

Die Fortgeltung der unionsrechtswidrigen Honorarsätze der HOAI

von Rechtsanwalt Dr. Michael Scheffelt, München



I. Einführung

Der EuGH hat in einem Vertragsverletzungsverfahren festgestellt,¹ dass die Bundesrepublik Deutschland gegen Art. 15 Abs. 1 Abs. 2g und Abs. 3 der Dienstleistungsrichtlinie² dadurch verstoßen hat, dass sie verbindliche Honorare für die Planungsleistungen von Architekten und Ingenieuren beibehalten hat. Die Entscheidung ist zwar keine Sensation, denn die Unionsrechtskonformität der HOAI³ ist bereits seit langem umstritten.⁴ Zuletzt hatte sich der Generalanwalt beim EuGH in diesem Sinne ausgesprochen.⁵ Über die Konsequenzen dieser Entscheidung insbesondere für bereits geschlossene Verträge ist aber innerhalb von Rechtsprechung und Rechtswissenschaft sowie auch in der Praxis alsbald eine Diskussion entbrannt. Die eine Fraktion meint, dass auch ein Zivilrichter ab sofort gezwungen sei, die HOAI außer Acht zu lassen. Mache daher ein Architekt oder Ingenieur auf der Basis der HOAI-Mindestsätze ein Honorar geltend, das über das vereinbarte Honorar hinausgeht, dürfe der Zivilrichter die HOAI nicht mehr anwenden und müsse die Klage abweisen.⁶ Andere sind dagegen der Ansicht, dass das Urteil des EuGH einen bloß feststellenden Charakter habe und nur für die Zukunft wirke.⁷ Jede Seite findet und zitiert Judikate des europäischen Gerichtshofs für ihre jeweilige Ansicht.

Die richtige Erkenntnis, dass nach der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 260 AEUV (früher Art. 228 EGV) ein Urteil für alle staatlichen Institutionen, also auch Gerichte, „verbindlich“ ist, ist notwendig, aber nicht hinreichend für die Schlussfolgerung, die HOAI habe auf bestehende Vertragsverhältnisse keine Auswirkungen mehr. In einem Grundsatzurteil von 1982 (Waterkeyn) hatte der EuGH eher vage formuliert: „(...) so hat der nationale Richter aufgrund der verbindlichen Wirkung, die dem Urteil des Gerichtshofs zukommt, gegebenenfalls den darin festgelegten rechtlichen Kriterien Rechnung zu tragen, um die Tragweite der von ihm anzuwendenden Vorschriften des Gemeinschaftsrechts zu bestimmen.“⁸ Ein klares Votum für eine Pflicht des Richters zur Nicht-

beachtung einer nationalen Norm sieht anders aus.

Nachfolgend wird gezeigt werden, dass es weder unionsrechtlich noch einfachgesetzlich oder verfassungsrechtlich weder eine Pflicht noch ein Recht des nationalen Richters gibt, die HOAI auf Vertragsver-

- 1 EuGH, Urt. v. 04.07.2019 – C-377/17, nachfolgend kurz: HOAI-Entscheidung.
- 2 Richtlinie 2006/1423/EG des europäischen Parlaments und des Rates v. 12.12.2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt (Dienstleistungsrichtlinie).
- 3 Verordnung über die Honorare für Architekten- und Ingenieurleistungen (Honorarordnung für Architekten und Ingenieure) in der Bekanntmachung v. 10.07.2013 (BGBl. I 13, S. 2276) mit Wirkung v. 17.07.2013.
- 4 Vergleiche zum Beispiel Randelzhofer/Dörr, Deutsches Architektenblatt 1996, 874 (886–888); Dörr, BauR 1997, 390 ff.
- 5 Schlussanträge v. 28.02.2019 – Rs. C-377/17.
- 6 So zum Beispiel LG Dresden, Beschl. v. 08.02.2018 – 6 O 1751/15 m. Anm. Lindner = IBR 2019, 384; LG Baden-Baden, Beschl. v. 07.05.2019 – 3 O 221/18 = IBR 2019, 385; OLG Celle, Urt. v. 17.07.2019 – 14 U 188/18 m. Anm. Kneip, IBR-online, Werkstattbeitrag v. 22.07.2019 und Anmerkung Steeger, IBR 2019, 502; OLG Dresden, Urt. v. 04.07.2019 – 10 U 1402/17 = IBRRS 2019, 2018; zustimmend Lindner, IBR 2019, 3123; LG Augsburg, Verfügung v. 09.07.2019 – 64 O 4632/18 m. Anm. Dingler, IBR-online, Werkstatt-Beitrag v. 24.07.2019; Bundesarchitektenkammer, unter www.bak.de/Berufspolitik/HOAI-1/; Heiko Fuchs, IBR 2019, 436; ders., in: Leseranmerkung zu Timo May, Braucht es wirklich schon einen Nachruf auf die HOAI?, IBR Werkstatt-Beitrag v. 21.05.2019; Preussner, Leseranmerkung zu Timo May, IBR-online Werkstatt-Beitrag v. 21.05.2019; Fuchs/van der Hout/Opitz, NZBau 2019, 483 (485/486).
- 7 OLG Naumburg, Urt. v. 13.04.2017 – 1 U 48/11 = IBR 2017, 378; LG Stuttgart, Beschl. v. 16.11.2018 – 28 O 375/17; Timo May, Braucht es wirklich schon einen Nachruf auf die HOAI? IBR Werkstatt-Beitrag v. 21.05.2019; Thiele, Leseranmerkung zu May, IBR Werkstatt-Beitrag v. 21.05.2019; in diesem Sinne und mit erfrischernder Deutlichkeit jüngst auch OLG Hamm, Urt. v. 23.07.2019 – 21 U 24/18 = BeckRS 2019, 15256 und KG Berlin, Hinweisbeschl. v. 19.08.2019 – 21 U 20/19 = IBRRS 2019, 2623 unter Ziffer II 3; Sturmberg, BauR 2019, 1505 (1511 ff.).
- 8 EuGH, verbundene Rechtssachen C-314-316/81 und C-83/82 (Comité National De Defense Contre L'Alcoolisme ./ Waterkeyn u.a.).

hältnisse, die vor dem Ergehen des EuGH-Urteils geschlossen wurden, nicht mehr anzuwenden. Dafür muss zunächst ein Blick auf den Inhalt und die unmittelbaren Auswirkungen der HOAI-Entscheidung geworfen werden.

II. Inhalt und Auswirkungen der EuGH-Entscheidung

1. Inhalt

Der EuGH stellt fest, dass die Beibehaltung von verbindlichen Honoraren für Planungsleistungen von Architekten und Ingenieure einen Verstoß gegen Art. 15 Abs. 1, Abs. 2g und Abs. 3 der Dienstleistungsrichtlinie darstellt, unabhängig davon, ob der zu entscheidende Sachverhalt über die Grenzen eines Mitgliedstaates hinaus weise.⁹ Prüfungsgegenstand des EuGH waren lediglich die zwingenden Mindest- und Höchst Honorarsätze der HOAI, die nachfolgend als „Honorarsätze“ bezeichnet werden. Die Dienstleistungsrichtlinie verbietet derartige Preisregelungen nicht generell, sondern macht sie davon abhängig, dass die Anforderungen des Art. 15 Abs. 3 der Dienstleistungsrichtlinie eingehalten werden. Diese Anforderungen sind zusammengefasst, dass 1. keine diskriminierende Anforderungen aufgrund der Staatsangehörigkeit oder des Ortes des satzungsmäßigen Sitzes (von Gesellschaften) gestellt werden dürfen, 2. diese Anforderungen erforderlich, nämlich durch einen zwingenden Grund des allgemeinen Interesses gerechtfertigt und 3. sie verhältnismäßig, d.h., geeignet sind zur Verwirklichung des verfolgten Ziels und nicht über das hinausgehend, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist; mit anderen Worten, es dürfen keine weniger einschneidenden Maßnahmen zum selben Ergebnis führen.¹⁰

Gemessen an diesen Maßstäben kommt der EuGH bezüglich der *Mindestsätze* zu dem Ergebnis, dass der Preis einer Leistung zwar grundsätzlich geeignet sein kann, das legitime Ziel der Qualität der Planungsleistungen zu verfolgen. Nachdem aber nicht nur Architekten und Ingenieure, sondern auch andere nicht reglementierte Dienstleistungsanbieter Planungsleistungen erbrächten, sei die deutsche Regelung inkohärent und deswegen nicht geeignet im oben dargestellten Sinne.¹¹

