

Keine anrechenbaren Kosten für mitverarbeitete Bausubstanz nach der neuen HOAI! Ausreichende Kompensation durch den Umbauszuschlag, § 35 Abs. 1 HOAI?

Rechtsanwalt Heiko Randhahn, Berlin

1 Streitstand bzgl. anrechenbarer Kosten für mitverarbeitete Bausubstanz	2
2 Würdigung	4
2.1 Wille des Verordnungsgebers	4
2.2 Kein Rückgriff auf die Rechtsprechung vor Einführung des § 10 Abs. 3a HOAI a.F.....	5
2.3 Keine Berücksichtigung als Teil der Baukonstruktion nach § 32 Abs. 1 HOAI ..	7
2.4 Keine Berücksichtigung über die DIN 276-1:2008-12	9
3 Zwischenfazit.....	12
4 Kompensation über den Umbauszuschlag, § 35 Abs. 1 HOAI?	13
5 Fazit.....	18

1 Streitstand bzgl. anrechenbarer Kosten für mitverarbeitete Bausubstanz

Sowohl nach der HOAI in der Fassung bis August 2009 als auch in der dann reformierten Fassung sind die anrechenbaren Kosten einer der Parameter, der die Höhe des Honorars für Architekten und Ingenieure bestimmt, soweit dieses nach der HOAI berechnet wird.¹ Dies gilt für alle Maßnahmen, also auch Baumaßnahmen im Bestand, d.h. Umbauten und Modernisierungen. Bei solchen Baumaßnahmen entstehen aber regelmäßig nicht die gleichen Baukosten und damit auch anrechenbaren Kosten wie bei einem Neubau. Schließlich wird der Baukörper an sich nicht neu errichtet. Dies würde im Grunde dazu führen, dass der Planer einer Baumaßnahme im Bestand weniger Honorar erhalten würde als der Planer eines Neubaus. Dies obwohl Einigkeit darüber besteht, dass Bestandsmaßnahmen im Regelfall aufwändiger sind als Neubauten und im Rahmen der Planung gerade auch die bestehende Bausubstanz umfangreich und aufwendig zu integrieren ist.²

Die HOAI in der Fassung vor der jüngsten Reform enthielt mit § 10 Abs. 3a eine Regelung, die diese Situation ausgleichen sollte. Danach konnte vorhandene Bausubstanz, die technisch oder gestalterisch mitverarbeitet wird, bei den anrechenbaren Kosten angemessen berücksichtigt werden. Die Norm wurde zwar vielfach wegen ihrer Unbestimmtheit und der Streitanzfälligkeit kritisiert, führte aber im Grunde dazu, dass bei Leistungen im Bestand ein ähnlich hohes Honorar wie bei Neubaumaßnahmen verlangt werden konnte.

Mit der Reform der HOAI im Jahre 2009 wurde § 10 Abs. 3a HOAI a.F. gestrichen. Es wird jedoch darüber gestritten, ob bei einer Honorarberechnung nach der HOAI, unabhängig von besonderen vertraglichen Vereinbarungen, dennoch weiterhin anrechenbare Kosten für mitverarbeitete Bausubstanz zu berücksichtigen sind. Unstreitig dürfte es dagegen sein, dass die Möglichkeit besteht, die Berücksichtigung bestimmter anrechenbarer Kosten für mitverarbeitete Bausubstanz vertraglich zu vereinbaren.³ Dies unter den Voraussetzungen, dass die Vereinbarung gem. § 7 Abs. 1 und

¹ Vgl. § 10 HOAI a.F. und § 6 Abs. 1 HOAI.

² Vgl. hierzu *Seifert* in Korbion/Mantscheff/Vygen, HOAI, Aktualisierungsband, § 35, S. 111.

³ Zulässig -aber unnötig kompliziert- dürfte auch die Vereinbarung einer Berechnung nach § 10 Abs. 3 a HOAI a.F. sein.

Abs. 6 Satz 1 HOAI schriftlich bei Auftragserteilung erfolgt und das aufgrund der Vereinbarung errechnete Honorar im Vergleich zu einer rein objektiven Honorarberechnung nach der HOAI den dort vorgegebenen Honorarraumen (zwischen Mindest- und Höchstsätzen) nicht verlässt.⁴ Auch für diese Vergleichsrechnung kommt es dann aber wieder darauf an, ob bzw. wie viel anrechenbare Kosten für mitverarbeitete Bausubstanz objektiv zu berücksichtigen sind.

Diejenigen Autoren, die als anrechenbare Kosten auch nach der aktuellen HOAI solche für mitverarbeitete Bausubstanz berücksichtigen möchten,⁵ bemühen hierzu im Wesentlichen folgende Argumente:

- a. Der BGH habe vor der Einführung des § 10 Abs. 3 a HOAI a.F. entschieden, dass der Wert mitverarbeiteter Bausubstanz in der Höhe ortsüblicher Kosten als anrechenbare Kosten mit zu berücksichtigen ist. Das müsse nach Abschaffung des § 10 Abs. 3a HOAI a.F. wieder gelten.⁶
- b. In § 32 HOAI ist geregelt, dass die Kosten der Baukonstruktion anrechenbare Baukosten sind. Zur Baukonstruktion gehöre die mitverarbeitete Bausubstanz und deshalb seien dafür anrechenbare Kosten zu berücksichtigen.⁷
- c. Unter Abschnitt 3.3.6 der DIN 276-1:2008-12 wird verlangt, dass der Wert vorhandener Bausubstanz und wiederverwendeter Teile bei den betreffenden

⁴ Vgl. zur freien Vereinbarung über die Honorarberechnungsparameter der HOAI - BGH, Urt. v. 16.12.2004 – VII ZR 16/03, [BauR 2005, 735](#); BGH, Urt. v. 17.04.2009 – VII ZR 164/07, [BauR 2009, 1162](#); Steeger/Steeger, HOAI, § 7 Rn. 3.

⁵ So etwa *Simmendinger*, Berücksichtigung der vorhandenen Bausubstanz in der HOAI 2009, abzurufen bei [www.ibr-online.de](#); *ders.*, IBR 2009, 1354; *ders.*, DIB 09/2009, 47; *ders.* u.a., DIB 11/2009, 42; *Mayer/Enseleit*, DIB 10/2009, 47; *Morlock*, DAB 07/2009.

⁶ *Simmendinger*, Berücksichtigung der vorhandenen Bausubstanz in der HOAI 2009, abzurufen bei [www.ibr-online.de](#); *Morlock*, DAB 07/2009.

⁷ In diese Richtung ohne abschließende Stellungnahme *Motzke*, Gestaltung eines Architektenvertrages nach HOAI 2009: Worauf muss der Architekt künftig besonders achten?, abzurufen bei [www.ibr-online.de](#).

