt in Erwägungsgrund 103 an, dass Angebote, deren Preis im Verhältnis zu den angebotenen Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen ungewöhnlich niedrig erscheinen, auf technisch, wirtschaftlich oder rechtlich fragwürdigen Annahmen oder Praktiken basieren können. Sie räumt dem Auftraggeber daher für den Fall, dass der Bieter keine hinreichende Begründung dafür geben kann, die Befugnis ein, das Angebot abzulehnen (Art. 69 Abs. 1-3). In Anknüpfung hieran sieht § 16 Abs. 6 Nr. 1 VOB/A vor: „Auf ein Angebot mit einem unangemessen hohen oder niedrigen Preis darf der Zuschlag nicht erteilt werden.“

Wie in der Rechtsprechung mehrfach festgestellt wurde, liegt der Zweck dieser Vorschriften darin, den Auftraggeber vor ruinösen Angeboten zu schützen, die aufgrund ihres zu niedrigen Preises keine ordentliche Ausführung erwarten lassen.³³ „Der Auftraggeber läuft bei der Zuschlagserteilung auf ein Unterangebot Gefahr, dass der

³³ OLG Düsseldorf, VergabeR 2001, 128; BayObLG ZfBR 2001, 45; BGH, Beschluss vom 31.08.1994 - 2 StR 256/94 - NJW 1995, 737; ders. BauR 1980, 63.

Auftragnehmer in wirtschaftliche Schwierigkeiten gerät und den Auftrag nicht oder nicht ordnungsgemäß, insbesondere nicht mängelfrei, zu Ende führt“.³⁴

Auch stellen z.B. die Vergaberichtlinie 2004/18/EG (dort unter ausdrücklichem Hinweis auf Vergütungsregelungen für Architekten und Ingenieure) sowie die Nachfolgerichtlinie 2014/24/EU an mehreren Stellen klar, dass die Zuschlagskriterien nicht die Anwendung nationaler Vergütungsordnungen beeinträchtigen dürfen³⁵.

Diese Regelungen verdeutlichen, dass der europäische Richtlinien-Gesetzgeber selbst einen kausalen Zusammenhang zwischen Preis und Qualität einer Leistung sieht. Wie sich aus den zitierten Vorschriften und der in Bezug genommenen Rechtsprechung ergibt, spricht bei ungewöhnlich niedrigen Preisen die Vermutung des ersten Anscheins dafür, dass diese Preise auf Kosten der Qualität der zu erbringenden Leistung gehen. Die mit Blick auf Honorarordnungen aufgestellte These der Kommission, dass zwischen Mindestpreisen und Qualitätswahrung kein erkennbarer Zu-

³⁴ BayObLG, Beschl. v. 18.9.2003, Verg 12/03. S. auch Vergabekammer des Bundes, Beschluss vom 20.04.2005 – VK 1/23-05: „Vor diesem Hintergrund kann es dem Auftraggeber nicht zugemutet werden, ein ihm unauskömmlich erscheinendes Angebot zunächst anzunehmen und bei nicht ordnungsgemäßer Leistungserbringung seine Rechte sodann auf der Ebene der Vertragsdurchführung durchzusetzen. Das Vergaberecht will gerade dies verhindern, indem es Angebote, die erhebliche Zweifel an einer ordnungsgemäßen Vertragsdurchführung erwarten lassen, von vornherein aus dem Kreis der zuschlagsfähigen Angebote ausschließt“.

³⁵ **In der Richtlinie 2004/18/EG**

Erwägungsgrund 47: „Bei öffentlichen Dienstleistungsaufträgen dürfen die Zuschlagskriterien nicht die Anwendung nationaler Bestimmungen beeinträchtigen, die die Vergütung bestimmter Dienstleistungen, wie beispielsweise die Vergütung von Architekten, Ingenieuren und Rechtsanwälten, regeln oder – bei Lieferaufträgen – die Anwendung nationaler Bestimmungen, die feste Preise für Schulbücher festlegen, beeinträchtigen.“

„Art. 53 Abs. 1 Zuschlagskriterien: Der öffentliche Auftraggeber wendet unbeschadet der für die Vergütung von bestimmten Dienstleistungen geltenden einzelstaatlichen Rechts und Verwaltungsvorschriften bei der Erteilung des Zuschlags folgende Kriterien an: (...)“