Höchstsätze könnten zwar zum Verbraucherschutz beitragen. Die Bundesrepublik habe jedoch nicht

begründet, weshalb etwa die weniger einschneidende Maßnahme, Preisorientierungen für die verschiedenen Leistungen zur Verfügung zu stellen, nicht ausreichen würde, um die gesetzgeberischen Ziele (Sicherung der Qualität der Planungsleistungen, Verbraucherschutz) in angemessener Weise zu erreichen. Höchstsätze wurden daher als nicht verhältnismäßig angesehen.¹²

Wegen des festgestellten Verstoßes gegen die Dienstleistungsrichtlinie hat der EuGH ausdrücklich nicht geprüft, ob die HOAI zusätzlich gegen die Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV) verstößt.¹³

Zusammengefasst: Festgestellt wurden nur Verstöße, soweit die HOAI Honorarsätze zwingend vorschreibt. Nicht entschieden wurde über die Konformität sonstiger Regelungen der HOAI, auch wenn diese mit den Honorarsätzen in engem Zusammenhang stehen sollten.¹⁴

2. Unmittelbare Auswirkungen

Ausgangspunkt des HOAI-Urteils war ein von der Europäischen Kommission beantragtes Vertragsverletzungsverfahren gem. Art. 260 AEUV. Dieser regelt in seinem Abs. 1:

„(1) Stellt der Gerichtshof der Europäischen Union fest, dass ein Mitgliedsstaat gegen eine Verpflichtung aus den Verträgen verstoßen hat, so hat dieser Staat die Maßnahmen zu ergreifen, die sich aus dem Urteil des Gerichtshofs ergeben.“

Der „Staat“ wird also verpflichtet, in der Zukunft tätig zu werden und unionsrechtmäßige Zustände herzustellen. Die Kommission hat dies zu überprüfen und kann den EuGH anrufen, nachdem sie diesem Staat zuvor Gelegenheit zur Äußerung gegeben hat. Sie hat dabei dann auch die Höhe des von dem betroffenen Mitgliedsstaat zu zahlenden Pauschalbetrags oder Zwangsgelds anzugeben, die sie den Umständen nach für angemessen hält.

9 EuGH, Ur. v. 04.07.2019 – C-377/17, Rdnr. 58; zuvor schon Ur. v. 30.01.2018, *College van Burgemeester* – C-360/15 und C-31/16 – Visser, Rdnr. 110.

10 EuGH, Ur. v. 04.07.2019 – C-377/17, Rdnr. 62.

11 EuGH, Ur. v. 04.07.2019 – C-377/17, Rdnr. 93.

12 EuGH, Ur. v. 04.07.2019 – C-377/17, Rdnr. 96.

13 EuGH, Ur. v. 04.07.2019 – C-377/17, Rdnr. 97.

14 So auch Sturmberg, *BauR* 2019, 1505 (1508).

Wenn der Gerichtshof die Ansicht der Kommission teilt, kann er die Zahlung eines Pauschalbetrages oder eines Zwangsgelds verhängen (Art. 260 Abs. 2 AEUV).

3. Mittelbare Auswirkungen

Aus dem Wortlaut dieser Regelungen könnte nun gefolgert werden, dass die Wirkungen des feststellenden Urteils des EuGH nur für die Zukunft gelten sollen. Erst wenn der Gesetzgeber seiner Verpflichtung nachgekommen sein wird, die unionsrechtswidrige Norm abzuändern, wird der nationale Richter daran gebunden sein. Eine derartige Auslegung würde aber die ständige Rechtsprechung des EuGH missachten, der unter „Staat“ i.S.d. Art. 260 Abs. 1 AEUV nicht nur die jeweilige Regierung, sondern alle staatlichen Stellen versteht.

„Gemäß dieser Bestimmung haben alle Organe des betreffenden Mitgliedsstaates die Pflicht in ihren jeweiligen Zuständigkeitsbereich die Durchführung des Urteils des Gerichtshofs zu gewährleisten. Stellt das Urteil die Unvereinbarkeit bestimmter Rechtsvorschriften eines Mitgliedsstaates mit dem Vertrag fest, so hat das für die an der Ausübung der gesetzgebenden Gewalt beteiligten Stellen die Verpflichtung zur Folge, die fraglichen Bestimmungen so zu ändern, dass sie den Anforderungen des Gemeinschaftsrechts entsprechen. *Die Gerichte des betreffenden Staates haben ihrerseits die Pflicht, bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben die Beachtung des Urteils sicherzustellen.*“¹⁵ [Hervorhebung durch den Verfasser]

Daraus folgt zwingend, dass das Urteil und das Verständnis des Gemeinschaftsrechts, wie es in dem Urteil des europäischen Gerichtshofs seinen Ausdruck gefunden hat, Wirkungen auch über den reinen Urteilsspruch und über die Parteien des konkreten Verfahrens hinaus erzeugt. Nicht zwingend folgt daraus, welche Wirkungen ein solches Urteil erzeugt. Zwischen der grundsätzlichen Beachtlichkeit von EuGH-Urteilen und der Schlussfolgerung, dass die Honorarsätze als geltende Gesetze (im materiellen Sinn)¹⁶ nicht mehr angewendet werden dürfen, klafft noch eine große Kluft, zu deren Überbrückung stabile Begründungspfeiler benötigt werden, bevor die Statik sicher ist.

Nachdem gesetzliche Regelungen zur Erweiterung der Urteilswirkung nicht existieren, können solche

Begründungspfeiler, die eine Pflicht zur Nichtanwendung der Honorarsätze tragen könnten, nur die sonstigen allgemeinen, richterrechtlich ausgeprägten Grundsätze sein.¹⁷ Diese sind insbesondere *die unionsrechtskonforme Auslegung* und *die Grundsätze über die unmittelbare Anwendbarkeit* von Richtlinien und sonstigem Gemeinschaftsrecht, die jetzt beleuchtet werden.¹⁸

III. Pflicht zur Nichtanwendung der Honorarsätze?

1. Unionsrechtskonforme Auslegung

a) Grundsätze

Nach der Rechtsprechung des europäischen Gerichtshofs und der überwiegenden Literatur folgt aus Art. 288 III AEUV die Verpflichtung der Gerichte zur unionsrechtskonformen Auslegung des nationalen Rechts.¹⁹ Ist das Unionsrecht, um das es geht, wie hier eine Richtlinie, spricht man von richtlinienkonformer Auslegung. Auslegungsziel ist es, den Vorgaben der Richtlinie zur vollen Wirkung zu verhelfen (Prinzip der „praktischen Wirksamkeit“ bzw. „effet utile“). Das Gebot unionsrechtskonformer Auslegung hat zwar seinen primären Anwendungsbereich in der Auslegung des nationalen Rechts, das zur Umsetzung von Richtlinien erlassen wurde, ist jedoch nicht darauf

15 EuGH, Urt. v. 14.12.1982 – verbundene Rechtssachen 314-316/81, 83/82 (Procureur de la Republique /J. Waterkeyn u.a., Rdnr. 14/8; v. 13.07.1972 – C-48/71, Kommission /J. Italien Slg. 1972, 529 Rdnr. 7 und v. 22.06.1989 – C-103/88, Vatali Costonzo, Slg. 1989, 1839, Rdnr. 33, v. 19.01.1993 – C-101/91; v. 05.10.2004 – C-397/01 bis C-403/01 – Pfeiffer u.a., RN. 111 = Slg. 2004, I-8835; v. 19.01.2010 – Küçükdeveci – C-555/07, Rdnr. 45 und v. 19.04.2016, DI – C-441/14, Rdnr. 29; Nina Wunderlich, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 260 AEU-Vertrag (Ex-Art. 228 EGV), Rdnr. 6.

16 Die HOAI ist eine Rechtsverordnung, enthält aber generelle und abstrakte Regelungen und ist damit ein Gesetz im materiellen Sinn.

17 KG Berlin, Hinweisbeschl. v. 19.08.2019 – 21 U 20/19 = IBRRS 2019, 2623 unter Ziffer II 3c)bb).

18 Zum inneren Zusammenhang dieser beiden Institute und zu ihrem Verhältnis zur nationalen Methodik siehe grundlegend Canaris, in: Festschrift Bydylinski 2001, 47 ff., 53/54.

