



Gibt es einen Mindestsatz bei der Vereinbarung eines Zuschlags nach § 35 HOAI für Leistungen im Bestand?

Die Regelungen für den so genannten Umbauzuschlag finden sich in der HOAI in § 35 wie folgt:

- (1) Für Leistungen bei Umbauten und Modernisierungen kann für Objekte ein Zuschlag bis zu 80 Prozent vereinbart werden. Sofern kein Zuschlag schriftlich vereinbart ist, fällt für Leistungen ab der Honorarzone II ein Zuschlag von 20 Prozent an.*
- (2) Honorare für Leistungen bei Umbauten und Modernisierungen von Objekten im Sinne des § 2 Nummer 6 und 7 sind nach den anrechenbaren Kosten, der Honorarzone, den Leistungsphasen und der Honorartafel, die dem Umbau oder der Modernisierung sinngemäß zuzuordnen ist, zu ermitteln.*

Bei der Fragestellung ob ein Umbau vorliegt, ist die Begriffsdefinitionen des § 2 Nr. HOAI maßgebend.

„Umbauten“ sind Umgestaltungen eines vorhandenen Objekts mit Eingriffen in Konstruktion oder Bestand

In der HOAI 2009 ist der Begriff des Umbaus nunmehr weiter gefasst. Während in § 3 Nr.5 HOAI (a.F.) für einen Umbau noch „wesentliche“ Eingriffe in Konstruktion oder Bestand erforderlich waren, genügt in der aktuellen Fassung der HOAI bereits ein Eingriff. Diese Änderung wurde vom Verordnungsgeber bewusst vorgenommen.¹

Bisher musste es sich bei der Eingruppierung der Leistungen als Umbauten oder Umgestaltungen nach Nummer 6 um „wesentliche“ Eingriffe in Konstruktion oder Bestand handeln. Durch die Streichung des Begriffes „wesentliche“ wird der Anwendungsbereich ausgeweitet.

Da nach dieser Begriffsbestimmung nunmehr jeder Eingriff in die Konstruktion oder den Bestand bereits zu einem Umbau führt, stellt sich nunmehr die Frage mit welcher Zuschlagshöhe das Honorar vereinbart werden kann?

Die Formulierung in § 35 Abs.1 HOAI sieht die Vereinbarung eines Zuschlags „bis 80 Prozent“ vor. Bei dieser Formulierung stellt sich natürlich sofort die Frage, ob auch eine Vereinbarung unterhalb 20 Prozent zulässig sein kann?

¹ siehe amtliche Begründung zu §2 HOAI, BR-Drucksache 395/09 Seite 159
sowie amtliche Begründung zu § 35 HOAI, BR-Drucksache 395/09 Seite 193

Der Verordnungsgeber wollte dies offensichtlich nicht, denn in der amtlichen Begründung führt er aus, dass ²

... die Marge, in der ein Zuschlag vereinbart werden kann, auf 20 bis 80 Prozent, statt bisher 20 bis 33 Prozent, erweitert

wurde. Nach dem Willen des Verordnungsgebers sollte also nur eine Vereinbarung zwischen 20 und 80 Prozent zulässig sein.

Auch der Einführungserlass des BMVBS zur HOAI 2009 ging hiervon aus:³

Da die Zuschlagsregelung für alle Objekte gilt (dies sind gem. § 2 Nr. 1 die Leistungsbilder der Teile 3 und 4) und auch die vorhandene mitverarbeitete Bausubstanz einschließt, wurde die Marge erweitert, in der ein Honorarzuschlag vereinbart werden kann (20-80%).

Allerdings muss dem Verordnungsgeber vorgeworfen werden, dass der Verordnungstext des § 35 HOAI nicht eindeutig formuliert wurde. Demzufolge gibt es bereits unterschiedliche Auffassungen, wie der § 35 HOAI in diesem Punkt auszulegen ist. Nachfolgende Literaturrecherche soll hier einen Überblick verschaffen.