In der Richtlinie 2014/24/EU

Erwägungsgrund 92: „(...) Die Zuschlagskriterien sollten jedoch keinerlei Auswirkungen auf die Anwendung von nationalen Bestimmungen zur Festlegung der Vergütung für bestimmte Dienstleistungen oder zu Festpreisen für bestimmte Lieferungen haben.“

Erwägungsgrund 93: „Es sollte klargestellt werden, dass es in den Fällen, in denen die Vergütung für bestimmte Dienstleistungen oder Festpreise für bestimmte Lieferungen durch nationale Vorschriften festgelegt sind, auch weiterhin möglich ist, das Preis-Leistungs-Verhältnis auf der Grundlage anderer Faktoren als ausschließlich des Preises oder der Vergütung zu bewerten. (...)“

„Art. 67 Abs.1 Zuschlagskriterien: Die öffentlichen Auftraggeber erteilen unbeschadet der für den Preis bestimmter Lieferungen oder die Vergütung bestimmter Dienstleistungen geltenden nationalen Rechts- und Verwaltungsvorschriften den Zuschlag auf der Grundlage des wirtschaftlich günstigsten Angebots.“

sammenhang bestehe, widerspricht somit anderweitiger europäischer Gesetzgebung.

2. Schutz der Verbraucher und der Dienstleistungsnutzer vor Missbrauch bei der Honorarabrechnung

Die in der HOAI enthaltenen verbindlichen Vergütungssätze gewährleisten Kostentransparenz für die Verbraucher und Dienstleistungsnutzer und verhindern – entgegen der im Aufforderungsschreiben der EU-Kommission (dort S. 10) geäußerten Ansicht – Missbrauch bei der Honorarabrechnung. Da auch dieses Ziel unter den Begriff des Verbraucherschutzes fällt, ist eine Rechtfertigungsmöglichkeit der in der HOAI enthaltenen verbindlichen Vergütungssätze auf Grundlage von Artikel 15 Abs.3 (b) DL-RL in Verbindung mit Artikel 4 Nr. 8 DL-RL eröffnet.

Die Aufrechterhaltung eines hohen Qualitätsniveaus der von einer reglementierten Berufsgruppe erbrachten Dienstleistungen wird sowohl von der Kommission³⁶ als auch vom EuGH³⁷ als Ziel von öffentlichem Interesse und damit als zur Rechtfertigung geeigneter zwingender Grund des Allgemeininteresses akzeptiert.

3. Keine Wirkung der Mindestsätze der HOAI auf den Marktzugang³⁸

Nach Auffassung der EU-Kommission behindern Mindesttarife den Marktzugang und Konkurrenz der Unternehmen.

³⁶ Siehe z.B. begründete Stellungnahme der Kommission gegenüber Italien vom 21.12.2005, C(2005)5894

³⁷ Siehe z.B. EuGH, Rs. 94/04 – *Cipolla/Portolese*, Rn. 64 und EuGH, Rs. C-233/94 – *Einlagensicherungssysteme*, Rn. 16 mit weiteren Nachweisen; EuGH, C-58/98 – *Corsten*, Rn. 38 (im Hinblick auf die Sicherung der Qualität handwerklicher Arbeiten zur Bewahrung der Abnehmer vor Schäden). Generalanwalt Léger hat in seinen Schlussanträgen zur Rs. C-35/99 – *Arduino*, Rn. 112, zur Begründung des öffentlichen Interesses zu Recht darauf abgestellt, dass die von Architekten erbrachten Leistungen „wesentliche Aspekte der Gesellschaft, wie etwa [...] die öffentliche Sicherheit und den Städtebau [betreffen]. Diese Dienstleistungen können sich direkt und unmittelbar auf grundlegende Aspekte des Lebens der Bürger, wie etwa ihre körperliche Unversehrtheit, auswirken. [...] Diese Leistungen [haben] auch Außeneffekte in Form von Gewinnen oder Verlusten für die Gesellschaft als Ganzes. Die Nachfrage nach beruflichen Dienstleistungen ist oft abgeleiteter Natur, was bedeutet, dass der Output (Plan eines Architekten) Zwischenstück einer längeren Produktionskette ist. Die Qualität dieser Dienstleistungen bildet demnach einen der entscheidenden Inputs in vielen Bereichen der Volkswirtschaft. Außerdem zeichnen sich die Märkte für berufliche Dienstleistungen durch eine asymmetrische Information aus. Da der Verbraucher die Qualität der angebotenen Dienstleistungen nur selten beurteilen kann, ist es unerlässlich, gewisse Regelungen zur Aufrechterhaltung der Qualität dieser Dienstleistungen aufzustellen.“ Dies gilt in entsprechender Weise für Ingenieur-Dienstleistungen.