19 EuGH, Slg. 1984, 1891, Rdnr. 26 = NJW 1984, 2021 – v. Colson und Kamann; Slg. 1984, 1921, Rdnr. 26 = Beck RS 2004, 73704 – Harz /J. Deutsche Tradax; EuGH, Urt. v. 05.10.2004 – C-397/01 bis C-403/01 – Pfeiffer u.a.; Rdnr. 113 = Slg. 2004, I-8835; v. 19.01.2010 – Küçükdeveci – C-555/07, Rdnr. 48 und v. 19.04.2016, DI – C-441/14, Rdnr. 31; Canaris, in: Festschrift für Bydylinski, 2001, S. 47 ff., 62; Frenz, Handbuch EuropaR, V, 2010 Rdnr. 979.

beschränkt.²⁰ Es besteht jedenfalls seit Ablauf der Umsetzungsfrist.²¹ Besonderen Charme hätte es in Bezug auf die hier interessierenden Honorarsätze, weil bei der unionsrechtskonformen Auslegung – anders als bei der unmittelbaren Anwendbarkeit von Richtlinien – kein Verbot der Belastung von Privatpersonen besteht.²²

Nach ständiger Rechtsprechung findet der Grundsatz der unionsrechtskonformen Auslegung des nationalen Rechts seine Grenze aber im Wortlaut. Der Grundsatz darf nicht als Grundlage für eine Auslegung *contra legem* des nationalen Rechts dienen.²³

b) Anwendung

Die Honorarsätze der HOAI sollten nach dem Wortlaut und dem eindeutig erklärten Willen des nationalen Gesetzgebers zwingend sein. Nach Art. 10 § 1 Abs. 2 MRVG sind in der Honorarordnung Mindest- und Höchstsätze festzusetzen. Dies wird von § 7 Abs. 1 HOAI so auch in der Verordnung umgesetzt und flankiert durch die Regelung in § 7 Abs. 5 HOAI, wonach Honorarvereinbarungen, die sich nicht in dem Rahmen der verbindlichen Sätze halten, durch die Mindestsätze der HOAI ersetzt werden. Diese Auslegung entsprach auch jahrzehntelanger ständiger Rechtsprechung. Auch die Bundesrepublik Deutschland hat im Vertragsverletzungsverfahren die Honorarsätze als gerechtfertigt angesehen und ihren zwingenden Charakter damit vorausgesetzt. Jede Auslegung, die zum Ergebnis käme, dass dies jetzt nicht mehr so sein solle, wäre eine Auslegung *contra legem*.²⁴ Mit der richtlinienkonformen Auslegung kann eine Konformität der Honorarsätze mit der Dienstleistungsrichtlinie daher nicht herbeigeführt werden.

2. Unmittelbare Anwendbarkeit der Dienstleistungsrichtlinie

Damit stellt die HOAI heute jeden Rechtsanwender vor ein Dilemma: Soll er eine eindeutig unionsrechtswidrige Vorschrift ignorieren oder muss er ein eindeutig gültiges nationales Gesetz weiter anwenden? Das Dilemma markiert gleichzeitig die Grenze zwischen der gesetzgebenden und der rechtsprechenden Gewalt. Während die Auslegung von Gesetzen als das originär von der Rechtsprechung zu beackernde Feld angesehen wird, verwischen Rechtsprechung und Gesetzgebung im

Gebiet der Rechtsfortbildung, also klassischerweise dort, wo der Gesetzgeber keine Regelung erlassen hat und seine Intentionen vom Richter fortentwickelt werden müssen. Eindeutig im Sprengel des Gesetzgebers wildert der Richter dann, wenn er sich über ein bestehendes Gesetz, das einen von ihm zu lösenden Fall anderweitig regelt, hinwegsetzt.

Die nationale verfassungsrechtliche Lage ist eindeutig. Ein Richter ist nicht befugt, ein gültiges Gesetz nicht anzuwenden, sondern muss dessen Verfassungskonformität vom Bundesverfassungsgericht klären lassen (Art. 100 Grundgesetz). Die Norm ist damit Ausdruck der verfassungsrechtlichen Aufteilung der Machtverhältnisse zwischen gesetzgebender und rechtsprechender Gewalt.

Auch im Unionsrecht ist dieser Bereich geregelt. Unionsrecht entfaltet im nationalen Recht grundsätzlich keine unmittelbaren Wirkungen, sondern bedarf der Umsetzung, im Regelfall durch den nationalen Gesetzgeber. Etwas anderes gilt nur dann, wenn unionsrechtlich etwas anderes geregelt ist, wie z.B. bei Verordnungen (Art. 288 Abs. 2 AEUV), oder wenn der EuGH richterrechtliche Ausnahmen geschaffen hat. Für Richtlinien gibt es keine geschriebenen Ausnahmen, so dass ihre unmittelbare Geltung nur in Betracht kommt, wenn die durch die Rechtsprechung des EuGH entwickelten Grundsätze zur unmittelbaren Wirkung von Richtlinien greifen.

20 EuGH, Slg. 1990, I-4156 = BeckEuRS 1990,165571 Rdnr. 8 – Marleasing; Canaris, in: Festschrift für Bydlinski, 2001, S. 47 ff., 50.

21 EuGH, Slg. 2006, I-6091 = NJW 2006, 2465 (2468) – Adeneler, Rdnr. 15.

22 EuGH, Urt. v. 13.07.2000 – C-456/98, Centrosteeel, Rdnr. 17 = EuZW 2000, 671; v. 05.10.2004 – C-397/01 bis C-403/01 – Pfeiffer u.a. = Slg. 2004, I-8835, Rdnr. 119 = NJW 2004, 3547; EuGH, Urt. v. 19.04.2016 – C-441/14, Dansk Industries, Rdnr. 40 = NZA 2016, 537; Canaris, in: Festschrift für Bydlinski, 2001, S. 47 ff., 79; Kühling, JuS 2014, 481 (484).

23 EuGH, Urt. v. 24.01.2012, Dominguez – C-282/10, Rdnr. 25; v. 15.01.2014, Association de médiation sociale – C-176/12, Rdnr. 39; v. 19.04.2016, DI – C-441/14 Rdnr. 32; v. 07.08.2018, Smith – C-122/17, Rdnr. 40.

24 So auch zu Recht OLG Hamm, Urt. v. 23.07.2019 – 21 U 24/18, Rdnr. 49, 50 = BeckRS 2019, 15256 = IBRRS 2019, 2355; KG Berlin, Hinweisbeschl. v. 19.08.2019 – 21 U 20/19 = IBRRS 2019, 2623 unter Ziffer II 3c)dd) (2).

a) Grundsätze der unmittelbaren Wirkung

Ebenso wie die unionsrechtskonforme Auslegung wird die unmittelbare Wirkung einzelner Richtlinienbestimmungen aus Art. 288 III AEUV abgeleitet.²⁵ Sie hat drei Voraussetzungen: Ihre Umsetzungsfrist muss erstens abgelaufen sein, zweitens muss die anzuwendende Richtlinienbestimmung selbst inhaltlich unbedingt und hinreichend genau gefasst sein und drittens darf sie nicht unmittelbar zur Begründung von Verpflichtungen Privater herangezogen werden.²⁶

Die Umsetzungsfrist für die Dienstleistungsrichtlinie ist seit langem abgelaufen. Zur unmittelbaren Wirkung von Art. 15 der Dienstleistungsrichtlinie hat sich der EuGH auch bereits geäußert. Art. 15 entfalte unmittelbare Wirkung insoweit, „als er den Mitgliedstaaten die unbedingte, hinreichend präzise Verpflichtung auferlegt, ihre Rechts- und Verwaltungsvorschriften zu ändern, um sie den in Abs. 3 genannten Bedingungen anzupassen.“²⁷ Diese Formulierung könnte zwar Zweifel aufkommen lassen, ob die Richtlinie dem Einzelnen tatsächlich ein unbedingtes, vorbehaltloses Recht zubilligt. Jedenfalls verbietet sie dem Staat aber Beschränkungen, sofern nicht die Vorgaben der Dienstleistungsrichtlinie eingehalten wurden. Darauf wird sich der Einzelne unmittelbar berufen können.

b) Keine unmittelbare Anwendbarkeit von Richtlinien im horizontalen Verhältnis

Das im vorliegenden Kontext entscheidende Kriterium ist jedoch, dass Richtlinien grundsätzlich nicht zur Begründung von Verpflichtungen Privater herangezogen werden dürfen. Die Thematik hat viele Facetten.²⁸ Im vorliegenden Kontext interessiert davon ausschließlich die Wirkung von Richtlinien auf Vertragsverhältnisse (horizontale Wirkungen). Und hier ist die Rechtslage eindeutig, jedenfalls dem Grundsatz nach und diametral verschieden von der Rechtslage bei vertikalen Rechtsverhältnissen, in denen der Staat dem Bürger Belastungen auferlegt. Während bei Letzteren der Bürger sich gegenüber dem Staat unmittelbar auf unbedingte und hinreichend bestimmte Richtlinienvorgaben berufen kann, darf er dies – nach ständiger und gefestigter Rechtsprechung des EuGH – gegenüber einem anderen Bürger im horizontalen Verhältnis grundsätzlich nicht.²⁹ Der Gerichtshof begründet dies wie folgt:

„Würde die Möglichkeit, sich auf eine Bestimmung einer nicht oder unrichtig umgesetzten Richtlinie zu berufen, auf den Bereich der Beziehungen zwischen Privaten ausgedehnt, ließe das nämlich darauf hinaus, der Europäischen Union die Befugnis zuzuerkennen, mit unmittelbarer Wirkung zu Lasten der Einzelnen Verpflichtungen anzuordnen, obwohl sie dies nur dort darf, wo ihr die Befugnis zum Erlass von Verordnungen zugewiesen ist.“³⁰

Zwei weitere Erwägungen stützen das grundsätzliche Verbot der unmittelbaren Wirkung im horizontalen Verhältnis. Beide entstammen dem Rechtsgedanken des „effet utile“, d. h. dem Gebot, dem Unionsrecht zur praktischen Wirksamkeit zu verhelfen. (1) Die Einräumung von Rechten und Ansprüchen an Bürger, um sich gegen unionsrechtswidriges staatliches Handeln zu wehren, fördert die effektive Durchsetzung des Unionsrechts. Der Staat soll keinen Nutzen aus der Nichtbeachtung des Unionsrechts ziehen.³¹ Diesen Effekt gibt es aber nicht, wenn sich lediglich zwei private Rechtssubjekte gegenüberstehen. (2) Das Ziel der Dienstleistungsrichtlinie ist es, den freien Verkehr von Dienstleistungen zu gewährleisten.³² Dieses Ziel wird durch die Honorarsätze der HOAI verhindert, weil Planer nicht zu ihren üblichen Vergütungen, die etwa unterhalb der Honorarsätze liegen, anbieten können.

25 Bogdany/Schill, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, 2013, EUV, Art. 4, Rdnr. 74; Kühling, Die richtlinienkonforme und die verfassungskonforme Auslegung im öffentlichen Recht, JuS 2014, 481 (482) mit weiteren Nachweisen.

26 Siehe Schroeder, in: Streinz, EUV/AEUV, 2.A. 2012, AEUV, Art. 288, Rdnr. 107 ff.; Jarrass/Beljin, JZ 2003, 768 (770 f.); Sydow, JZ 2009, 373 (375); Kühling, JuS 2014, 481 (482).

27 EuGH, Urt. v. 30.01.2018, College van Burgemeester – C-360/15 und C-31/16 – Visser, Rdnr. 130.

28 Vgl. hierzu Graf von Kielmansegg, Tücken im Dreieck – Die individualbelastende Richtlinienwirkung im Unionsrecht, EuR 2014, 30 (30–38); Kühling, JuS 2014, 481 (482/483); Michael/Payandeh, NJW 2015, 2392 (2394) jeweils mit weiteren Nachweisen.

29 EuGH, Urt. v. 26.02.1986, Marshall – C-152/84, Rdnr. 48; v. 14.07.1994, Faccini, Dori – C-91/92, Rdnr. 20; v. 05.10.2004 – C-397/01 bis C-403/01 – Pfeiffer u.a., Rdnr. 108; v. 07.08.2018, Smith – C-122/17, Rdnr. 40.

30 EuGH, Urt. v. 07.08.2018, Smith – C-122/17, Rdnr. 42; v. 14.07.1994, Faccini Dori – C-91/92, Rdnr. 24.

31 EuGH, Urt. v. 10.10.2017, Farrell – C-413/15, Rdnr. 32 = BeckRS 2017, 127274.

32 Dienstleistungsrichtlinie, oben Fn. 2, Erwägungsgrund 1.

Damit wird ihnen der Marktzugang erschwert. Haben die Parteien ein Honorar oberhalb der Mindestsätze vereinbart, ist der Unionsrechtsverstoß durch den Vertragsschluss bereits eingetreten. Er wird weder verhindert noch geheilt, wenn die Honorarsätze auf abgeschlossene Verträge nicht mehr angewendet würden. Liegt das Honorar unterhalb der Honorarsätze, sind die Ziele der Dienstleistungsrichtlinie, Planerverträge zur niedrigeren Vergütung als jenen der Honorarsätze der HOAI zu ermöglichen, gerade nicht verletzt.

Angesichts der Deutlichkeit der Rechtsprechung des EuGH zu dem Verbot der unmittelbaren horizontalen Wirkung von Richtlinien fragt es sich, woher überhaupt die Idee kommt, dass die Honorarsätze nicht beachtet werden dürften. Die Antwort ist, dass es die Eindeutigkeit – bei genauerer Hinsicht – nicht gibt. Der Bereich der horizontalen Vertragsverhältnisse ist bereits eine Ausnahme zur Ausnahme und hat überdies wiederum Rückausnahmen. Der gesetzlich geregelte Grundfall ist, dass Richtlinien nicht unmittelbar wirken. Mit dem Grundsatz der unmittelbaren Wirkung von Richtlinien schuf die Rechtsprechung eine Ausnahme. Dieser gegenüber ist der Grundsatz, dass Richtlinien im horizontalen Verhältnis nicht unmittelbar wirken, wiederum eine Rückausnahme. Von dieser Rückausnahme gibt es aber wieder Rück-Rückausnahmen, die nähere Untersuchung erfordern und verdienen.

c) Rück-Rückausnahmen

Der EuGH macht von dem Grundsatz, dass eine Richtlinie nicht in einem Rechtsstreit zwischen Privaten angeführt werden kann, drei Ausnahmen, die hier zur leichteren Verständlichkeit als „Staatsnähe“, „Allgemeine Grundsätze des Unionsrechts“ und „Warenverkehrsfreiheit“ bezeichnet werden sollen.

aa) Staatsnähe

Das nationale Gericht hat die Anwendung einer nationalen Vorschrift erstens³³ auszuschließen, wenn die Richtlinie geltend gemacht wird:

- gegenüber einem Mitgliedstaat, seinen Verwaltungsträgern einschließlich dezentralisierter Behörden oder Einrichtungen³⁴ oder
- gegenüber privaten Stellen, die entweder
 - dem Staat oder dessen Aufsicht unterstehen oder³⁵

- von einem Mitgliedstaat mit der Erfüllung einer im öffentlichen Interesse liegenden Aufgabe betraut und hierzu mit besonderen Rechten ausgestattet wurden, die über die für die Beziehungen zwischen Privatpersonen geltenden Vorschriften hinausgehen.

bb) Allgemeine Grundsätze des Unionsrechts

Zweitens³⁶ ist zu beachten, dass das Verbot der belastenden Wirkung im horizontalen Verhältnis nur für Richtlinien gilt, nicht dagegen für allgemeine Grundsätze des Unionsrechts, wie es zum Beispiel das Verbot der Diskriminierung wegen Alters ist.³⁷

cc) Warenverkehrsfreiheit

Die dritte Fallgruppe betrifft Ausnahmefälle, die hier unter dem Stichwort „Warenverkehrsfreiheit“ diskutiert werden. Sie beruhen alle auf einer Verletzung der Richtlinie 83/189/EWG.³⁸ Diese verpflichtete die Mitgliedstaaten, technische Vorschriften, die sie zu erlassen beabsichtigten, innerhalb einer bestimmten Frist der Kommission vorab anzuzeigen. Dieser sollte damit Gelegenheit gegeben werden zu prüfen, ob mit dem fraglichen Entwurf Handelsschranken oder solche Schranken errichtet werden, die durch den Erlass gemeinsamer oder harmonisierende Maßnahmen verhindert werden müssen.³⁹ Die Richtlinie 83/189/EWG bezweckt mithin den Schutz des freien Warenverkehrs durch vorbeugende Kontrolle. Die Mitteilungspflicht ist ein wichtiges Instrument hierfür und der Verstoß dagegen stellt einen klaren und wesentlichen Verfahrensfehler dar.

Diese beiden Faktoren zusammen: hohes Schutzniveau (freier Warenverkehr) und Eindeutigkeit des Verstoßes führen zur Unanwendbarkeit der tech-

33 EuGH, Urt. v. 07.08.2018, Smith – C-122/17, Rdnr. 45.

34 EuGH, Urt. v. 10.10.2017, Farrell – C-413/15, Rdnr. 31 = BeckRS 2017, 127274; s.a. die Nachweise oben bei Fn. 28.

35 EuGH, Urt. v. 10.10.2017, Farrell – C-413/15, Rdnr. 34 = BeckRS 2017, 127274.

36 EuGH, Urt. v. 07.08.2018, Smith – C-122/17, Rdnr. 46.

37 EuGH (große Kammer), Urt. v. 19.04.2016 – C-441/14, Dansk Industries, Rdnr. 27 = NZA 2016, 537; EuGH, Urt. v. 07.08.2018, Smith – C-122/17, Rdnr. 46.