Kostengruppen gesondert ausgewiesen wird. Demnach soll deren Wert auch bei den anrechenbaren Kosten mit zu berücksichtigen sein.⁸

2 Würdigung

Die Argumente für die Relevanz der mitverarbeiteten Bausubstanz nach der Neufassung der HOAI überzeugen nicht. Die mitverarbeitete Bausubstanz ist hinsichtlich der honorarrelevanten anrechenbaren Kosten nicht mehr zu berücksichtigen.

2.1 Wille des Verordnungsgebers

Der Verordnungsgeber hat den § 10 Abs. 3a HOAI a.F. und damit die Berücksichtigung mitverarbeiteter Bausubstanz bei den anrechenbaren Kosten ganz bewusst gestrichen. Dies ist eindeutig in den Materialien zur Reform niedergelegt.⁹ Dort heißt es:¹⁰

„Die Regelung des bisherigen § 10 Abs. 3a wurde gestrichen und inhaltlich durch die weitere Fassung der Regelung des § 35 berücksichtigt.“

Und dann noch:

„§ 35 bündelt die Vorschriften zu Umbauten und Modernisierungen der geltenden §§ 10 Abs. 3a, 24, 25 Abs. 2, 59, 66 Abs. 5 und 76 und regelt die Möglichkeit, Zuschläge für die Planung von Umbauten und Modernisierungen zu vereinbaren.“

Die Regelung des bisherigen § 10 Abs. 3a hat in der Vergangenheit vielfach zu Rechtsstreitigkeiten geführt. Es wurde daher eine Zusammenführung der bisherigen Regelungen vorgenommen. Um auch Änderungen an der vorhandenen

⁸ *Simmendinger*, Berücksichtigung der vorhandenen Bausubstanz in der HOAI 2009, abzurufen bei www.ibr-online.de; *Morlock*, DAB 07/2009.

⁹ So auch *Locher* in *Locher/Koebler/Frik*, HOAI, [§ 35](#) Rn. 20.

¹⁰ BR-Drucks. 395/09, S. 190, 193

Bausubstanz in der Regelung zum Umbauschlag mit zu erfassen, wurde zum einen die Definition der Umbauten in § 2 Nummer 6 weiter gefasst und die Marge, in der ein Zuschlag vereinbart werden kann, auf 20 bis 80 Prozent, statt bisher 20 bis 33 Prozent, erweitert.“

Wie die nachfolgenden Erläuterungen zeigen werden, liegt es auch nicht so, dass der Wille des Ordnungsgebers nicht oder nur undeutlich in der reformierten HOAI Niederschlag gefunden hat, so dass weiterhin die mitverarbeitete Bausubstanz zu berücksichtigen wäre.

2.2 Kein Rückgriff auf die Rechtsprechung vor Einführung des § 10 Abs. 3a HOAI a.F.

Man kann zunächst nicht annehmen, dass ein Rückgriff auf die Rechtsprechung vor der Einführung des § 10 Abs. 3a HOAI a.F. erfolgen kann.¹¹

Der BGH hatte im Jahre 1986¹² zu § 10 Abs. 3 Nr. 4 HOAI in der bis dato geltenden Fassung entschieden, dass die erhalten gebliebenen Gebäudeteile, auf die ein Umbau aufsetzte, in vollem Umfang zu den ortsüblichen Preisen bei den anrechenbaren Kosten zu berücksichtigen waren.¹³ § 10 Abs. 3 Nr. 4 HOAI lautete zu diesem Zeitpunkt wie folgt:

(3) Als anrechenbare Kosten nach Absatz 2 gelten die ortsüblichen Preise, wenn der Auftraggeber ...

*4. vorhandene oder vorbeschaffte Baustoffe oder Bauteile **mitverarbeiten** lässt.*

Der Ordnungsgeber wollte diese durch den BGH ausgesprochene Rechtslage im Jahr 1988 durch die Neueinfügung des § 10 Abs. 3a HOAI a.F. dahingehend konkretisieren, dass die vorhandene Bausubstanz nur zu berücksichtigen ist, soweit sie pla-

¹¹ So auch *Koebler* in Locher/Koebler/Frik, HOAI, [§ 4](#) Rn. 52 ff. und [§ 35](#) Rn. 20; *Scholtissek*, HOAI, § 35 Rn. 2; a.A. siehe Fn. 6.

¹² BGH, Urt. v. 19.06.1986 – VII ZR 260/84, [BauR 1986, 593](#).

¹³ Vgl. hierzu auch *Neuenfeld u.a.*, HOAI, § 10 Rn. 19a.

nerisch und gestalterisch mitverarbeitet wird. Gleichzeitig mit der Einführung des § 10 Abs. 3a HOAI a.F. wurde in § 10 Abs. 3 Nr. 4 HOAI a.F. das Wort „mitverarbeiten“ durch „einbauen“ ersetzt, um so den Anwendungsbereich zu beschränken. Die Norm hieß dann:

(3) Als anrechenbare Kosten nach Absatz 2 gelten die ortsüblichen Preise, wenn der Auftraggeber

*4. vorhandene oder vorbeschaffte Baustoffe oder Bauteile **einbauen** lässt.*

Mit diesen beiden Änderungen war dann klargestellt, dass bereits bestehende Bausubstanz nur unter den Voraussetzungen des § 10 Abs. 3a HOAI a.F. bei den anrechenbaren Kosten zu berücksichtigen ist und nach § 10 Abs. 3 Nr. 4 HOAI (in der Fassung ab 1988) die Kosten für vorhandene und vorbeschaffte Baustoffe und Bauteile nur noch dann anrechenbar waren, wenn sie im Rahmen der Maßnahme eingebaut wurden. Bestehende Bausubstanz über § 10 Abs. 3 Nr. 4 HOAI (in der Fassung ab 1988) zu berücksichtigen, war nach der Änderung des Wortlauts nicht mehr möglich,¹⁴ denn diese wird nicht eingebaut, wie es die Norm aber verlangte.

Die Regelung aus § 10 Abs. 3 Nr. 4 HOAI (in der Fassung ab 1988) wurde im Rahmen der jüngsten Reform der HOAI wortgleich in § 4 Abs. 2 Nr. 4 HOAI übernommen. Mit den in § 4 Abs. 2 Nr. 4 HOAI genannten Bauteilen und Baustoffen sind daher wie nach § 10 Abs. 3 Nr. 4 HOAI a. F. weiterhin nur einzubauende bewegliche Sachen gemeint, nicht dagegen solche, die bereits Bestandteil des Gebäudes waren. Über § 4 Abs. 2 Nr. 4 HOAI kann daher eine Rückkehr zu der Rechtslage vor der Einführung des § 10 Abs. 3a HOAI a.F. nicht erreicht werden. Dazu hätte auch der Wortlaut des § 4 Abs. 2 Nr. 4 HOAI wieder in den des § 10 Abs. 3 Nr. 4 HOAI (in der Fassung bis 1988) geändert werden müssen. Weder in § 10 Abs. 3 Nr. 4 HOAI in der Fassung vor der jüngsten Reform noch jetzt in § 4 Abs. 2 Nr. 4 HOAI spielt die Mitverarbeitung bereits verbauter Bausubstanz also eine Rolle.¹⁵

¹⁴ Jochem, HOAI, § 10 Rn. 12; Neuenfeld u.a., HOAI, § 10 Rn. 19a; Seifert in Korbion/Mantscheff/Vygen, HOAI, § 10 Rn. 33a.

