

EuGH: Kampfansage an „Honorarordnungen“ der freien Berufe?

Der EuGH hat mit seinem Urteil vom 4.7.2019 in der Rs C-377/17, *Kommission/Deutschland*, festgestellt, dass die in der deutschen Honorarordnung für Architekten und Ingenieure für Planungsleistungen (in der Folge „HOAI“) festgelegten Mindest- und Höchstsätze unionsrechtswidrig sind, da sie gegen die Vorgaben der RL 2006/123/EG über Dienstleistungen im Binnenmarkt (in der Folge „DienstleistungsRL“) verstoßen.

Begründet hat dies der EuGH damit, dass gemäß Art 15 Abs 5 und 6 der DienstleistungsRL Rechts- und Verwaltungsvorschriften, durch die Mindest- und/oder Höchstpreise festgesetzt werden, nur dann von den Mitgliedstaaten beibehalten oder eingeführt werden dürfen, wenn sie den nachfolgenden Anforderungen des Art 15 Abs 3 der DienstleistungsRL entsprechen:

- keine direkte oder indirekte Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit (bzw aufgrund des Ortes des satzungsmäßigen Sitzes einer Gesellschaft);
- Rechtfertigung durch einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses;
- Verhältnismäßigkeit (dh die Vorschriften sind zur Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Ziels geeignet, sie gehen nicht über das hinaus, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist und sie sind nicht durch andere, weniger einschneidende Maßnahmen ersetzbar, die zum selben Ergebnis führen).

Außer Frage stand für den EuGH bei seiner Prüfung der Mindest- und Höchstsätze der HOAI anhand der vorangeführten Anforderungen, dass diese keine direkte oder indirekte Diskriminierung darstellen. Ferner anerkannte er, dass die mit den Mindestpreisen verfolgten Ziele (Sicherung der Qualität der Planungsleistungen, des Verbraucherschutzes, der Bauaufsicht, des Erhalts der Baukultur und des ökologischen Bauens) sowie die mit den Höchstpreisen verfolgten Ziele (Sicherstellung des Verbraucherschutzes, in dem sie die Transparenz im Hinblick auf die entsprechenden Leistungen gewährleisten) zwingende Gründe des Allgemeininteresses darstellen und daher erforderlich sind.

Demgegenüber verneinte der EuGH aber das Vorliegen der dritten Anforderung und somit die Frage, ob die in der HOAI festgesetzten Mindest- und Höchstsätze verhältnismäßig sind. Die Verhältnismäßigkeit der in der HOAI festgesetzten Mindestpreise verneinte der EuGH dabei deshalb, weil in Deutschland die Erbringung von Planungsleistungen nicht nur bestimmten Berufsständen vorbehalten ist, die einer zwingenden berufs- oder kammerrechtlichen Aufsicht unterliegen (Architekten, Ingenieure), sondern auch andere – nicht reglementierte Dienstleistungsanbieter – Planungsleistungen erbringen können. Daher sind nach Ansicht des EuGH die in der HOAI festgesetzten Mindestpreise nicht geeignet, die Ziele, eine hohe Qualität der Planungsleistungen zu gewährleisten und den Verbraucherschutz sicherzustellen, zu erreichen.

Die Verhältnismäßigkeit der in der HOAI festgesetzten Höchstpreise verneinte der EuGH hingegen deshalb, weil diese nicht erforderlich sind, um die Verbraucher vor über-

höhten Honoraren zu schützen. Eine Erhöhung der Transparenz der von den Dienstleistungserbringern angebotenen Preise und damit die Verhinderung überhöhter Honorare, könne laut dem EuGH nämlich auch durch weniger einschneidende Maßnahmen erreicht werden (zB dadurch, dass Kunden Preisorientierungen für die verschiedenen von der HOAI genannten Kategorien von Leistungen zur Verfügung gestellt werden).