38 Richtlinie 83/189/EWG des Rates v. 28.03.1983 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften, ABIEG Nummer L 109/8; ersetzt durch Richtlinie 98/34/EG des europäischen Parlaments und des Rates v. 22.06.1998, ABIEG Nummer L 204/37.

39 EuGH, Urt. v. 26.09.2000 – C-443/98 (Unilever), Rdnr. 41.

nischen Norm zwischen Privaten, unabhängig davon, ob es sich um ein Wettbewerbsverhältnis⁴⁰ oder ein vertragliches Verhältnis handelt.⁴¹

Die „Smith“-Entscheidung des EuGH hat diesen beiden Kriterien ein drittes hinzugefügt: die Richtlinie ändere nicht den materiellen Gehalt der Rechtsnorm, aufgrund derer das nationale Gericht den Fall zu entscheiden hatte.⁴²

d) Erweiterungen?

In der juristischen Literatur wird teilweise eine Erweiterung der Rück-Rück-Ausnahmen gefordert. Manche Autoren behaupten die Existenz weiterer allgemeiner Rechtsgrundsätze wie etwa:

„Eine Ablehnung der horizontalen Direktwirkung einer Richtlinie ist nur gerechtfertigt, wenn sich tatsächlich widersprechende Rechte der privaten aus der Richtlinie einerseits und dem nationalen Recht andererseits gegenüberstehen“ oder „Gegenüber staatlichen Bestimmungen, die den Vertragspartner im öffentlichen Interesse Verbote auferlegen, ist die Berufung auf Richtlinien auch im Rechtsstreit zwischen Privaten gegenüber möglich“.⁴³

Solche allgemeinen Obersätze hat der EuGH aber niemals aufgestellt.⁴⁴

Sofern Fuchs/van der Hout/Opitz argumentieren, wegen dieser Grundsätze würde auch bei der HOAI-Entscheidung ein anerkannter Ausnahmefall vorliegen,⁴⁵ ist daher bereits der Ausgangspunkt unzutreffend.

Aber auch, wenn die Ausführungen dieser Autoren so verstanden werden könnten, dass es wünschenswert sei, die Rechtsprechung des EuGH auf diese Weise zu generalisieren, kann dies nicht überzeugen. Sie verallgemeinern ohne Begründung einzelne Erwägungen aus einzelnen Entscheidungen aus der Rechtsprechungslinie des EuGH, die oben unter dem Stichwort „Warenverkehrsfreiheit“ dargestellt wurde.⁴⁶ Sie beachten dabei aber nicht den klar umgrenzten Anwendungsbereich, in denen diese Entscheidungslinie Anwendung findet, nämlich (zumindest bislang) ausschließlich bei Anzeigerverstößen der Mitgliedstaaten in Bezug auf technische Normen, die die Warenverkehrsfreiheit beeinträchtigen könnten. Die HOAI-Entscheidung hat damit offensichtlich nichts zu tun.

Ebenfalls nicht erwähnt wird von den Autoren die „Smith“-Entscheidung des EuGH,⁴⁷ in der dieser ersichtlich bemüht ist, den Anwendungsbereich der Ausnahmen einzuzugrenzen.

Wenig tragfähig sind auch die wesentlichen weiteren Argumente: Bei der HOAI handele es sich um „objektives“ Recht, das subjektive Ansprüche der Planer nicht berühre, denn die unmittelbare Anwendbarkeit der Richtlinie beschränke den Honoraranspruch der Planer lediglich der Höhe nach. Im Ergebnis werde der Honoraranspruch lediglich auf das „zulässige Maß“ reduziert. Die Honorarsätze dienten im Übrigen nicht den Interessen der Architekten.⁴⁸

Tatsächlich macht dagegen die Höhe eines Anspruchs den wesentlichen Inhalt eines subjektiven Rechts aus. Die Behauptung, die unmittelbare Anwendbarkeit reduziere den Anspruch der Planer auf das „zulässige Maß“ unterstellt, dass die fortdauernde Anwendung der Honorarsätze unionsrechtswidrig ist und setzt damit das gewünschte Ergebnis voraus. Für die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit der Richtlinie kommt es zuletzt nicht auf die Zwecke der HOAI, sondern auf den Sinn, Zweck und die immanenten Grenzen des Rechtsinstituts der unmittelbaren Anwendbarkeit an.⁴⁹

Damit bleibt festzuhalten, dass die drei oben geschilderten Rück-Rück-Ausnahmen⁵⁰ nach der derzeitigen Rechtsprechung des EuGH die einzigen anerkannten sind, die es ausnahmsweise rechtfertigen, eine unmittelbare Wirkung auch in horizontalen Vertragsverhältnissen anzunehmen. Die Rechtslage ist also relativ klar, zumindest an der Oberfläche.

40 EuGH, Urt. v. 30.04.1996 – C-194/94 (CIA), EuZW 1996, 379.

41 EuGH, Urt. v. 26.09.2000 – C-443/98 (Unilever) Rdnr. 48–51; v. 06.06.2002 – C-159/00 (Sapod Audic) Rdnr. 53.

42 EuGH, Urt. v. 07.08.2018, Smith – C-122/17, Rdnr. 53.

43 So Fuchs/van der Hout/Opitz, NZBau 2019, 483 (485/486).

44 Dies behaupten Fuchs/van der Hout/Opitz, NZBau 2019, 483 (485/486) allerdings auch nicht, sondern berufen sich stattdessen auf zwei vereinzelte Literaturstimmen (Gundel, EuZW 2001, 143; „ähnlich“ Epiney, NVwZ 2002, 1429).

45 Fuchs/van der Hout/Opitz, NZBau 2019, 483 (485/486).

46 S.o. III.2.e)cc).

47 EuGH, Urt. v. 07.08.2018, Smith – C-122/17.

48 Fuchs/van der Hout/Opitz, NZBau 2019, 483 (486).

49 Oben III.2.b).

50 Oben III.2.c).

Zuzugeben ist den Kritikern, dass unter der Oberfläche das Licht etwas diffus wird. Die Grenzlinien der einzelnen Fallgruppen werden schwerer erkennbar. So spielt es zum Beispiel in den sogenannten Dreiecksverhältnissen (typisches Beispiel: Nachbarklagen) dann keine Rolle mehr, dass eine staatliche Institution beteiligt ist, wenn sich ein Bürger unter Berufung auf die unmittelbare Wirkung einer Richtlinie gegen eine belastende staatliche Entscheidung wendet, auch wenn dies im Ergebnis zu einem Nachteil des ursprünglich begünstigten anderen Bürgers (Dritten) führt. Kaum greifbar sind auch die Kriterien, wann eine Richtlinie lediglich einen allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts, der zur unmittelbaren Anwendbarkeit führen kann, zum Ausdruck bringt und wann sie darüber hinaus geht. Erläuterungsbedürftig ist ebenfalls, warum die Warenverkehrsfreiheit so wichtig ist, dass Verstöße (nur) hier zur unmittelbaren Anwendbarkeit führen können.⁵¹

Bei all dem (berechtigten oder unberechtigten) Unverständnis gegenüber dieser Rechtsprechung darf aber nicht aus den Augen verloren werden: Erstens: Sie ist, wie sie ist. Zweitens: Die erfolgten Grenzziehungen sind Ausdruck der Bindung der Rechtsprechung an das (nationale) Gesetz, die sowohl durch das primäre Unionsrecht als auch in der einschlägigen Judikatur des EuGH uneingeschränkt respektiert wird.⁵²

e) Vorabentscheidungsverfahren kein Einwand

Teilweise wird vertreten, ohne die unmittelbare Anwendbarkeit der neuen Rechtslage auf abgeschlossene Verträge bestünde ein Widerspruch zum Institut des Vorabentscheidungsverfahrens (Art. 267 AEUV).⁵³ Dies ist aber unzutreffend. Auch in einem Vorabentscheidungsverfahren würde der EUGH wie in seinem Urteil vom 04.07.2019 urteilen, d. h., den Widerspruch der Honorarsätze zur Dienstleistungsrichtlinie feststellen und unter Hinweis auf die fehlende unionsrechtliche Verpflichtung zur unmittelbaren Anwendung die Frage, welche Auswirkungen dieser Verstoß hat, dem nationalen Recht überlassen.⁵⁴

f) Anwendung der Rück-Rück-Ausnahmen auf die HOAI-Fälle

aa) „Staatsnähe“

Aus der vorzitierten Rechtsprechung ergibt sich zunächst, dass es für die Frage der unmittelbaren

Anwendbarkeit zunächst darauf ankommt, ob der Staat oder eine seiner dezentralisierten Einheiten (Bund, Länder oder Gemeinden, juristische Person des öffentlichen Rechts etc.) Vertragspartner eines Planungsvertrages ist. Ist dies der Fall, so dürfen die Honorarsätze nicht angewendet werden, soweit sie Belastungen für den anderen Vertragspartner, in der Regel den Planer, enthielten. Der Staat agiert in den HOAI-Fällen aber selten in der Funktion des Auftragnehmers und Vergütungsempfängers, sondern als Auftraggeber. Der Auftragnehmer (Architekt, Ingenieur) wird sich aber jedenfalls in den Mindestsatz-Fällen kaum auf die Richtlinie „gegenüber“ dem Staat berufen, die die Unwirksamkeit der Honorarsätze begründet. Anders wäre dies jedoch in den Fällen, in denen die Parteien ein die Höchst-Honorarsätze der HOAI überschreitendes Honorar vereinbart haben. Hier könnte sich der Planer auf die unmittelbare Wirkung der Richtlinie berufen.