³⁸ Vgl. zum Folgenden: Ausführungen unter B. I. dieser Stellungnahme sowie Rechtsgutachten Freshfields Bruckhaus Deringer, aaO, S. 42-47.

Die Erfahrungen in der Praxis zeigen, dass die verbindlichen Mindest- und Höchstsätze keine messbaren Auswirkungen auf Niederlassungs- oder Tätigkeitsentscheidung von EU-Ausländern in Deutschland haben.

a) Geringer Anteil der Honorarkosten an den Baukosten

Die Honorarkosten spielen bei der Kundenentscheidung im Hinblick auf ihren geringen Anteil an den Gesamtkosten des Bauvorhabens nur eine untergeordnete Rolle.

Nach Auskunft des BKI (Baukosteninformationszentrum Deutscher Architektenkammern GmbH) liegen die Kosten für Architekten- und Ingenieurleistungen in Deutschland derzeit im Durchschnitt bei ca. 18% der Nettoherstellkosten des Objektes.³⁹ In Anbetracht des für ein Bauvorhaben in der Regel erforderlichen Investitionsbetrages und den bei einer Fremdfinanzierung anfallenden Zinszahlungen kommt dem Architekt- oder Ingenieurhonorar daher bei der Entscheidung des Kunden für einen bestimmten Anbieter nur ein geringeres Gewicht zu.

b) Kaum grenzüberschreitender Verkehr

Neben der geringen Relevanz der Honorarhöhe für die Kundenentscheidung ist zu berücksichtigen, dass die Zahl der nicht in ihrem Zulassungsstaat niedergelassenen Architekten und Ingenieure in den letzten Jahrzehnten unverändert niedrig geblieben ist. Dass der geringe Umfang an grenzüberschreitendem Architekten- und Ingenieurverkehr nicht auf die Honorarsätze der HOAI zurückzuführen ist, zeigt sich daran, dass auch in anderen Mitgliedstaaten, in denen keine Mindest- oder Höchstsätze gelten, die Marktdurchdringung durch ausländische Architekten und Ingenieure nicht größer ist⁴⁰.

³⁹ Dieser Wert wurde vom BKI im Rahmen eines Forschungsauftrages des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung zu den Nettoherstellkosten im Hinblick auf die Summe der Kosten für die Kostengruppe 300 (Baukonstruktion) und 400 (Technische Anlagen) ermittelt. Bezogen auf die Gesamtkosten nach DIN 276 (Kostengruppen 200-600 brutto) ist der Honorarkostenanteil daher noch erheblich geringer, vgl. Freshfields, aaO, S. 43.

⁴⁰ Vgl. Freshfields, aaO, mit Hinweis auf die für die GD Binnenmarkt der Europäischen Kommission erstellten Statistiken über die Wanderbewegung von Architekten sowie bundesdeutsche Statistiken der Architektenkammern über die Tätigkeit auswärtiger Architekten, S. 44.

c) Marktzugangshindernisse sind in erster Linie die unterschiedlichen Rechtssysteme⁴¹ und Landessprachen

Architekten- und Ingenieurleistungen sind in starkem Maße durch das Bauordnungs- und Bauplanungsrecht des Bundes und der Länder⁴², DIN-Normen und Richtlinien geprägt, so dass ohne profunde Kenntnis der jeweiligen Regelungen im Aufnahmestaat keine verlässliche rechtliche Absicherung des Bauvorhabens möglich ist. Zudem handelt es sich bei Architekten- und Ingenieurleistungen um Dienstleistungen, die zur gemeinsamen Entwicklung der Planungsaufgabe eine intensive Kommunikation zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer erfordern. Ohne fundierte Kenntnisse der jeweiligen Landessprache ist dies genauso wenig möglich, wie die notwendige Kommunikation mit den nationalen Bauordnungsbehörden und den bauausführenden Firmen vor Ort.