¹⁵ Randhahn in Steeger, HOAI, § 4 Rn. 22; Koeble in Locher/Koeble/Frik, HOAI, § 4 Rn. 52 ff.; Stemmer, Neue HOAI – neue Fragestellungen, Rn. 37, abzurufen bei www.ibr-online.de.

2.3 Keine Berücksichtigung als Teil der Baukonstruktion nach § 32 Abs. 1 HOAI

Es ist ebenfalls nicht möglich, mitverarbeitete Bausubstanz als anrechenbare Kosten im Rahmen der Kosten der Baukonstruktion nach § 32 Abs. 1 HOAI zu berücksichtigen.¹⁶

Dies ergibt sich daraus, dass für mitverarbeitete Bausubstanz tatsächlich keine Kosten anfallen und weder nach den allgemeinen Vorschriften der HOAI noch nach § 32 Abs. 1 HOAI die Möglichkeit besteht, trotzdem anrechenbaren Kosten zu berücksichtigen

Welche Kosten als anrechenbar gelten, bestimmt die HOAI in § 4. Dabei ist in § 4 Abs. 1 Satz 1 HOAI geregelt, dass grundsätzlich nur tatsächlich anfallende Kosten als anrechenbare Kosten zu beachten sind.¹⁷ Das ergibt sich schon aus dem Wortlaut, der von Kosten spricht. Einen Anhaltspunkt, dass insoweit auch gar nicht angefallene Kosten - also Nicht-Kosten - zu berücksichtigen sind, gibt es nicht. Auch dass § 4 Abs. 1 Satz 2 HOAI auf die ortsüblichen Preise verweist, soll nur verhindern, dass zu niedrige oder zu hohe Auftragspreise das Honorar beeinflussen und betrifft damit nur die Höhe der anrechenbaren Kosten. Die Regelung sagt dagegen nichts über die grundsätzliche Möglichkeit zur Berücksichtigung bestimmter Kosten bzw. Nichtkosten.

Auch das systematische Verhältnis von § 4 Abs. 1 HOAI zu § 4 Abs. 2 HOAI spricht dafür, dass es bei § 4 Abs. 1 Satz 1 HOAI nur um tatsächlich angefallene Kosten geht.

§ 4 Abs. 2 HOAI regelt die Fälle, in denen niedrigere Kosten als ortsübliche oder aus bestimmten Gründen gar keine Baukosten anfallen.¹⁸ Für beide Konstellationen bestimmt die Norm, dass dann ortsübliche Kosten zu berücksichtigen sind. Die Ersetzung nicht ortsüblicher durch ortsübliche anrechenbare Kosten ergibt sich aber schon aus § 4 Abs. 1 Satz 2 HOAI. Würde man auch den Fall, dass keine Kosten anfallen,

¹⁶ So auch *Koebler* in Locher/Koebler/Frik, HOAI, § 4 Rn. 55.

¹⁷ So wohl auch *Koebler* in Locher/Koebler/Frik, HOAI, § 4 Rn. 55.

¹⁸ Vgl. hierzu ausführlicher *Randhahn* in Steeger, HOAI, § 4 Rn. 17 ff.

von § 4 Abs. 1 Satz 1 und 2 HOAI erfassen, bliebe für § 4 Abs. 2 kein Anwendungsbereich.

Solange also tatsächlich keine anrechenbaren Kosten anfallen, ist allein auf § 4 Abs. 2 HOAI abzustellen. Um für nicht anfallende Kosten ortsübliche Preise anzusetzen, muss zwingend ein dort genannter Fall eingreifen. § 4 Abs. 2 HOAI enthält dabei eine abschließende Aufzählung von Konstellationen.¹⁹ Dass die Aufzählung abschließend ist, war schon zur wortwörtlich übernommenen Vorgängervorschrift § 10 Abs. 3 HOAI a.F. ganz herrschende Meinung. Analogien sind nicht möglich.²⁰

Im Hinblick auf die Mitverarbeitung vorhandener Bausubstanz greift nun aber keiner der Ausnahmetatbestände des § 4 Abs. 2 HOAI. Einzig in Betracht kommen würde § 4 Abs. 2 Nr. 4 HOAI, der den Einbau vorhandener Baustoffe und Bauteile thematisiert. Er greift (wie oben ausgeführt) für die Mitverarbeitung bestehender Bausubstanz aber nicht ein, weil diese nicht eingebaut wird.

Es ist nicht zulässig, die in § 4 HOAI niedergelegte Wertung über § 32 Abs. 1 HOAI auszuhebeln, indem man meint, bei § 32 Abs. 1 HOAI seien auch tatsächlich nicht entstandene Kosten für mitverarbeitete Bausubstanz zu berücksichtigen. Der Systematik der HOAI folgend werden in der allgemeinen Regelung des § 4 HOAI die Grundsätze zur Anrechenbarkeit aufgestellt. Die Regelungen zu den anrechenbaren Kosten bei den einzelnen Leistungsbildern im Besonderen Teil der HOAI orientieren sich hieran. Dass mit § 32 Abs. 1 HOAI eine Abweichung zu den Grundsätzen nach § 4 HOAI gewollt gewesen sein soll, ergibt sich weder aus den Materialien zur HOAI noch aus dem Wortlaut. Es kann also nichts nach § 32 HOAI anrechenbar sein, was es nach § 4 HOAI nicht ist. Insoweit können auch nicht über § 32 Abs. 1 HOAI für mitverarbeitete Bausubstanz fiktive Kosten als anrechenbare Kosten angenommen werden.²¹

¹⁹ *Randhahn* in Steeger, HOAI, § 4 Rn. 18.

²⁰ *Seifert* in Korbion/Mantscheff/Vygen, HOAI, § 10 Rn. 29.

²¹ Im Ergebnis ebenso *Koebler* in Locher/Koebler/Frik, HOAI, § 4 Rn. 55, aber mit der abweichenden Begründung, dass § 4 Abs. 2 HOAI als Spezialregelung bezüglich der anrechenbaren Kosten für Bausubstanz zu verstehen ist.