Die zweite Untergruppe der „Staatsnähe“ ist dagegen generell nicht einschlägig. Die HOAI stattet keinen privaten Vertragspartner mit besonderen Rechten aus, sondern ist eine gesetzliche Regelung des Preisrechts, die für beide Vertragsparteien gleichmäßig gilt.

bb) Allgemeine Grundsätze des Unionsrechts

Der europäische Gerichtshof hat insbesondere unter Berufung auf die Grundfreiheiten der Arbeitnehmerfreizügigkeit und der Dienstleistungsfreiheit in zahlreichen Fällen unmittelbare Wirkungen für Vertragsverhältnisse und insbesondere auch die Pflicht der Nichtbeachtung eines nationalen Gesetzes statuiert.⁵⁵ Das Kammergericht Berlin geht

51 Die akademische Wahrnehmung der Ambivalenzen in der Judikatur des EuGH reicht von routinierter Kenntnisnahme über die Diagnose einer leichten Schizophrenie bis zu dem resignierenden Eingeständnis, stimmige Erklärungsversuche seien nur etwas für Masochisten (zitiert nach Graf von Kielmannsegg, EuR 2014, 30 [38]).

52 Sie hierzu Canaris, in Festschrift Bydlinski 2001, S. 47 ff., S. 95/96 (zwar bezogen auf den Grundsatz der richtlinienkonformen Auslegung; die dortigen Erwägungen sind aber auf die unmittelbare Anwendbarkeit von Unionsrecht übertragbar).

53 Steeger, IBR 2019, 1144.

54 KG Berlin, Hinweisbeschl. v. 19.08.2019 – 21 U 20/19 = IBRRS 2019, 2623 unter Ziffer II 3 c) dd) (3).

55 EuGH, Urt. v. 19.04.2016 – C-441/14, Dansk Industries, Rdnr. 22 = NZA 2016, 537; EuGH, Urt. v. 07.08.2018, Smith – C-122/17, Rdnr. 48; vgl. Streinz/Leible, EuZW 2000, 459 ff.; Müller-Graff, EuR 2014, 3.

deswegen davon aus, dass jeder Verstoß gegen eine Marktfreiheit unmittelbar auch in horizontale Rechtsverhältnisse hinein wirkt.⁵⁶ Im vom Kammergericht zu entscheidenden Fall seien die Marktfreiheiten aber wegen Fehlens eines grenzüberschreitenden Bezugs nicht anwendbar.

In der Rechtsprechung des EuGH ist allerdings klar zu erkennen, dass er ein Unterschied zwischen Marktfreiheiten und darüber hinausgehenden allgemeinen Grundsätzen des Unionsrechts macht. Die Grenzlinie zwischen den allgemeinen Grundsätzen des Unionsrechts und Richtlinien ist wie folgt zu ziehen: So lange der Anwendungsbereich einer Richtlinie gegeben ist, ist die Frage der Beeinträchtigung am Maßstab der Richtlinie und nicht am Maßstab der allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts zu prüfen, es sei denn, die Richtlinie stellt sich bloß als Konkretisierung eines allgemeinen Grundsatzes des Unionsrechts dar.⁵⁷

In der Entscheidung „Dansk Industrie“ begründete der EuGH sorgfältig und detailliert, warum das Verbot der Altersdiskriminierung ein allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts sei. Es habe seinen Ursprung in verschiedenen völkerrechtlichen Verträgen und gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten und sei in Art. 21 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union verankert.⁵⁸

Im HOAI-Urteil ließ der EuGH dagegen ausdrücklich offen, ob die Niederlassungsfreiheit gem. Art. 49 AEUV betroffen ist.⁵⁹ Hieraus kann noch nicht viel geschlossen werden, denn die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit des Unionsrechts war dort nicht Gegenstand der Klage der Kommission, aber vielleicht doch immerhin so viel, dass die Verletzung der Grundfreiheiten des Art. 49 AEUV durch die Honorarsätze nicht evident ist. Sicherlich ist nicht jeder Verstoß gegen eine Richtlinie automatisch auch ein Verstoß gegen einen allgemeinen Grundsatz.⁶⁰ Darüber hinaus besteht Raum für Argumentation, die an dieser Stelle nur angedeutet werden kann. Ins Gewicht wird der Umstand fallen, dass Art. 15 der Dienstleistungsrichtlinie ein abgestuftes System von Voraussetzungen vorsieht und damit über Art. 49 AEUV hinausgeht. Hinzu kommt, dass die Weitergeltung der HOAI für die Auftraggeber „nur“ bedeutet, dass er ein höheres Honorar bezahlen muss als vereinbart. Das ist vielleicht weniger schmerzhaft, wenn man bedenkt, dass er damit zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses

ohnehin rechnen musste und weniger gravierend, wenn man es mit den Fällen vergleicht, in denen eine nationale Norm einen Arbeitnehmer wegen seines Alters diskriminiert und ihm so den Zugang zum Arbeitsmarkt versperrt. Aus einem (Altersdiskriminierungs-) Verbot folgen andere und deutlich konkretere Konsequenzen als aus einer allgemeinen (Dienstleistungs-) Freiheit.

cc) Warenverkehrsfreiheit

Die Honorarsätze der HOAI sind offensichtlich keine „technischen Vorschriften“ im Sinne der Richtlinie 83/189/EWG. Die Warenverkehrsfreiheit ist damit offensichtlich nicht berührt, weshalb die Bundesrepublik Deutschland auch keinen „wesentlichen Verfahrensfehler“ durch die Beibehaltung der Honorarsätze begangen hat. Überdies würde die unmittelbare Anwendung der Dienstleistungsrichtlinie den materiellen Gehalt der anzuwendenden Vorschriften (Honorarhöhe) ändern. Auch diese Ausnahme findet daher auf die Honorarsätze keine Anwendung.

g) Zusammenfassung

Hinsichtlich der Honorarsätze greift die gefestigte Rechtsprechung des EuGH, wonach Richtlinien in einem Rechtsstreit, in dem sich ausschließlich Private gegenüberstehen, keine Anwendung finden. Die Fälle sind ebenso wie der Fall „Smith“⁶¹ so zu entscheiden, dass das Unionsrecht alleine den nationalen Richter nicht verpflichtet, die Honorarsätze nicht anzuwenden.

IV. Recht zur Nichtanwendung der Honorarsätze?

1. Keine Pflicht, aber Recht?

Damit ist man leider noch nicht am Ende der Überlegungen angelangt. Gerade die vom EuGH gewählte Formulierung, „alleine“ aus dem Unionsrecht lasse sich eine „Verpflichtung“ zur Nichtanwendung des nationalen Gesetzes nicht ableiten, zwingt geradezu zu Folgeüberlegungen. Der

56 KG Berlin, Hinweisbeschl. v. 19.08.2019 – 21 U 20/19 = IBRRS 2019, 2623 unter Ziffer II 4 a).

57 EuGH, Urt. v. 07.08.2018, Smith – C-122/17, Rdnr. 48.

58 EuGH, Urt. v. 19.04.2016 – C-441/14, Dansk Industries, Rdnr. 22 = NZA 2016, 537.

59 EuGH, Urt. v. 04.07.2019 – C-377/17, Rdnr. 97.

60 EuGH, Urt. v. 07.08.2018, Smith – C-122/17, Rdnr. 48.

61 EuGH, Urt. v. 07.08.2018, Smith – C-122/17, Rdnr. 49.

nationale Richter darf nach dem Vorstehenden die Honorarsätze nach wie vor anwenden. Die Frage lautet also: Muss er es? Verstieße es gegen (Unions-) oder nationales Recht, wenn er die Honorarsätze nicht mehr anwendete? Die Frage scheint auf den ersten Blick müßig. Ohne das Unionsrecht hatten die Gerichte über Jahrzehnte keine Notwendigkeit gesehen, die Honorarsätze nicht anzuwenden oder anders auszulegen, als sie es bisher getan haben. Warum sollten sie von dieser Praxis abweichen, wenn es dazu keine Verpflichtung aus dem Unionsrecht gibt?⁶²