Die Befragung von Architekten in 24 Mitgliedsstaaten der Europäischen Union, sowie in der Türkei und der Schweiz im Rahmen der Sector Study „The Architectural Profession in Europe 2014“ hat ergeben, dass Hindernisse, in einem anderen Land tätig zu werden weit überwiegend in den folgenden Gründen gesehen werden:

- Praktische Probleme, wie die Umsetzung von Arbeitskräften, sowie persönliche Gründe: 47%
- Mangelnde Sprachkenntnisse: 38%
- Fehlende Kenntnisse des Bau- und Planungsrechts: 37%
- Mangelnde Kenntnisse des lokalen Marktes: 26%⁴³

Vor dem Hintergrund der beschriebenen Zugangshindernisse erklärt sich auch, warum sich im Hinblick auf die Anzahl von aus dem EG-Ausland stammenden Architekten und Ingenieuren in den Mitgliedstaaten, in denen Gebühren- bzw. Honorarordnungen mittlerweile abgeschafft worden sind (wie z.B. Italien und Belgien), bis heute keine nennenswerte Änderung ergeben hat.

⁴¹ Vgl. insoweit die Ausführungen im Anhang zu dieser Stellungnahme.

⁴² So existieren in Deutschland allein 16 verschiedene Landesbauordnungen.

⁴³ Mirza & Nacy Research, „The Architectural Profession in Europe 2014“ S.54

Mit 11% der Nennungen wurde auch die Unkenntnis von örtlichen Gebührenordnungen oder Tarifen angegeben. Diese vergleichsweise geringe Zahl ist in diesem Zusammenhang aber ohne Bedeutung, da sie keine Aussage darüber zulässt, ob das Bestehen von Mindestsätzen als solches einen Hinderungsgrund für eine grenzüberschreitende Niederlassung darstellt oder nicht. Nach dem Bestehen verbindlicher Gebührenordnungen als Hinderungsgrund wurde in der Studie auf Grund der geringen Relevanz hingegen nicht explizit gefragt.

Als Ergebnis lässt sich festhalten, dass die tatsächliche Situation auf dem Markt der Architekten- und Ingenieurdienstleistungen die These der Beschränkung des Marktzuganges durch die Honorarsätze der HOAI widerlegt. Die von diesen Regelungen ausgehenden Wirkungen sind im Sinne der Rechtsprechung des EuGH zu ungewiss und zu mittelbar, als dass sie eine tatsächliche Beschränkung der Niederlassungsfreiheit darstellen würden.

III. Begründung der Verhältnismäßigkeit der HOAI

Nach Auffassung der EU-Kommission sind die Mindestsätze der HOAI auch nicht verhältnismäßig im Sinne von Art. 15 Abs. 3 c) DL-RL. Die Beschränkung der Geltung auf Inländer sowie die in Deutschland geltenden Ausnahmen zur Unterschreitung der Mindestsätze werden als nicht ausreichend erachtet. Die EU-Kommission schlägt zur Sicherung der Qualität Regelungen zur Berufszulassung, zur Berufsausübung und zur Haftung der Architekten und Ingenieure vor.

1. Berufsausübungs- und Berufszulassungsrecht keine Alternative

In der Bundesrepublik Deutschland gibt es für die Architekten und Ingenieuren kein umfassendes Berufsausübungs- und Berufszulassungsrecht. In den Baukammer-, Architekten- und Ingenieurgesetzen der Bundesländer sind lediglich die Voraussetzungen zur Führung der geschützten Berufsbezeichnungen „Architekt“, „Innenarchitekt“, „Landschaftsarchitekt“, „Stadtplaner“ und „Beratender Ingenieur“ geregelt. Eine Eintragung in die entsprechende Liste verleiht nur das Recht, die entsprechende Berufsbezeichnung zu führen und unter dieser geschützten Berufsbezeichnung auf dem Markt tätig zu werden. Die Berufsausübung selber ist nicht reglementiert, so dass neben Architekten und Ingenieuren auch sonstige Anbieter, wie bauausführende Unternehmen und Techniker dieselben Leistungen am Markt anbieten. Zwar ist es die Pflicht der Berufskammern der Architekten und Ingenieure, berufswidriges Verhalten ihrer Mitglieder zu verfolgen, so dass für diese Berufsgruppe, wenn auch nur repressiv auf die qualitätsvolle Leistungserbringung hingewirkt werden kann. Hiervon werden jedoch nicht alle Anbieter von Planungsleistungen erfasst. Folglich reichen die für Architekten und Ingenieure geltenden Berufsregeln nicht aus, um im Sinne der Rechtsprechung des EuGH in seinem Ur-