2.4 Keine Berücksichtigung über die DIN 276-1:2008-12

Auch ein Verweis auf die DIN 276-1:2008-12 macht aus dem Wert mitverarbeiteter Bausubstanz keine anrechenbaren Kosten i.S.d. HOAI.²²

Nicht die DIN 276, sondern die HOAI bestimmt, welche Kosten überhaupt anrechenbar sind. Es besteht lediglich die Möglichkeit, durch einen gesetzlichen Verweis die DIN zum Inhalt der HOAI zu machen. In § 10 Abs. 2 HOAI a.F. wurde davon Gebrauch gemacht. Und weil es verfassungsrechtlich unzulässig wäre, wenn nicht der öffentliche Ordnungsgeber der HOAI, sondern der private Normenausschuss der DIN 276 bestimmen würde, was anrechenbare Kosten sind und wie hoch daher das Honorar ist, hatte § 10 Abs. 2 HOAI a.F. eine starre Verweisung auf die DIN 276 in der Fassung von 1981 vorgesehen. In § 10 Abs. 3 bis 5 HOAI wurde erläutert, welche Abweichungen von dieser DIN hinsichtlich der anrechenbaren Kosten zu beachten sind. So hat dann letztlich die HOAI abschließend über das Honorar bestimmt, dieses konnte nicht durch den privaten Normenausschuss der DIN 276 mittels deren Änderung beeinflusst werden.²³

In der aktuellen HOAI wird bezüglich der Ermittlung der honorarrelevanten anrechenbaren Kosten nicht mehr auf die DIN 276 verwiesen und diese so zum Gegenstand des Preisrechts der HOAI gemacht; dies weder im Allgemeinen Teil (Teil 1 der HOAI) noch im Rahmen der Vorschriften zu anrechenbaren Kosten bei den einzelnen Leistungsbildern (Teile 3 und 4 der HOAI).²⁴ Auch erfolgt an keiner Stelle eine nur teilweise Verweisung auf die DIN 276 im Hinblick auf anrechenbare Kosten für mitverarbeitete Bausubstanz.

²² So auch *Koebler* in Locher/Koebler/Frik, HOAI, § 4 Rn. 55; *Siegburg*, [Honorar beim Bauen im Bestand nach der Novellierung der HOAI \(Handwerklicher Fehler oder Sturm im Wasserglas?\)](#), Aufsatz vom 20.04.2010 in Werner Baurecht Online (Forum HOAI), Ziff. 4.1; *Stemmer*, Neue HOAI – neue Fragestellungen, Rn. 36, abzurufen bei www.ibr-online.de und der Einführungserlass zur HOAI des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung, abzurufen unter http://www.bmvbs.de/Anlage/original_1102830/HOAI-Einfuehrungserlass-vom-18.08.09.pdf; a.A. siehe Fn. 8.

²³ Vgl. hierzu *Randhahn* in Steeger, HOAI, § 4 Rn. 15; *Seifert* in Korbion/Mantscheff/Vygen, HOAI, Aktualisierungsband, § 4 S. 37 f.; *Handbuch der Rechtsförmlichkeit*, Rn. 247.

²⁴ So grundsätzlich auch *Motzke*, [HOAI 2009 – Anmerkungen, Anfragen, Rätsel, Aussichten](#), Aufsatz vom 01.02.2010 in Werner Baurecht Online (Forum HOAI), S. 7.

Soweit teilweise überlegt wird, ob ein umfassender Verweis auf die DIN 276-1:2008-12, der dann auch die dortigen Ausführungen zur mitverarbeiteten Bausubstanz erfasst, darin gesehen werden kann, dass nach § 4 Abs. 1 Satz 3 HOAI bei einer Bezugnahme durch die Verordnung auf die DIN 276 bei der Ermittlung der anrechenbaren Kosten die DIN 276-1:2008-12 zu Grunde zu legen ist und weiterhin berücksichtigt wird, dass in § 2 Nr. 13 und 14 HOAI sowie der Anlage 11 für die Kostenermittlungen auf die DIN 276 verwiesen wird,²⁵ ist dies nicht überzeugend. Mit dieser Argumentation lässt sich eine honorarrelevante umfassende Bezugnahme auf die DIN 276-1:2008-12 und auf anrechenbare Kosten für mitverarbeitete Bausubstanz nicht konstruieren.

Zunächst ist dabei zu berücksichtigen, dass gerade in der für die anrechenbaren Kosten entscheidenden Vorschrift des § 4 Abs. 1 HOAI kein Verweis auf die DIN 276 enthalten ist,²⁶ weshalb auch der Inhalt der DIN 276-1:2008-12 nicht umfassend relevant werden kann. Auch in § 4 Abs. 1 Satz 3 HOAI kann man einen solchen Verweis nicht sehen. Dort wird nicht auf eine bestimmte DIN 276 verwiesen, sondern ein Verweis vorausgesetzt. Es erfolgt insoweit auch keine „mittelbare Verweisung“ auf die DIN 276-1:2008-12, wie es etwa *Seifert*²⁷ annimmt. Diese Annahme scheint darauf zu beruhen, dass von einer verfassungsrechtlichen Notwendigkeit ausgegangen wird, starr auf eine bestimmte DIN 276 zu verweisen. Wenn aber hinsichtlich der anrechenbaren Kosten gerade keine Verweisung auf die DIN 276 vorliegt, bedarf es auch keiner starren Verweisung. Eine starre Verweisung auf eine bestimmte DIN 276 muss dann auch nicht in die HOAI hineingelesen werden. Auch die berechtigte Kritik, dass die Ausführungen zu anrechenbaren Kosten in der DIN 276 sehr detailliert sind und ein Verzicht auf eine Verweisung darauf misslich ist,²⁸ kann nicht dazu führen, einen Verweis zu fingieren.

²⁵ Seifert in *Korbion/Mantscheff/Vygen*, HOAI, Aktualisierungsband, § 4, S. 38; Überlegungen in diese Richtung auch bei *Motzke*, [HOAI 2009 – Anmerkungen, Anfragen, Rätsel, Aussichten](#), Aufsatz vom 01.02.2010 in *Werner Baurecht Online (Forum HOAI)*, S. 7 und 20.

²⁶ Ebenso *Motzke*, [HOAI 2009 – Anmerkungen, Anfragen, Rätsel, Aussichten](#), Aufsatz vom 01.02.2010 in *Werner Baurecht Online (Forum HOAI)*, S. 7 und 20.

²⁷ In *Korbion/Mantscheff/Vygen*, HOAI, Aktualisierungsband, § 4, S. 38.

²⁸ Vgl. hierzu *Neuenfeld*, [Die HOAI 2009 – eine neue Spielwiese für Juristen und Nichtjuristen](#), Aufsatz vom 01.06.2009 in *Werner Baurecht Online (Forum HOAI)*, Ziff. 3.