Eine Vereinbarung ist nur zwischen 20% und 80% zulässig

Pöhlker/Theißen/Adrians⁴

Dem steht allerdings die amtliche Begründung entgegen, wonach die Marge, in der ein Zuschlag vereinbart werden kann, auf 20 bis 80 Prozent, statt bisher 20 bis 33 Prozent, erweitert wird. Der Zuschlag von 20 Prozent stellt daher einen Mindestsatz dar, dessen Unterschreitung unwirksam sein dürfte.

Locher/Koebler/Frik⁵

Es fragt sich deshalb, ob die Vereinbarung eines Zuschlags von unter 20% - also etwa 10% oder 0% - honorarrechtlich zulässig ist oder zu einer Mindestsatzunterschreitung führen kann?

Aus der amtlichen Begründung ergibt sich nicht, dass der Verordnungsgeber hier eine Öffnung nach unten vornehmen wollte. Auch weist § 35 Abs.1 S.2 darauf hin, dass die Untergrenze von 20% weiter gilt. Wenn schon ohne jede Vereinbarung ein Umbauzuschlag von 20% anzusetzen ist, muss dies erst recht im Falle einer Honorarvereinbarung gelten.

Pott/Dahlhoff/Kniffka⁶

Unzulässig ist es, wenn der Zuschlag gänzlich ausgeschlossen ist, obwohl ein Schwierigkeitsgrad gegeben ist, der mindestens die Honorarzone II rechtfertigt.

² siehe amtliche Begründung zu § 35 HOAI, BR-Drucksache 395/09 Seite 193

³ Einführungserlass des Bundesministeriums für Verkehr, Bau- und Stadtentwicklung, BMVBS vom 18.08.2009 Seite 9

⁴ Pöhlker/Theißen/Adrians, Kommunal- und Schulverlag 2011, Seite 324

⁵ Locher/Koebler/Frik, Werner-Verlag 10. Auflage 2009, Kommentar zu §35, Rdn.14

⁶ Pott/Dahlhoff/Kniffka, Rudolf Müller Verlag 9. Auflage 2011, Kommentar zu §35, Rdn 14

Werner/Pastor⁷

Vielmehr kann der Zuschlag innerhalb der 20-80%-Grenze frei vereinbart werden.

Sangenstedt⁸

Die schriftliche Vereinbarung eines Zuschlags von weniger als 20% verstößt gegen das Mindestsatzgebot des § 7 Abs.6 und ist damit unwirksam.

Sangenstedt⁹

Der Mindestzuschlag von 20% stellt deshalb die untere Grenze dessen dar, was noch ohne Störung des Äquivalentprinzips ab der Honorarzone II zwischen den Parteien vereinbart werden kann.

Auch Rohrmüller¹⁰ vom BKPV geht dem Grunde nach von einem Mindestsatz aus

Eine Vereinbarung unterhalb der im Gesetz genannten 20% ist soweit zulässig, als nicht in der Gesamthonorierung eine Mindestsatzunterschreitung vorliegt.

Ausdrücklich offen lassen es hingegen folgende Kommentatoren

Fahrenbruch/Steeger¹¹

Die Streitfrage wurde durch die Neufassung nicht geklärt. Ob nach § 35 Abs.1 der Umbauszuschlag von 20% für Umbauten ab Honorarzone II zu den Mindestsätzen gehört, ist weder eindeutig aus der Verordnung zu entnehmen, noch liegt hierzu bereits Rechtsprechung vor.

Eine Vereinbarung unterhalb von 20% halten hingegen folgende Autoren für zulässig

Korbion/Mantscheff/Vygen¹²

Entgegen der amtlichen Begründung ist jedoch kein Zuschlag von 20 bis 80% vorgeschrieben. Stattdessen kann ein Zuschlag von „bis zu 80%“ vereinbart werden. Bei einer schriftlichen Vereinbarung gibt es also keinen Mindestzuschlag. mit der Formulierung bei §35 Abs.1 S.1 können auch weniger als 20% vereinbart werden.