teil zur Rechtssache Cipolla, die Ziele des Verbraucherschutzes zu erreichen. Demgegenüber können die Vorschriften der HOAI diesen Schutz gewährleisten, da diese Regelungen konsequenterweise nicht auf eine bestimmte Personengruppe wie die Architekten und Ingenieure angewendet werden, sondern ausschließlich leistungsbezogen. Dies führt dazu, dass alle Anbieter bestimmter Planungsleistungen diesen qualitätssichernden Regelungen unterfallen, unabhängig von der Zugehörigkeit zur Berufsgruppe der Architekten und Ingenieure. Der Leistungsbezug der HOAI wird vom Bundesgerichtshof wie folgt begründet: „Ein ‚ruinöser Preiswettbewerb bei Architekten- und Ingenieurleistungen‘ wird jedenfalls nur dann wirkungsvoll unterbunden, wenn alle Anbieter denselben Preisregeln unterliegen. Da die Tätigkeit der Architekten und Ingenieure im Gegensatz zu ihrer Berufsbezeichnung gesetzlich weitgehend nicht den eingetragenen Architekten und Ingenieuren vorbehalten ist, kann das nur erreicht werden, wenn alle Anbieter von Leistungsbildern der HOAI gleichmäßig deren Regeln unterstellt werden.“⁴⁴

Sofern sich die EU-Kommission auf den Standpunkt stellt, dass der deutsche Gesetzgeber ein Berufsausübungsgesetz schaffen müsse, so gäbe es zwei Handlungsalternativen. Zum einen könnte man die Planungsleistungen der Architekten und Ingenieure als Vorbehaltsaufgaben definieren, mit der Folge, dass diese Leistungen nur von Personen erbracht werden dürfen, die Mitglied einer Architekten- oder Ingenieurkammer sind. Zum anderen könnte man die Kammermitgliedschaft auf alle Berufsgruppen ausdehnen, die Planungsleistungen erbringen. Beiden Ansätze bedeuten einen sehr viel größeren Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit als die Einhaltung verbindlicher Vergütungssätze. Im Übrigen hat sich die EU-Kommission in Art. 59 der Berufsqualifikationsrichtlinie gegen eine Verschärfung der Berufszugangsregelungen gewandt. Die leistungsbezogene HOAI mit den dort geregelten Mindestsätzen ist also das derzeit einzig geeignete Instrument, insgesamt die im Interesse der Öffentlichkeit liegenden Mindeststandards sicherzustellen.

2. Festlegung von Leistungsbildern ohne Verknüpfung mit Mindestsätzen ist zur Zielerreichung nicht gleichermaßen geeignet

Auch die Schaffung eines für alle Architekten- und Ingenieurdienstleistungen geltenden Leistungskataloges ist zur Zielerreichung nicht gleichermaßen geeignet.

⁴⁴ BGH, Urt. V. 22.05.1997 – VII ZR 290/95, BauR 1997, 677

Ein solcher Leistungskatalog, der die für die verschiedenen Leistungsphasen abrechenbaren Einzelleistungen abschließend aufzählt, könnte zwar gewisse Leistungstransparenz schaffen. Der Dienstleistungsempfänger wäre jedoch in Anbetracht der bereits erörterten Informationsasymmetrie ohne die bisherige Verknüpfung mit entsprechenden Mindestsätzen nicht in der Lage nachzuvollziehen, ob es dem Anbieter mit dem für die einzelnen Leistungen verlangten Honorar überhaupt tatsächlich möglich ist, die jeweilige Leistung in der notwendigen Qualität zu erbringen.