Hierauf können drei Antworten gegeben werden: Die erste, etwas zynische, lautet: Weil sie es können. Nur die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts binden (...) alle Gerichte (...).⁶³ Ansonsten binden Urteile nur die Beteiligten und ihre Rechtsnachfolger und auch nur innerhalb des Streitgegenstandes. Die Einbindung Dritter muss ausdrücklich gesetzlich geregelt sein.⁶⁴ Darüber hinaus gibt es keine gesetzliche Verpflichtung der Gerichte, eine einmal eingeschlagene Rechtsprechungslinie, sei es die eigene oder die eines anderen Gerichts, sogar des Bundesgerichtshofs, beizubehalten. Die Regelungen über die Divergenzrevision sind nur vor dem Hintergrund der grundsätzlichen Zulässigkeit des Abweichens der Gerichte von Rechtsansichten übergeordneter Gerichte verständlich.⁶⁵ Zweitens: Gerichte wollen selbstverständlich „richtig“ entscheiden und könnten deswegen einen natürlichen Widerwillen empfinden, wenn sie Honorarsätze, die nach Ansicht einer so eminenten Instanz wie dem EuGH rechtswidrig sind, weiter anwenden sollten. Die dritte Antwort lautet: weil sie es tun. Bereits mehrere Zivilsenate des Bundesgerichtshofs haben in Fällen, die ausschließlich im horizontalen Verhältnis zwischen zwei Vertragspartnern spielten, geltendes Recht entgegen dem Wortlaut „gespalten“ ausgelegt, um unionsrechtskonforme Zustände herzustellen.

2. Gespaltene Auslegung

In der sogenannte Quelle-II-Entscheidung⁶⁶ entschied der VIII. Zivilsenat, dass Verbraucher entgegen dem Wortlaut des Gesetzes keine Nutzungsentschädigung zu bezahlen haben, wenn der Veräußerer die mangelhafte Sache austauscht. Die betreffende Regelung müsse „gespalten“ dergestalt ausgelegt werden, dass sie im Anwendungsbereich der Richtlinien nicht angewendet werden dürfe, ansonsten aber gelte. Ähnlich wurde im Hinblick

auf die Kosten des Aus- und Wiedereinbaus einer gelieferten mangelfreien Sache entschieden, dass dies lediglich für den Verbrauchsgüterkauf, nicht aber für andere Kaufverträge gelte, obwohl der Gesetzeswortlaut eine derartige Differenzierung nicht zuließ.⁶⁷ In einem weiteren Fall, in dem der EuGH entschieden hatte, dass eine Regelung des Versicherungsvertragsgesetzes (VVG)⁶⁸ nicht im Einklang mit verschiedenen Richtlinien zur Lebensversicherung⁶⁹ stehe, entschied der IV. Zivilsenat des BGH anschließend, dass die betreffende Regelung „gespalten“ dergestalt ausgelegt werden müsse, dass sie im Anwendungsbereich der Lebensversicherungsrichtlinien unangewendet bleiben müsse. Es sei der generelle Wille des Gesetzgebers, Richtlinien korrekt umsetzen zu wollen. Dieses Ziel beanspruche Vorrang, auch vor dem Wortlaut.⁷⁰

Der Hebel lautete jeweils „teleologische Reduktion“ des Gesetzes. Die Klippe der Auslegung contra legem wird damit „geschickt“ umschifft. Angesetzt wird der Hebel am „hypothetischen“ Willen des Gesetzgebers. Dieser sei generell darauf gerichtet, unionsrechtskonformes nationales Recht zu schaffen. Es sei ihm nur nicht ganz gelungen, weshalb die Gerichte im Wege der rechtsfortbildenden Auslegung helfen müssten. Ob dieses Argument irgendwann einmal sogar dazu dienen könnte, nicht nur den Anwendungsbereich eines Gesetzes auf bestimmte Fallgruppen zu beschränken, sondern es sogar ganz außer Acht zu lassen, hat der VIII. Zivilsenat ausdrücklich offen gelassen.⁷¹

62 So OLG Hamm, Urt. v. 23.07.2019 – 21 U 24/18 = BeckRS 2019, 15256 = IBRRS 2019, 2355.

63 § 31 Abs. 1 BVerfGG.

64 Z.B. § 325 Abs. 1 ZPO, § 121 VwGO.

65 Z.B. §§ 565 Abs. 2 ZPO, 358 Abs. 1 StPO, § 144 Abs. 6 VwGO. Siehe hierzu Scheffelt, Die Rechtsprechungsänderung, 2001, S. 57 ff.

66 BGH, Urt. v. 26.11.2008 – VIII ZR 200/05 (OLG Nürnberg) (Quelle II) = NJW 2009, 427.

67 BGH, Urt. v. 02.04.2014 – VIII ZR 46/13 = NJW 2014, 2183 = NZBau 2014, 623.

68 Konkret § 5a II 4 VVG a.F.

69 Art. 15 I Unterabs. 1 der RL 90/619/EWG v. 08.11.1990, Amtsblatt 1990 L 330, 50; Art. 31 I der RL 92/96/EWG v. 10.11.1992, Amtsblatt 1992 L 360, 1.

70 BGH, Urt. v. 07.05.2014 – IV ZR 76/11 Rdnr. 24 = NJW 2014, 2646 = BGHZ 201, 101; BGH, Urt. v. 17.12.2014 – IV ZR 260/11 = NJW 2015, 1023; s.a. Michael/Payandeh, NJW 2015, 2392 (2393).

71 BGH, Urt. v. 26.11.2008 – VIII ZR 200/05 (Quelle II) = NJW 2009, 427, Rdnr. 29.

Folgende Gründe könnten dafür sprechen, dass der für die HOAI zuständige VII. Zivilsenat diesen Kurs der anderen Senate nicht einschlagen wird.

1. Die gesplante Auslegung wird häufig als teleologische Reduktion bezeichnet, geht aber über deren üblichen Anwendungsbereich deutlich hinaus. Dieser ist so definiert, dass eine Norm entgegen ihrem weiteren Wortlaut enger ausgelegt wird. Dagegen unterscheidet die gesplante Auslegung zwischen Fallgruppen und legt dasselbe Tatbestandsmerkmal jeweils unterschiedlich aus. Für die eine Fallgruppe wird die Norm normal, für die andere Fallgruppe enger oder sogar so ausgelegt, dass sie gar keine Anwendung mehr findet. Ob dies noch „Auslegung“ oder schon Rechtsfortbildung contra legem ist, ist mindestens diskutabel. Unabhängig davon ist nicht erkennbar, für welche Fallgruppe die Verbindlichkeit der Honorarsätze teleologisch reduziert werden könnte.
2. Im Zeitpunkt des Ergehens der anderen Judikate des BGH war die Rechtsprechung des EuGH über das Fehlen einer unionsrechtlichen Pflicht zur Nichtanwendung der HOAI noch nicht so klar konturiert. Es ist nicht auszuschließen, dass der IV. und VIII. Zivilsenat ihre Rechtsprechung vor dem Hintergrund einer vermeintlich stärkeren Verpflichtung aus dem Gemeinschaftsrecht hergeleitet hatten. Es bedarf einer triftigen Begründung, wenn das nationale Recht weitergehende Umsetzungsverpflichtungen vorsehen sollte als das Unionsrecht. Warum sollten sich die Gerichte ohne solche Gründe in einen Affront mit dem Gesetzgeber begeben?
3. Die Honorarsätze sind kein nationales Recht, welches Richtlinien umsetzen sollten, im Gegenteil: die Bundesregierung stand immer auf dem Standpunkt, dass die Honorarsätze gerechtfertigt sind, das heißt, die Bedingungen der Dienstleistungsrichtlinie für Mindest- und Höchstsätze erfüllen. Es geht hier also eher nicht darum, dass der Gesetzgeber bemüht war, aber leider nicht erfolgreich. Am hypothetischen Willen des Gesetzgebers wird daher nicht angesetzt werden können.
4. Der Zweck des Instituts der unmittelbaren Anwendbarkeit wird durch die Nichtbeachtung der Honorarsätze nicht herbeigeführt.⁷²
5. Von einer Nichtbeachtung der Honorarsätze profitiert allenfalls der Auftraggeber, nicht das Unionsrecht. Vom *effet utile* ist das nicht ge-

fordert und die Rechtssicherheit fordert das Gegenteil, nämlich die Anwendung des Vergütungsrechts, welches zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses galt.