Während die Bundesrepublik Deutschland nunmehr aufgrund des Urteils des EuGH in der Rs C-377/17, *Kommission/Deutschland*, eine neue, unionsrechtskonforme Honorarordnung für Architekten und Ingenieure für Planungsleistungen zu schaffen hat, wird das EuGH Urteil im Hinblick auf die österreichische „Honorarordnung“ der Ziviltechniker, Architekten und Ingenieurkonsulenten in Österreich wohl keine Auswirkungen haben. Dies zumal die Rechtslage in Österreich nicht mit jener zu vergleichen ist, die dem EuGH Urteil zugrunde lag. Die Rechtsgrundlage der für verbindlich erklärten Gebührenordnungen der Architekten und Ingenieurkonsulenten wurde nämlich vom VfGH bereits 1990 als Eingriff in das verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht der Freiheit der Erwerbsausübung als verfassungswidrig aufgehoben. Zudem wurden 2006 von der Kammer der Ziviltechniker, Architekten und Ingenieurkonsulenten, unter Druck der Bundeswettbewerbsbehörde, alle Verordnungen, welche die bis dahin geltenden, unverbindlichen Honorarleitlinien für Ziviltechnikerleistungen betroffen haben, aufgehoben. Seitdem kommen in Österreich daher nur mehr sogenannte Leistungs- und Vergütungsmodelle (LM.VM) zur Anwendung, bei denen es sich jedoch nicht um verbindliche Empfehlungen der Kammer, sondern um wissenschaftliche Empfehlungen der Technischen Universität Graz handelt.

Gering dürfte die Reichweite des Urteils in der Rs C-377/17, *Kommission/Deutschland*, aber auch in Hinblick auf die Honorarordnungen der übrigen freien Berufe in Österreich sein. Entscheidend ist zunächst nämlich stets, ob in den einzelnen Honorarordnungen überhaupt verbindliche Mindest- und/oder Höchstsätze vorgegeben werden (was, wie die Praxis zeigt, in der österreichischen Rechtsordnung kaum der Fall ist). Keine verbindlichen Honorarvorgaben enthalten zB die Allgemeinen Honorar-Kriterien (AHK) der Rechtsanwälte, die lediglich der Beurteilung der Angemessenheit der Honorare der Rechtsanwälte dienen, die Honorarordnung der Tierärzte, die laut Erläuterungen zur Novelle 2016 des Tierärztegesetzes nur mehr als Empfehlung der Österreichischen Tierärztekammer anzusehen sind sowie die Honorarordnung der Österreichischen Ärztekammer für gutachterliche Tätigkeiten, die als bloß unverbindliche Richtlinie angesehen wird. Die Berechnung der Honorare der Wirtschaftstreuhänderberufe und somit der Steuerberater, Bilanzbuchhalter, Buchhalter und Personalverrechner, erfolgt seit der Aufhebung der Honorargrundsätze für Wirtschaftstreuhänder (HGR) im Jahr 2007 überhaupt nur mehr nach den Bestimmungen des ABGB.

Sofern vereinzelt dennoch verbindliche Honorarvorgaben bestehen sollten, stellt sich im Hinblick auf ihre Zulässig-

keit die Frage, welchen Zweck diese verfolgen. Im Lichte des Urteils des EuGH Rs C-377/17, *Kommission/Deutschland*, sind Mindesthonorarsätze nämlich ua dann zulässig, wenn sie der Qualitätssicherung dienen. Dies setzt allerdings voraus, dass die jeweilige Dienstleistung einem geschlossenen Anbieterkreis vorbehalten ist, der einem bestimmten Berufsrecht unterworfen ist. Andernfalls das Ziel nicht in kohärenter Weise erzielt werden kann. Vor diesem Hintergrund können daher zB auch die Mindesthonorarsätze des Rechtsanwaltstarifgesetzes (RATG) als unproblematisch angesehen werden, die sich im Zusammenhang mit der Vertretung vor den Zivilgerichten und den Außerstreitgerichten ergeben. Die Vertretung vor den Gerichten ist

nämlich ausschließlich den Rechtsanwälten, die einem eigenen Berufsrecht unterliegen, vorbehalten („Beratungsmonopol“) und lässt sich daher entsprechend dem EuGH Urteil, Rs C-377/17, *Kommission/Deutschland*, mit dem Qualitätssicherungsgedanken grundsätzlich rechtfertigen.

Zusammengefasst geben die Aussagen des EuGH in der Rs C-377/17, *Kommission/Deutschland*, somit eine gute Richtschnur für die Rechtmäßigkeit bestehender und die Ausgestaltung künftiger Honorarregelungen. Unmittelbarer Handlungsbedarf im Hinblick auf die derzeit in Österreich zur Anwendung kommenden „Honorarordnungen“ der freien Berufe besteht aufgrund des EuGH Urteils Rs C-377/17, *Kommission/Deutschland*, grundsätzlich nicht.