Auch die von der Kommission⁴⁵ vorgeschlagene „Veröffentlichung historischer oder erhebungsgeschätzter Angaben durch unabhängige Dritte (z.B. eine Verbraucherorganisation) [...] als „Leitfaden“ stellt keine gleichermaßen geeignete Alternative dar. Aus solchen Statistiken lässt sich allein das derzeit am Markt vorherrschende durchschnittliche Preisniveau für regelmäßig nicht vergleichbare Leistungen ablesen, jedoch ergibt sich daraus nicht, ob die verlangten Honorare - auch im Hinblick auf die Vielgestaltigkeit und Individualität im Einzelfall - in einem angemessenen Verhältnis zur erbrachten Qualität stehen.

Schließlich ist der Vorschlag der EU-Kommission⁴⁶, die Höhe der verlangten Honorar beträge rechtlich überprüfen zu lassen, nicht praktikabel. Insbesondere würden die Verbraucher die Zusatzkosten tragen müssen, die – unabhängig von der Frage anhand welcher Basis und durch wen eine solche Überprüfung stattfinden sollte - durch eine etwaige rechtliche Überprüfung entstehen würden. In der Folge würden sich die Gesamtkosten zunehmend und gerade zu Lasten der Verbraucher erhöhen.

3. Kein ausreichender Schutz über das Haftungsrecht

Auch das Haftungsrecht für Architekten und Ingenieure trägt nicht gleichermaßen zur Gewährleistung eines hohen Qualitätsstandards bei wie die in der HOAI enthaltenen Mindestsätze.

Die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen stellt lediglich ein reaktives Instrument dar, welches von bestimmten rechtlichen Voraussetzungen abhängt und lediglich bei konkreten und für den Verbraucher erkennbaren Schäden

⁴⁵ Entscheidung der Kommission vom 24. Juni 2006, COMP/38.549 – Barème d'honoraires de l'Ordre des Architectes belges, Rn.99 zur Vereinbarkeit der belgischen Honorarordnung für Architekten mit Artikel 81 EG.

⁴⁶ Vgl. Aufforderungsschreiben der EU-Kommission vom 18.6.2015, S. 11.

zur Anwendung kommt. Gegenüber Maßnahmen einer generellen Sicherstellung einer hohen Qualität kann es daher kein milderes Mittel darstellen. Schadenersatz ist konzeptionell etwas anderes als Sicherung einer hohen Dienstleistungsqualität. Auch kann der Auszahlung der Schadenssumme durch den Haftpflichtversicherer unter Umständen ein langwieriger und kostenintensiver Rechtsstreit vorausgehen, dessen Ausgang für den Dienstleistungsempfänger alles andere als gewiss ist.

IV. Schlussfolgerung

Im Ergebnis sind die verbindlichen Vergütungssätze der HOAI mit der Niederlassungsfreiheit vereinbar. Zum einen sind sie bereits aufgrund ihrer zu mittelbaren bzw. zu ungewissen Wirkung auf dem Marktzugang nicht als Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit einzustufen zum anderen unter dem Gesichtspunkt des Schutzes der Verbraucher und der Dienstleistungsempfänger gerechtfertigt und geboten.

Die in der HOAI enthaltenen Mindesthonorarsätze zielen darauf ab und sind geeignet, ein qualitativ hohes Niveau der von Architekten und Ingenieuren erbrachten Dienstleistungen zu sichern.

Zwar mögen Mindesttarife die Kunden nicht umfassend davor schützen, dass einzelne Anbieter möglicherweise versuchen, die Qualität und die Kosten der eigenen Dienstleistung zu reduzieren und so ihren Gewinn zu erhöhen. Ein solches Verhalten lässt sich nicht gänzlich ausschließen. Eine solche Ausschlusswirkung ist für die Feststellung der Geeignetheit der in der HOAI enthaltenen verbindlichen Vergütungssätze allerdings auch nicht notwendig. Vielmehr reicht es aus, dass die staatliche Maßnahme unter Kausalitäts- und Wahrscheinlichkeitsaspekten den Geschehensablauf in die vom Mitgliedstaat beabsichtigte Richtung lenkt. Dieser Effekt ist vorliegend uneingeschränkt zu bejahen.

Anhang Planungsrechtliche Gegebenheiten in anderen europäischen Ländern

In anderen EU-Mitgliedstaaten finden sich völlig unterschiedliche bau- und planungsrechtliche Gegebenheiten, die Grundlage der jeweiligen Honorierungen sind, und damit arbeiten Büros aus anderen EU-Mitgliedstaaten unter anderen Voraussetzungen.