Ein Verweis auf die DIN 276 bzw. DIN 276-1:2008-12 findet sich dagegen tatsächlich in § 2 Nr. 13 und 14 HOAI bezüglich der Aufstellung von Kostenschätzung und Kostenberechnung, nach denen gem. § 6 Abs. 1 HOAI die anrechenbaren Kosten zu ermitteln sind. In § 2 Nr. 13 und 14 HOAI wird aber gleichsam festgelegt, dass die dort genannten Kostenermittlungsarten eben keinesfalls zwingend nach der DIN 276 erfolgen müssen. Schon insoweit kann also gerade nicht von einer irgendwie honorarrelevanten Verweisung auf die DIN 276 ausgegangen werden. Dies entspricht wiederum dem Inhalt des § 4 Abs. 1 HOAI. Die Regelungen in § 2 Nr. 13 und 14 HOAI enthalten letztlich nur strukturelle Vorgaben zur Aufstellung der Kostenermittlungen, bestimmen aber nicht über die Höhe bzw. den Umfang der honorarrelevanten anrechenbaren Kosten.²⁹

Die thematisierte Anlage 11, die ebenfalls die DIN 276 in Bezug nimmt, betrifft lediglich einen Honorartatbestand (bzw. bei vertraglicher Bezugnahme darauf eine Leistungspflicht) und befasst sich nicht mit der Ermittlung der honorarrelevanten anrechenbaren Kosten.³⁰ Hierfür sind primär § 4 HOAI und sekundär die Vorschriften zu den anrechenbaren Kosten bei den einzelnen Leistungsbildern relevant (bspw. § 32 HOAI). Auch insoweit fehlt eine honorarrelevante Verweisung auf die DIN 276.

Aufgrund des Fehlens eines honorarrelevanten Verweises auf die DIN 276 kann sich aus dieser also nicht die Anrechenbarkeit bestimmter Kosten ergeben. Es bestimmt nunmehr unmittelbar und ohne die Inanspruchnahme der „Formulierungshilfe“ DIN 276 allein die HOAI darüber, welche Kosten anrechenbar sind. Weil der Verordnungsgeber bei der Novellierung der HOAI ersichtlich die Begrifflichkeiten der DIN 276-1:2008-12 benutzt hat, kann man jedoch von einer „mittelbaren starren Verweisung“ auf diese DIN ausgehen. Und zwar (nur) in der Gestalt, dass bei der Auslegung der Begrifflichkeiten der HOAI die genannte DIN zu berücksichtigen ist.³¹ Dies

²⁹ *Randhahn* in Steeger, HOAI, § 4 Rn. 15, 22; *Thaetner* in Steeger, HOAI, § 2 Rn. 18.

³⁰ *Randhahn* in Steeger, HOAI, § 4 Rn. 15.

³¹ Wie zuvor.

führt aber nicht dazu, dass nur in der DIN 276 nicht aber in der HOAI genannte anrechenbare Kosten honorarrelevant werden bzw. sind.³²

Schlussendlich ist noch beachtlich, dass der Abschnitt 3.3.6 der DIN 276-1:2008-12 nur vorgibt, den Wert vorhandener Bausubstanz und mitverwendeter Teile auszuweisen. Das heißt aber keinesfalls, dass dieser Wert damit als anrechenbare Kosten im Rahmen der Honorarermittlung nach der HOAI berücksichtigungsfähig sein soll.³³ Bei den einzelnen Kostengruppen fehlt in der DIN 276-1:2008-12 dann auch der Verweis auf den Wert mitverwendeter Bausubstanz.³⁴ *Siegburg* weist als Mitglied des Normenausschusses der DIN 276 außerdem darauf hin, dass die in Abschnitt 3.3.6 enthaltene Vorgabe, auf die anrechenbaren Kosten mitverarbeiteter Bausubstanz zu verweisen, bereits im Jahr 2008 in die DIN 276 aufgenommen wurde. Ziel war es, späteren Streit hinsichtlich der Höhe der anrechenbaren Kosten für mitverarbeitete Bausubstanz zu vermeiden. Dass § 10 Abs. 3a HOAI a.F. durch die HOAI-Novelle gestrichen wird, war zu diesem Zeitpunkt noch nicht absehbar. Der Normenausschuss wollte mit der Formulierung des Abschnittes 3.3.6 der DIN 276-1:2008-12 daher auch keine Aussage über den Umfang der für die Honorarberechnung relevanten anrechenbaren Kosten machen.³⁵ Er wäre dazu auch nicht berechtigt.

3 Zwischenfazit

Auch wenn es für Auftragnehmer misslich ist, kann man nicht mehr annehmen, dass ohne eine gem. § 7 Abs. 1 und Abs. 6 Satz 1 HOAI schriftlich bei Auftragserteilung erfolgte vertragliche Vereinbarung mitverarbeitete Bausubstanz weiterhin bei den anrechenbaren Kosten Berücksichtigung finden kann bzw. dass diese generell honorarrelevant ist. In Betracht kommt lediglich noch die Berücksichtigung des Substanz-

³² So auch *Koebler* in Locher/Koebler/Frik, HOAI, § 4 Rn. 55; *Siegburg*, [Honorar beim Bauen im Bestand nach der Novellierung der HOAI \(Handwerklicher Fehler oder Sturm im Wasserglas?\)](#), Aufsatz vom 20.04.2010 in Werner Baurecht Online (Forum HOAI), Ziff. 4.1.

³³ *Preussner*, [BauR 2010, 340](#).

³⁴ *Preussner*, [BauR 2010, 340](#).

³⁵ *Siegburg*, [Honorar beim Bauen im Bestand nach der Novellierung der HOAI \(Handwerklicher Fehler oder Sturm im Wasserglas?\)](#), Aufsatz vom 20.04.2010 in Werner Baurecht Online (Forum HOAI), Ziff. 4.1.

wertes vorhandener (eingebauter) Bauteile, wenn diese während des Bauvorhabens abgetragen, zwischengelagert und schließlich wieder eingebaut werden. Dann greift § 4 Abs. 2 Nr. 4 HOAI ein. Diesbezüglich ist insbesondere an Maßnahmen im Bereich des Denkmalschutzes zu denken.³⁶

4 Kompensation über den Umbauzuschlag, § 35 Abs. 1 HOAI?

Nach dem Willen des Ordnungsgebers soll die fehlende Möglichkeit zur Berücksichtigung anrechenbarer Kosten für mitverarbeitete Bausubstanz dadurch kompensiert werden, dass nach § 35 Abs. 1 HOAI für Umbauten und Modernisierungen ein Zuschlag von bis zu 80% vereinbart werden kann, was früher nach § 24 Abs. 1 HOAI a.F. nicht möglich gewesen sein soll.³⁷

Dies ist schon gedanklich nicht ganz richtig. Denn es liegt zwar so, dass § 24 Abs. 1 Satz 3 HOAI a.F. nach seinem Wortlaut für den Bereich der durchschnittlich schwierigen Leistungen keinen Zuschlag bis zu 80% sondern nur von 20-33% vorgesehen hat. Jedoch führt dies nicht dazu, dass nicht auch ein höherer Umbauzuschlag vereinbart werden konnte.