AKTUELLE RECHTSPRECHUNG (VIL-Slg) geleitet von Sonja Vrbovszky

VIL-Slg 2019/30

■ EuGH: Zur Auswirkung der Verschmelzung zweier Bieter im nicht offenen Verfahren

(EuGH 11. 7. 2019, C-697/17, *Telecom Italia*)

SV: Die Infratel Italia hat im Namen des italienischen Ministeriums für Wirtschaftsentwicklung ein nicht offenes Verfahren zur Vergabe der Errichtung und des Betriebs eines öffentlichen Ultrabreitbandnetzes in fünf Losen durchgeführt. Auch die Telecom Italia, die Metroweb Sviluppo Srl und die Enel OpEn Fiber Spa haben Teilnahmeanträge gestellt und sind zum Verfahren zugelassen worden. Die Metroweb Sviluppo hat kein Angebot abgegeben. Zwischen Vorauswahlphase und Ende der Angebotsfrist wurde vertraglich vereinbart, dass die Metroweb Sviluppo nach Ende der Angebotsfrist durch eine Verschmelzung durch Aufnahme in der Enel OpEn Fiber aufgehen sollte. Die Europäische Kommission hatte dagegen keine Einwände. In der vorläufigen Rangliste der erfolgreichen Bieter, der Zuschlagsentscheidung, war die Enel OpEn Fiber in allen Losen erstgereiht, die Telecom Italia war in vier Losen zweitgereiht, in einem drittgereiht. Die Telecom Italia hat die Zuschlagsentscheidung bekämpft und der italienische Staatsrat hat den EuGH sinngemäß gefragt, ob es iSd Art 28 Abs 2 Satz 1 der RL 2014/24/EU, der die rechtliche und tatsächliche Identität zwischen vorausgewählten und angebotsabgebenden Wirtschaftsteilnehmern vorsieht, in einem nicht offenen Verfahren zulässig ist, dass ein zugelassener Bewerber, der sich zwischen Vorauswahlphase und Ende der Angebotsfrist verpflichtet hat, einen anderen zugelassenen Bewerber nach Ende der Angebotsfrist aufzunehmen, ein Angebot legt. Der EuGH hat die Zulässigkeit der Angebotsabgabe bejaht.

EG:

27 Nach Art 28 Abs 2 Satz 1 der Richtlinie 2014/24 können lediglich jene Wirtschaftsteilnehmer, die von dem öffentlichen Auftraggeber infolge seiner Bewertung der be-

reitgestellten Informationen dazu aufgefordert werden, ein Angebot übermitteln.

28 Diese Vorschrift gilt für das nicht offene Verfahren, dass in mehreren Phasen abläuft, insbesondere für die Vorauswahlphase und die Angebotsabgabephase.

29 Nach dem Wortlaut von Art 28 Abs 2 Satz 1 der Richtlinie 2014/24 muss der Wirtschaftsteilnehmer, der ein Angebot abgibt, grundsätzlich derjenige sein, der in der Vorauswahl berücksichtigt wurde.

30 Diese Bestimmung sieht keine Regeln für etwaige Änderungen der Struktur oder der wirtschaftlichen und technischen Leistungsfähigkeit des in der Vorauswahl berücksichtigten Bewerbers vor.

[...]

33 Der Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter, der die Entwicklung eines gesunden und effektiven Wettbewerbs zwischen den sich um einen öffentlichen Auftrag bewerbenden Unternehmen fördern soll, gebietet, dass alle Bieter bei der Abfassung ihrer Angebote die gleichen Chancen haben, was voraussetzt, dass die Angebote aller Wettbewerber den gleichen Bedingungen unterworfen sein müssen. Eine strikte Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Bieter im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens würde zu dem Schluss führen, dass nur die Wirtschaftsteilnehmer, die als solche bei der Vorauswahl berücksichtigt worden sind, Angebote vorlegen und den Zuschlag erhalten können (vgl in diesem Sinne Urteil vom 24. Mai 2016, *MT Højgaard und Züblin*, C-396/14, EU:C:2016:347, Rn 38 und 39).

34 Dieser Ansatz findet seine Grundlage in Art 28 Abs 2 der Richtlinie 2014/24, wonach „[l]ediglich jene Wirtschaftsteilnehmer, die von dem öffentlichen Auftraggeber infolge seiner Bewertung der bereitgestellten Informationen dazu aufgefordert werden, ... ein Angebot übermitteln [können]“, was eine rechtliche und tatsächliche Identität zwischen den in der Vorauswahl berücksichtigten Wirtschaftsteilnehmern und den Wirtschaftsteilnehmern, die die Angebote vorlegen,

SV = Sachverhalt EG = (aus den) Entscheidungsgründen