So hat eine rechtsvergleichende Untersuchung zu Kernfragen des Privaten Bauvertragsrechts in Deutschland, England, Frankreich, den Niederlanden und der Schweiz im Auftrag des Bundesministeriums für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz durch die Ruprechts-Karl-Universität Heidelberg, Institut für Ausländisches und Internationales Privat- und Wirtschaftsrecht grundverschiedene Regelungsansätze aufzeigen können:

- In der Schweiz etwa gibt es keine spezialgesetzlichen Regelungen für Bauverträge. Den Bedürfnissen der Baurechtspraxis trägt in der Schweiz ein Musterklauselwerk Rechnung⁴⁷.
- In den Niederlanden und England gibt es eine Kombination aus einigen baurechtsspezifischen Gesetzesnormen und verschiedenen Musterklauselwerken für unterschiedliche Bauvertragstypen.
- In den Niederlanden unterliegen Bauverträge teilweise den kaufrechtlichen und teilweise den werkvertraglichen Vorschriften des niederländischen Zivilgesetzbuches (Titel 1 und 12 von Buch 7). Darunter finden sich auch einige verbraucherschützende Vorschriften, die zwingender Natur sind. Die Bücher 3 und 6 des niederländischen Zivilgesetzbuches, die das allgemeine Vertragsrecht umfassen, spielen ebenfalls eine große Rolle. Ein Charakteristikum der niederländischen Baubranche ist die regelmäßige Verwendung von Modellverträgen⁴⁸.
- Das englische Recht hingegen, das auf Bauverträge Anwendung findet, umfasst kaum spezielle verbraucherschützende Normen⁴⁹. Die wichtigste

⁴⁷ Vgl. Bundesministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz, Schriftenreihe Angewandte Wissenschaft Heft 520, Rechtsvergleichende Untersuchung zu Kernfragen des Privaten Bauvertragsrechts in Deutschland, England, Frankreich, den Niederlanden und der Schweiz, S. 11.

⁴⁸ Ebd.

⁴⁹ Ebd., Anhang 2, Länderbericht England, S. 208.

englische Gesetzesregelung für Bauverträge findet sich im Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996. Dessen Regelungen sind zwingender Natur. Er gilt in seinem ersten Teil aber nur für staatlich subventionierte Bauvorhaben, und Teil 2 findet gem. section 106 gerade dann keine Anwendung, wenn der Auftraggeber selbst das zu errichtende Gebäude zu Wohnzwecken nutzen möchte. Auf mündlich geschlossene Verträge ist der Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996 generell nicht anwendbar (vgl. section 107). Das englische Bauvertragsrecht ist in erster Linie durch die Rechtsprechung Fall für Fall entwickelt worden. Die einzelnen Regelungen werden daher im jeweiligen Zusammenhang dargestellt⁵⁰.

Auch im Gesamtkontext aller am Bau Beteiligten hat der Architekt in Großbritannien einen völlig anderen Stellenwert als in Deutschland. Bereits in seiner Ausbildung liegt der Fokus auf Entwurf und Design; die Vermittlung technischer Disziplinen spielt dabei eine untergeordnete Rolle. Hierfür werden Fachplaner speziell ausgebildet. Im späteren Berufsleben arbeitet der Planer im Vereinigten Königreich mit einem Team von Spezialisten - allen voran mit Kostenplanern - zusammen, die ihn bei Detailfragen beraten. Aufgabe des Architekten im Bauablauf ist es dort, eine genehmigungsfähige Planung sowie Ausführungsdetails bereitzustellen (Lph 1 - 5 gemäß HOAI). Danach werden Projekte meist an einen Generalunternehmer übergeben, der die komplette Bauabwicklung übernimmt. Nun stellt der Generalunternehmer in England seinerseits den Architekten als Unternehmer an, um durch ihn die behördlichen Auflagen, vor allem Abnahmen, zu erlangen. Aufgrund der im Vergleich zu Deutschland geringeren bau- und planungsrechtlichen Regulierung ist eine Baugenehmigung daher wesentlich vom Verhandlungsgeschick des einreichenden Architekten abhängig⁵¹.