Dies ließe sich mit *Rath*³⁸ damit begründen, dass der Zuschlag in § 24 Abs. 1 Satz 3 HOAI a.F. nicht zu den zwingenden Mindest- und Höchstsätzen gehört und damit generell Vereinbarungsfreiheit besteht. Dass der Zuschlag jedenfalls nicht zum Mindestsatz gehört, hat zwischenzeitlich auch der BGH bestätigt.³⁹ Für überdurchschnittlich oder unterdurchschnittlich schwierige Leistungen lässt sich auch argumentieren, dass der Wortlaut des § 24 Abs. 1 Satz 3 HOAI a.F. insoweit keine Begrenzung des

³⁶ *Jochem*, HOAI, § 10 Rn. 12.

³⁷ Vgl. oben unter II.0 und BR-Drucks. 395/09 S. 190, 193.

³⁸ In *Pott/Dahlhoff/Kniffka/Rath*, HOAI, § 24 Rn. 4; vgl. auch BR-Drucks. 304/90, S. 145.

³⁹ BGH, Urt. v. 27.11.2008 - VII ZR 211/07, [BauR 2009, 264](#); So auch schon VK Bund, Beschl. v. 10.11.2005 - VK 2-132/05, IBR 2006, 163; VK Brandenburg, Beschl. v. 13.02.2003 - VK 74/02, IBR 2003, 326; *Motzke/Wolff*, HOAI, § 24, S. 450; a.A. *Seifert* in *Korbion/Mantscheff/Vygen*, HOAI, § 24 Rn. 14 m.w.N.

Umbauszuschlags auf 33% vorsieht.⁴⁰ Um zu verhindern, dass mit solchen Argumenten das Preisrecht der HOAI bei Umbauten völlig ausgehebelt werden könnte, in dem etwa ein Zuschlag von 300% vereinbart wird, muss man jedoch als Höchstsatz eine Begrenzung des Honorars bei einem 33%igen Zuschlag zum sonstigen objektiv ermittelten Höchstsatzhonorar nach der HOAI annehmen.

Selbst wenn man aber eine Zuordnung des Zuschlags zum Höchstsatz vornimmt, heißt dies nicht, dass im Anwendungsbereich des § 24 Abs. 1 Satz 3 HOAI a.F. nicht auch ein Zuschlag über 33% vereinbart werden konnte. Die Höchstgrenze des Zuschlags spielt regelmäßig erst dann eine zwingende Rolle, wenn andere Honorarerhöhungsmöglichkeiten bereits ausgeschöpft sind, also etwa bereits als Honorarsatz der Höchstsatz vereinbart ist.

Dies begründet sich damit, dass die HOAI nur einen Honorarrahmen zwischen Mindest- und Höchstsätzen vorgibt. Davon abgesehen werden nach der Rechtsprechung des BGH durch die Honorarberechnungsparameter der HOAI – ungeachtet einer eventuellen AGB-rechtlichen Problematik⁴¹ – vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten nicht beschränkt. Dies ergibt sich aus der nach § 4 Abs. 1 HOAI a.F. und § 7 Abs. 1 HOAI eröffneten Vertragsgestaltungsfreiheit.⁴² Unter Beachtung der Ermächtigungsgrundlage kann die HOAI auch keine Vorgaben zur Vertragsgestaltung machen.⁴³ Die sich so ergebende Gestaltungsfreiheit hinsichtlich vertraglicher Festlegungen gilt nach dem BGH ausdrücklich für die Honorarberechnungsparameter nach § 10 HOAI a.F. und reicht bis zur Zulässigkeit einer Gesamtpauschalierung des Honorars.⁴⁴ Sie muss ebenso im Bereich des § 24 Abs. 1 HOAI a.F. (und jetzt für alle Parameter

⁴⁰ Vgl. hierzu *Rath* in Pott/Dahlhoff/Kniffka/Rath, HOAI, § 24 Rn. 4; *Motzke/Wolff*, HOAI, § 24, S. 450 f.; *Koebler* in Locher/Koebler/Frik, HOAI, 9. Aufl., § 24 Rn. 14.

⁴¹ Vgl. hierzu *Vygen* in Korbion/Manscheff/Vygen, HOAI, § 4 Rn. 42; Der Umbauszuschlag dürfte aber regelmäßig individuell verhandelt werden.

⁴² BGH, Urte. v. 16.12.2004 – VII ZR 16/03, [BauR 2005, 735](#); BGH, Urte. v. 17.04.2009 – VII ZR 164/07, [BauR 2009, 1162](#); vgl. auch *Steeger* in Steeger, HOAI, § 7 Rn. 3; *Vygen* in Korbion/Manscheff/Vygen, HOAI, § 4 Rn. 41.

⁴³ BGH, Urte. v. 16.12.2004 – VII ZR 16/03, [BauR 2005, 735](#); BGH, Urte. v. 17.04.2009 – VII ZR 164/07, [BauR 2009, 1162](#).

⁴⁴ BGH, Urte. v. 16.12.2004 – VII ZR 16/03, [BauR 2005, 735](#); BGH, Urte. v. 17.04.2009 – VII ZR 164/07, [BauR 2009, 1162](#).

nach § 6 Abs. 1 HOAI inklusive des dort genannten Umbauzuschlags nach § 35 Abs. 1 HOAI) gelten.⁴⁵ Denn soweit eine Gesamtpauschalierung des Honorars möglich ist, muss es auch möglich sein, sich frei über die Höhe des Umbauzuschlags zu vereinbaren. Es kam nach alter und kommt nach neuer HOAI nur darauf an, ob das sich nach der vertraglichen Vereinbarung ergebende Honorar noch im Rahmen zwischen Mindest- und Höchstsätzen der HOAI liegt.⁴⁶ Hiernach wäre für den Fall der Vereinbarung eines Zuschlags über den Vorgaben der HOAI auf den Vergleich zwischen dem anhand der vertraglichen Regelungen bestimmten Honorar und einem ohne Berücksichtigung der vertraglichen Vereinbarungen allein nach der HOAI berechneten Höchstsatzhonorar mit noch zulässigem Zuschlag abzustellen.⁴⁷ Dieser Rahmen kann im Anwendungsbereich des § 24 Abs. 1 Satz 3 HOAI a.F. auch bei einem Zuschlag über 33% eingehalten gewesen sein. So etwa bei einem Zuschlag von 36% und gleichzeitiger Vereinbarung des Mindestsatzes. Denn das danach berechnete Honorar liegt unter dem Honorar nach dem Höchstsatz zuzüglich eines Zuschlags von 33%.

Es war nun aber im Geltungsbereich der HOAI a.F. aus Gründen des Preiswettbewerbs praktisch nie anzutreffen, dass überhaupt gleichzeitig der Höchstsatz und ein Umbauzuschlag von 20% vereinbart wurden. Schon gar nicht wurde sowohl der Höchstsatz als auch ein etwa auf 33% erhöhter Umbauzuschlag vereinbart. Die Höchstgrenze des Umbauzuschlags war daher praktisch nie relevant.⁴⁸ Insoweit hat auch die neuerliche Erhöhung der Höchstgrenze des Umbauzuschlags kaum einen relevanten Anwendungsbereich.