3. Ergebnis

Auch die teleologische Reduktion der Verbindlichkeit der Honorarsätze dürfte im Ergebnis wohl kein stabiler Pfeiler sein, der die Brücke über den Abgrund der Nichtanwendung der Honorarsätze tragen könnte.

Vielleicht hilft hier aber eine erweiternde Auslegung anderer Regelungen der HOAI weiter.

V. Erweiternde Auslegung der Ausnahmen von den Honorarsätzen

1. § 7 Abs. 3 HOAI

§ 7 Abs. 3 HOAI regelt ausdrücklich „Ausnahmefälle“, in denen „durch schriftliche Vereinbarung“ von den Honorarsätzen abgewichen werden kann. Ein Ausnahmefall ist nach bisherigem Verständnis gegeben, wenn aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalls unter Berücksichtigung des Zwecks der Mindestregelung ein unter den Mindestsätzen liegendes Honorar angemessen ist.⁷³ Es müssen „enge Beziehungen rechtlicher, wirtschaftlicher, sozialer oder persönlicher Art oder sonstige besonderen Umstände“ vorliegen.⁷⁴ Die Rechtsprechung hatte diese Ausnahmefälle bislang sehr restriktiv gehandhabt.⁷⁵ Der Wortlaut der Regelung lässt aber offenkundig ein breiteres Auslegungsspektrum zu.

Auch das Kriterium der „schriftlichen Vereinbarung“ wird bislang restriktiv so ausgelegt wie § 7 Abs. 1 HOAI, wonach die Vereinbarung „bei Auftragserteilung“ zu erfolgen hat.⁷⁶ Würden hier auch spätere Zeitpunkte zugelassen, so würde auch damit der Anwendungsbereich der zwingenden Vergütungssät-

72 Sie hierzu oben III.2.b) und die zutreffende Argumentation des KG Berlin, Hinweisbeschl. v. 19.08.2019 – 21 U 20/19 = IBRRS 2019, 2623.

73 BGH, Urt. v. 22.05.1997, BauR 1997, 677.

74 BGH v. 27.10.2011 – VII ZR 163/10, Rdnr. 20 = BauR 2012, 271 = NJW 2012, 848 = NZBau 2012 174; dazu und zu weiteren Nachweisen siehe Koeble, in: Locher/Koeble/Frik, HOAI, 13. Aufl. 2017, § 7 Rdnr. 122 ff.

75 Vergleiche zu Nachweisen aus der Rechtsprechung zum Beispiel Wirth/Galda, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, HOAI, 9. Aufl. 2016, Rdnr. 60.

76 Wirth/Galda, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, HOAI, 9. Aufl. 2016, Rdnr. 53 mit Nachweisen zur Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs.

ze der HOAI eingeschränkt. Diese Vorgehensweise und Auslegung würde sich jedenfalls im Rahmen des Wortlauts halten, denn was „Ausnahmen“ sind, muss durch Auslegung ermittelt werden. Die Wortlautgrenze ist hier weit und dürfte erst dann erreicht sein, wenn die Ausnahme zur Regel wird.

2. Bedenken

Gegen eine solche unionsrechtliche Pflicht zur erweiternden Auslegung der Ausnahmen zu den Honorarsätzen sind verschiedene Einwände denkbar.

a) Auch die Auslegung und insbesondere die Änderung einer bewährten (höchstrichterlichen) Auslegung hat belastende Wirkung und bedarf vor dem Hintergrund des auch im Unionsrecht geltenden allgemeinen Grundsatzes der Rechtssicherheit⁷⁷ rechtfertigender Gründe. Unionsrecht darf nur dann ausnahmsweise auf Zeiten vor seiner Bekanntgabe zurückwirken, wenn und soweit das ein im Allgemeininteresse liegendes Ziel verlangt und (kumulativ) das berechnete Vertrauen der Betroffenen gebührend beachtet ist.⁷⁸ Ein die Rückwirkung rechtfertigendes Allgemeininteresse fehlt insbesondere dann, wenn das rückwirkende Recht in der Vergangenheit keine tatsächliche Steuerungswirkung mehr entfalten kann und folglich bloß rechtliche Fiktion wäre.⁷⁹ Wenn die Parteien aber von den verbindlichen Honorarsätzen vertraglich abweichen, ist das Ziel der Dienstleistungsrichtlinie ja gerade erreicht. Dann läge überhaupt kein Verstoß gegen die Richtlinie vor, die eine andere Auslegung als bisher erforderlich machte. Die richtlinienkonforme Auslegung würde dann kein im Allgemeininteresse liegendes Ziel herbeiführen, sondern nur noch eine finanzielle Entlastung des Auftraggebers, weil dieser sich nicht mehr an die Mindestsätze halten müsste.

b) In der Rechtssicherheit wurzelt ein weiterer Einwand. Wenn tatsächlich alle Fallgruppen möglicher Ausnahmen zu den verbindlichen Honorarsätzen der HOAI neu inspiert werden müssten, führte dies zu erheblicher Rechtsunsicherheit im nationalen Recht und könnte an dieser Stelle eine Streitwelle mit ungewissem Ausgang hervorrufen. Dem Abweichen von der bewährten Falldogmatik könnte überdies entgegenstehen, dass die eventuell geänderten Entscheidungen ohnehin nur für eine Übergangszeit, nämlich bis zur Neuregelung der Vergütung der Architekten und Ingenieure Geltung beanspruchen würden.

VI. Ergebnis

Es gibt keine unionsrechtliche Pflicht, die die verbindlichen Honorarsätze der HOAI bei Verträgen, in denen sich ausschließlich Private gegenüberstehen, nicht anzuwenden. Ein anderes Verständnis würde Bürgern unmittelbare Pflichten auferlegen, wozu aber nur Verordnungen, grundsätzlich nicht aber Richtlinien berechneten. Es gibt auch kein *Recht* des nationalen Richters dies zu tun, denn er ist verfassungsmäßig an das Gesetz gebunden. Das Instrument der gespaltenen Auslegung ist bei den Honorarsätzen nicht sinnvoll anwendbar. Ohne eine unionsrechtliche Verpflichtung gibt es auch kein nationales verfassungsrechtliches Gebot zu einer Auslegung entgegen dem Wortlaut des Gesetzes. Daraus folgt, dass es für die Frage der Anwendbarkeit der Honorarsätze nicht auf den Zeitpunkt des Ergehens des EuGH-Urteils ankommt. Vielmehr gilt das zwingende Preisrechts der HOAI fort, bis der Gesetzgeber seinen unionsrechtlichen Verpflichtungen nachgekommen sein und die Vergütungsregelung für Architekten und Ingenieure entsprechend angepasst haben wird.

Die einzige Ausnahme hiervon ist der Fall, dass einer der Vertragspartner eine staatliche oder staatsnahe Stelle ist und der andere Vertragspartner sich zu seinen Gunsten auf die unmittelbare Wirkung der Richtlinie beruft. Praktisch wird dieser Fall wohl nur dann relevant, wenn die Parteien ein über den Höchstsätzen liegendes Honorar ausgemacht haben und sich der staatliche Auftraggeber auf die Honorarsätze beruft.

Eine Verpflichtung des Rechtsanwenders, die gesetzlichen Ausnahmen weiter als bisher auszulegen, besteht im Ergebnis ebenso wenig.

77 EuGH, Urt. v. 21.09.1983 – verb. Rs. 205/82 u.a. (Deutsche Milchkontor), Slg.1983, 2633, Rdnr. 30; EuGH, Urt. v. 01.07.2014 – C-573/12 (Alands Vindkraft), EuZW 2014, 620, Rdnr. 125; siehe Latzel, Schutz vor rückwirkenden Recht kraft Unionsrecht, EuR 2015, 415 (419) mit weiteren Nachweisen.

78 Latzel, Schutz vor rückwirkenden Recht kraft Unionsrecht, EuR 2015, 415 (427/428) u.a. mit Verweis auf EuGH, Urt. v. 11.07.1991 – C-368/89 (Crispoltoni), Slg. 1991, I-3695, Rdnr. 17; EuGH, Urt. v. 10.09.2009 – C-201/08 (Plantanol), Slg. 2009, 18343, Rdnr. 44; s.a. Everling, Zur Auslegung des durch EG-Richtlinien angeglichenen nationalen Rechts, ZGR 1992, 376 ff. (388).

79 K. Petersen, EG-Richtlinienumsetzung und Übergangsgerichtsbarkeit, 2008, S. 301 ff., 328, 352 ff., 369; Latzel, EuR 2015, 428.