Berger/Fuchs¹³

Die Parteien sind also frei, bei Vorliegen eines Umbaus einen Zuschlag von 0 - 80% zu vereinbaren.

Scholtissek¹⁴

Denn aus Satz 2 lässt sich lediglich eine Annahme herleiten für den Fall, dass „kein Zuschlag schriftlich vereinbart ist“. Damit ist kein Verbot für einen Zuschlag von unter 20% gegeben.

⁷ Werner/Pastor, Werner Verlag 13. Auflage 2011, Rdn.1007

⁸ Sangenstedt, Beuth Verlag 2009, Seite 79

⁹ Sangenstedt, HDI-Gerlin ING-Letter Mai 2011

¹⁰ Rohrmüller, Boorberg-Verlag 2009, Seite 22

¹¹ Fahrenbruch in Steeger, Kohlhammer Verlag 2009, kommentar zu §35 Rdn.15

¹² Korbion/Mantscheff/Vygen, C.H. Beck Aktualisierungsband zur 7. Auflage 2010, Kommentar zu §35

¹³ Berger/Fuchs, Werner-Verlag 2. Auflage 2011, Rdn.219

¹⁴ Scholtissek, C.H. Beck 2009, Kommentar zu §35 Rdn.9

Aufgrund der Formulierung des § 35 Abs.1 HOAI ist davon auszugehen, dass bei Umbauten der Honorarzone II bis V auch ein Zuschlag unter 20% schriftlich vereinbart werden kann, auch wenn die amtliche Begründung dies letztlich nicht bestätigt.

Zusammenfassung

Die Zuschlagsregelung des § 35 HOAI soll im Ergebnis dazu führen soll, dass zwischen den Vertragsparteien ein ausgewogener vertraglicher Interessensausgleich gefunden werden kann, der den Schwierigkeiten des Einzelfalls gerecht wird. Keinesfalls soll die Zuschlagsregelung des § 35 HOAI einen ruinösen Preiswettbewerb ermöglichen, denn dieser soll durch die HOAI ja gerade unterbunden werden.

Demzufolge sind die Vertragsparteien gut beraten, wenn die Zuschlagsregelung des § 35 HOAI wie folgt ausgelegt wird.

	Zuschlag für Leistungen im Bestand gem. § 35 HOAI
Honorarzone I	Die schriftliche Vereinbarung eines Zuschlag ist von 0% bis zu 80% zulässig. Ohne schriftliche Vereinbarung kann kein Zuschlag berechnet werden, die Vereinbarung kann jedoch zu jedem Zeitpunkt getroffen werden.
ab Honorarzone II	Zuschlag zwischen 20% und 80% zulässig. Ein Zuschlag unterhalb 20% ist nur zulässig, wenn hierdurch ansonsten keine Mindestsatzunterschreitung eintritt. Sofern kein Zuschlag vereinbart, gilt ein Zuschlag von 20% als vereinbart. Die Vereinbarung kann zu jedem Zeitpunkt getroffen werden.

Führt die Zuschlagsregelung des § 35 HOAI mit dem Mindestsatz von 20% im Einzelfall zu einem unangemessen hohen Honorar steht es den Vertragsparteien zu, von der Ausnahmeregelung des § 3 Abs.3 HOAI Gebrauch zu machen. Gleiches gilt selbstverständlich auch für die Ausnahmefälle des Abs.4, in denen z.B. aufgrund hauptsächlicher Verwendung von vorhandener Bausubstanz bei gleichzeitig geringen Herstellkosten selbst der Höchstsatz von 80% zu keinem auskömmlichen Honorar führt.

Dipl. Ing. (FH) Heinz Simmendinger
Sachverständiger für Architekten- und Ingenieurhonorare nach HOAI
Dorfwiesenstraße 15/1
D-70806 Kornwestheim

¹⁵ Morlock/Meurer, Werner-Verlag 7. Auflage 2010, Rdn.904