⁴⁵ So zu § 35 Abs. 1 HOAI auch *Locher* in *Locher/Koebler/Frik*, HOAI, [§ 35](#) Rn. 16. Auch *Vygen* in *Korbion/Manscheff/Vygen*, HOAI, § 4 Rn. 41 erfasst „Zuschläge“ von der grundsätzlichen Möglichkeit der freien Vertragsgestaltung, ohne aber ausdrücklich § 24 Abs. 1 HOAI a.F. zu nennen.

⁴⁶ BGH, Ur. v. 16.12.2004 – VII ZR 16/03, [BauR 2005, 735](#); BGH, Ur. v. 17.04.2009 – VII ZR 164/07, [BauR 2009, 1162](#).

⁴⁷ BGH, Ur. v. 16.12.2004 – VII ZR 16/03, [BauR 2005, 735](#); BGH, Ur. v. 17.04.2009 – VII ZR 164/07, [BauR 2009, 1162](#).

⁴⁸ Ebenso *Siegburg*, [Honorar beim Bauen im Bestand nach der Novellierung der HOAI \(Handwerklicher Fehler oder Sturm im Wasserglas?\)](#), Aufsatz vom 20.04.2010 in *Werner Baurecht Online* (Forum HOAI), Ziff. 6.

An der geringen Relevanz des Höchstzuschlags wird auch die Abschaffung der Berücksichtigungsfähigkeit mitverarbeiteter Bausubstanz nichts ändern. Es wird ohne preisrechtlichen Zwang aufgrund wirtschaftlicher Gegebenheiten, wie der starken Konkurrenzsituation und dem damit einhergehenden Preisdruck, im Regelfall nicht möglich sein, einen so hohen Umbauezuschlag zu vereinbaren, der einen Ausgleich für die geringeren anrechenbaren Kosten bietet. Man kann aus der HOAI auch keine gesetzliche Vorgabe dahingehend herleiten, dass das Vorhandensein mitzuverarbeitender Bausubstanz zwingend zur Erhöhung des Zuschlags nach § 35 Abs. 1 HOAI führen muss, also etwa bei viel mitzuverarbeitender Bausubstanz ein Zuschlag von 60% vereinbart werden muss.⁴⁹ Denn § 35 Abs. 1 HOAI hat, wie schon die Vorgängervorschrift § 24 Abs. 1 HOAI a.F., keinen Bezug zum Umfang der mitverarbeiteten Bausubstanz. Umbauezuschlag und mitverarbeitete Bausubstanz waren und sind völlig unabhängig voneinander.⁵⁰ Außerdem ist § 35 Abs. 1 Satz 1 HOAI hinsichtlich der Vereinbarung eines Zuschlags eindeutig eine Kann-Vorschrift („kann ... vereinbart werden“). Jeglicher Zuschlag ist daher vom „Wohlwollen“ des Auftraggebers abhängig.⁵¹

Dieses „Wohlwollen“ des Auftraggebers ist im Übrigen selbst bei Leistungen ab der Honorarzone II nicht nur dann vonnöten, wenn ein Umbauezuschlag über 20% vereinbart werden soll. Denn obwohl § 35 Abs. 1 Satz 2 HOAI für solche Leistungen einen Zuschlag von 20% anordnet, wenn keine schriftliche Vereinbarung über die Höhe des Zuschlags getroffen wurde, und obwohl der Ordnungsgeber ausweislich der amtlichen Begründung zur HOAI eine Zuschlagsmarge von 20% bis 80% gewollt hat,⁵² kann nach hiesiger Auffassung preisrechtlich relevant (also nicht nur im Rahmen der immer bestehende Vertragsgestaltungsfreiheit sondern mit unmittelbarem Einfluss auf das Preisrecht der HOAI) jeder Umbauezuschlag von 0% bis 80% verein-

⁴⁹ In diese Richtung aber *Simmendinger*, IBR 2009, 1354; So wie hier auch *Deckers*, [Die neue HOAI](#), Dossier vom 26.06.2009 in Werner Baurecht Online; abzurufen bei www.werner-baurecht.de unter Forum HOAI

⁵⁰ *Locher* in *Locher/Koeble/Frik*, HOAI, [§ 35](#) Rn. 20; Zum alten Recht: BGH, Urt. v. 19.06.1986 – VII ZR 260/84, [BauR 1986, 593](#); KG, Urt. v. 16.03.2010 - 7 U 53/08, [BauR 2010, 955 \(LS\)](#).

⁵¹ Vgl. *Rath* in *Pott/Dahlhoff/Kniffka/Rath*, HOAI, § 24 Rn. 4 zu einer ebenso formulierten alten Fassung der HOAI.

⁵² Vgl. oben unter II.0 und BR-Drucks. 395/09, S. 190, 193.

bart werden, dieser also sogar gänzlich ausgeschlossen werden.⁵³ In der Unterschreitung des 20%igen Zuschlags liegt keine Unterschreitung des Mindestsatzes.

Nach der HOAI a.F. war es lange Zeit streitig, ob bei durchschnittlicher Schwierigkeit der Leistung ein Umbauzuschlag unter den in § 24 Abs. 1 Satz 3 HOAI a.F. angegeben 20% vereinbart werden darf.⁵⁴ Der BGH hat im Jahr 2008 jedoch entschieden, dass dies jederzeit – also auch noch nach Auftragserteilung – möglich ist, weil der Umbauzuschlag nach § 24 Abs. 1 Satz 3 HOAI a.F. nicht zum zwingenden Mindestpreisrecht der HOAI gehört.⁵⁵

Das gleiche Ergebnis und damit die Möglichkeit zum Unterschreiten des in § 35 Abs. 1 Satz 2 HOAI vorgesehenen Zuschlags von 20% muss auch für § 35 Abs. 1 Satz 1 HOAI gelten. Es ist nicht zu erkennen, dass nunmehr ein Umbauzuschlag von 20% zum Mindestsatz gehört und dieser daher zwingend ist. Insofern der Verordnunggeber etwas anderes regeln wollte, ist es ihm nicht gelungen, dies umzusetzen.

§ 6 Abs. 1 HOAI bestimmt die Honorarberechnungsparameter, nach denen der Mindestsatz zu bestimmen ist. Als Nr. 5 wird dort auch § 35 HOAI genannt, was für eine Zuordnung des Umbauzuschlags zum Mindestsatz sprechen könnte. Damit § 6 Abs. 1 Nr. 5 HOAI i.V.m. § 35 Abs. 1 HOAI aber einen bestimmten Umbauzuschlag dem Mindestsatz zuordnen könnten, müsste sich überhaupt ein Mindestumbauzuschlag ausmachen lassen. Ohne Mindestzuschlag, kann der Mindestsatz nicht berührt sein.⁵⁶ Ein solcher Mindestzuschlag ergibt sich aus § 35 Abs. 1 HOAI aber nicht.