- Noch deutlicher werden die Unterschiede, wenn man die Situation in Frankreich betrachtet:

⁵⁰ Vgl. Bundesministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz, Schriftenreihe Angewandte Wissenschaft Heft 520, Rechtsvergleichende Untersuchung zu Kernfragen des Privaten Bauvertragsrechts in Deutschland, England, Frankreich, den Niederlanden und der Schweiz, S. 8.

⁵¹ Vgl. zur Situation in England: Architects Registration Board, www.arb.org.uk.

- In Frankreich findet sich eine hochkomplexe Kodifikation des Bauvertragsrechts mit zahlreichen Spezialregelungen für verschiedene Bauvertragstypen. Diese unterscheiden drei verschiedene Kategorien von Bauverträgen: Solche, die dem Werkvertrag zuzuordnen sind, solche, die dem Kaufvertrag zuzuordnen sind und schließlich solche, die dem Auftrag zuzuordnen sind. Innerhalb dieser drei Kategorien bestehen wiederum verschiedene Bauvertragstypen, die unterschiedlichen Regeln folgen⁵².

Frankreich hat sich auch völlig auf Generalunternehmer fixiert und dadurch die freiberuflichen Planer mit wenigen Ausnahmen auf die Ebene der Vorentwurfsleistung (Lph. 2 in Deutschland) zurückgedrängt. Ingenieure und Architekten sind dort vom Preisfindungsprozess (vergleichbar mit Lph. 5-7 in Deutschland) komplett ausgeschlossen. Ab Lph. 2 wird eine Art künstlerische Oberleitung zugestanden, die dazu geführt hat, dass französische Architekten teilweise schon an der Lph. 3 (Systemplanung) scheitern und bei Bauvorhaben im deutschen Sprachraum „in der Regel diskret von einheimischen Co-Planern unterstützt werden, die diese Defizite ausgleichen“⁵³. Eine weitere Folge der Zentralisierung der Bauwirtschaft zeigt der Vergleich:

- Die neun größten Baufirmen in Frankreich sind nur 3 Konzerne mit je 2 Tochterfirmen. Diese erwirtschaften jeweils 8-20 Mrd. € Umsatz und 7-9% Gewinn.
- Die zehn größten Baufirmen Deutschlands sind 2005 hingegen 10 verschiedene Unternehmen, sie erwirtschafteten jeweils 1,6 – 10,0 Mrd. € Umsatz und 0,3-0,5 % Gewinn.

Die Gewinne der französischen Baufirmen von 7-9 % bedeuten, dass für verrechnete 100 € nur 91-93 € vergleichbaren Wertes geliefert werden. Die Gewinnstruktur in Deutschland ist betriebswirtschaftlich gesehen sicher verbesserungswürdig. Die Tatsache, dass kein französischer Baukonzern erkennbar kontinuierlich im deutschen Hochbau tätig ist, zeigt aber auch, dass

⁵² Vgl. Bundesministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz, Schriftenreihe Angewandte Wissenschaft Heft 520, Rechtsvergleichende Untersuchung zu Kernfragen des Privaten Bauvertragsrechts in Deutschland, England, Frankreich, den Niederlanden und der Schweiz, S. 8.

⁵³ Lechner, Vergabe und Preisgestaltung als Rahmenbedingung der Qualitätssicherung, Abschlussbericht ZUKUNFT BAU des BMVBS und Bundesamtes für Bauwesen und Raumordnung (Berlin), Schriftenreihe Heft 26, Februar 2009, S. 32.

- die französischen Planer regelmäßig nicht in der Lage sind mit ihrer Hauptleistung im Vorentwurf das Qualitätsbewusstsein der ausführenden Firmen auf das notwendige Niveau einer Abnahmefähigkeit nach der deutschen VOB/C zu heben,
- das Überschreiben der - auch für französische Bauten notwendigen - Planungsleistungen auf die Totalunternehmer starke Qualitätsreduktionen verbunden mit Mehrkosten(=Gewinn)steigerungen bewirkt,
- „eine die Auftraggeber treuhänderisch vertretende Planungswirtschaft getrennt von ausführenden Firmen ein stark qualitätsförderndes und kostenoptimierendes Geschäftsmodell zu sein scheint⁵⁴.“

⁵⁴ Ebd.