⁵³ Wie hier *Seifert* in Korbion/Mantscheff/Vygen, HOAI, Aktualisierungsband, § 35 S. 110; a.A. *Fahrenbruch* in Steeger, HOAI § 35 Rn. 17; *Locher* in Locher/Koebler/Frik, HOAI, § 35 Rn. 14; *Siegburg*, [Honorar beim Bauen im Bestand nach der Novellierung der HOAI \(Handwerklicher Fehler oder Sturm im Wasserglas?\)](#), Aufsatz vom 20.04.2010 in Werner Baurecht Online (Forum HOAI), Ziff. 4.1; *Simmendinger*, HOAI 2009 – Einzelfragen: Ist ein Zuschlag nach § 35 Abs. 1 von 0 bis 80 % möglich, abzurufen bei www.ibr-online.de; *Steeger*, HOAI 2009: Umbauzuschlag von 20% ist beim Mindestsatz und beim Höchstsatz zu berücksichtigen, ebenfalls abzurufen bei www.ibr-online.de.

⁵⁴ Zum Streitstand vgl. *Fahrenbruch* in Steeger, HOAI, § 35 Rn. 15; *Seifert* in Korbion/Mantscheff/Vygen, HOAI, § 24 Rn. 14.

⁵⁵ Vgl. Fn. 39.

⁵⁶ Zu dieser Argumentation vgl. *Seifert* in Korbion/Mantscheff/Vygen, HOAI, § 24 Rn. 14.

Die Bezugnahme in § 6 Abs. 1 Nr. 5 HOAI erfolgt nämlich nicht nur auf die Rechtsfolge des § 35 Abs. 1 Satz 2 HOAI (20%iger Zuschlag) sondern auch auf die in § 35 Abs. 1 Satz 1 HOAI enthaltene Möglichkeit zur Vereinbarung des Zuschlags. Letztere Regelung enthält nun aber eine Kann-Vorschrift, welche die freie Vereinbarung im vorgegeben Rahmen zulässt. Dieser Rahmen reicht nach dem insoweit eindeutigen Wortlaut von 0% bis 80% und nicht von 20% bis 80%, weshalb auch jeder Zuschlagswert zwischen 0% und 20% vereinbart werden kann. Am Fehlen eines Mindestzuschlags ändert auch die in § 35 Abs. 1 Satz 2 HOAI geregelte Zuschlagsfiktion für den Fall des Fehlens einer vertraglichen Vereinbarung nichts. Diese Regelung greift nach ihrem Wortlaut eben gerade nur dann ein, wenn keine Vereinbarung getroffen ist. Sie ordnet aber keine Hinwegsetzung über eine getroffene Vereinbarung an.

Wegen der Eindeutigkeit des Wortlauts des § 35 Abs. 1 Satz 1 HOAI überzeugt auch keine Argumentation dergestalt, dass wenn schon bei fehlender Vereinbarung ein Zuschlag von 20% gilt, dieser doch erst Recht im Falle einer Vereinbarung gelten muss.⁵⁷ Diese gedankliche Schlussfolgerung erscheint auch nicht richtig. Denn die Fiktion eines Zuschlags für den Fall des Fehlens einer Vereinbarung bedeutet eben nicht zwangsläufig, dass die Fiktion auch beim Vorliegen einer Vereinbarung greifen muss. Die verschiedenen Ausgangssituationen (Vereinbarung/keine Vereinbarung) sind konträr und keines Erst-Recht-Schlusses zugänglich.

5 Fazit

Anrechenbare Kosten für mitverarbeitete Bausubstanz sind nicht mehr zwingend zu berücksichtigen. Außerdem können die Vertragsparteien sogar den gänzlichen Ausschluss des Umbauezuschlags vereinbaren. Schon durch den ersten Gesichtspunkt und besonders in Kombination mit dem zweiten ergibt sich eine Reduzierung des zu erreichenden Honorars, die nicht im Ansatz durch die zehnpromzentige Erhöhung der Tafelwerte im Rahmen der Reform der HOAI kompensiert werden kann.⁵⁸ Dass nach

⁵⁷ So aber *Locher* in *Locher/Koebler/Frik*, HOAI, [§ 35](#) Rn. 14.

⁵⁸ Siehe auch den durch den AHO erfolgten Honorarvergleich HOAI 1996-2009, abzurufen bei www.bayika.de unter HOAI; *Siegburg*, [Honorar beim Bauen im Bestand nach der Novellierung der](#)

der Neufassung des § 2 Nr. 6 HOAI unter erleichterten Voraussetzungen von einem Umbau auszugehen ist, weil es nicht mehr auf wesentliche Umgestaltungen ankommt sowie der Umbauzuschlag ohne Vereinbarung nicht erst ab der Honorarzone III⁵⁹ sondern schon ab der Honorarzone II gilt und deshalb der Umbauzuschlag deutlich eher eingreift, ändert an dieser Problematik nichts.

Da es richtig war, die komplizierte Regelung in § 10 Abs. 3a HOAI a.F. abzuschaffen, sollte im Rahmen der bereits geplanten erneuten Reformierung der HOAI erwogen werden, wenigstens einen Umbauzuschlag von 30% als zwingendes Preisrecht ohne Möglichkeit des „Wegverhandelns“ vorzusehen. Bei der Möglichkeit, einen darüber hinaus gehenden Zuschlag zu vereinbaren, könnte es bleiben. Nur im Wege der Festlegung eines zwingenden Zuschlags kann eine ungefähre Vergleichbarkeit der Vergütung von Leistungen für Neubaumaßnahmen und Maßnahmen in Bestand erreicht werden.⁶⁰ Alternativ wäre auch daran zu denken, beim Bauen im Bestand einen prozentualen Zuschlag auf die anrechenbaren Kosten vorzusehen.

[HOAI \(Handwerklicher Fehler oder Sturm im Wasserglas?\)](#), Aufsatz vom 20.04.2010 in Werner Baurecht Online (Forum HOAI), Ziff. 6.

⁵⁹ Der Begriff der durchschnittlichen Schwierigkeit in § 24 Abs. 1 HOAI a.F. wurde so verstanden, dass eine Gleichsetzung mit der Honorarzone III besteht. Vgl. hierzu *Rath* in Pott/Dahlhoff/Kniffka/Rath, HOAI, § 24 Rn. 4; *Seifert* in Korbion/Mantscheff/Vygen, HOAI § 24 Rn. 14.

⁶⁰ Vgl. hierzu wiederum den Honorarvergleich HOAI 1996 – 2009, abzurufen bei www.bayika.de unter HOAI; *Siegburg*, [Honorar beim Bauen im Bestand nach der Novellierung der HOAI \(Handwerklicher Fehler oder Sturm im Wasserglas?\)](#), Aufsatz vom 20.04.2010 in Werner Baurecht Online (Forum HOAI), Ziff. 6; *Motzke*, [HOAI 2009 – Anmerkungen, Anfragen, Rätsel, Aussichten](#), Aufsatz vom 01.02.2010 in Werner Baurecht Online (Forum HOAI), S. 35.