
Datum: 29.12.2016
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 16. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 16 U 49/12
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2016:1229.16U49.12.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 5 O 166/06

Tenor:

Die Berufung des Klägers gegen das am 28.2.2012 verkündete Urteil der 5. Zivilkammer des Landgerichts Köln – 5 O 166/06 – wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt der Kläger.

Dieses Urteil und das angefochtene Urteil sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Der Kläger kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn die Beklagte nicht vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Der Gegenstandswert für das Berufungsverfahren wird auf 470.452,40 € festgesetzt.

Die Revision wird zugelassen.

Gründe:

- I. 1
- 2
- Der Kläger verlangt weiteres Architektenhonorar. Nach einer PCB-Sanierung am Städtischen Gymnasium N-straße ließ die beklagte Stadt als Eigentümerin der Schule die Schule, die angrenzende Aula und die Freianlagen sanieren und neu gestalten. Mit den Architektenleistungen beauftragte sie nach europaweiter Ausschreibung den Kläger. Mit der 3

PCB-Sanierung selbst war der Kläger nicht befasst. Der Kläger war seit Ende 2002 für das Bauvorhaben tätig. Den schriftlichen Architektenvertrag, der einem Vertragsentwurf des Klägers vom 1.12.2002 entspricht, unterzeichneten die Parteien unter dem 24.6.2004.

Der Architektenvertrag (Anl. K 2), mit dem die Leistungsphasen 1 bis 9 HOAI beauftragt wurden, enthält zur Berechnung des Honorars u.a. folgende Regelungen: 4

Honorarzone IV, Mindestsatz, 5

Bestimmte Prozentsätze der einzelnen Leistungsphasen, 6

§ 3 Ziff. 3.5.: Umbauzuschlag nach § 24 HOAI 6 %, 7

§ 3 Ziff. 3.5.: Anrechenbare Kosten Bausubstanz 0 cbm, a 0 €, verbunden mit der Regelung, dass der nach § 10 Abs. 3a HOAI angenommene Wert anzupassen ist, wenn sich der Umfang der anzurechnenden Bausubstanz während der Durchführung der Arbeiten ändert. 8

§ 3 Ziff. 3.10: Nebenkosten pauschal 3 %. 9

§ 11 Zusätzliche Vereinbarungen: 10

zu § 3 Abs. 3.5: Die anrechenbaren Kosten werden unter Ausschluss der vorhandenen Bausubstanz ermittelt 11

Der Architektenvertrag nimmt ferner Bezug auf eine Bonus-Malus-Regelung (Anl. K 57 zur Klageschrift), wonach sich bei Abweichungen der Baukosten von mehr als 5 % von einer sog. Kostennulllinie das Architektenhonorar um 5 % bzw. 10 % erhöht oder erniedrigt. Diese Kostennulllinie soll auf der Kostenschätzung der beteiligten Planer beruhen, als deren Grundlage die Voruntersuchungen des Bauherrn und die überarbeitete Vorplanung inkl. der Flächenberechnung des Planers dienen sollten. § 11.8 des Vertrages bestimmt, dass Bauherr und Architekt die Bonus-Malus-Regelung zum Zeitpunkt der einvernehmlich festgelegten Kosten-Null-Linie schriftlich vereinbaren. Zu einer solchen schriftlichen Vereinbarung kam es nicht. 12

Wegen der weiteren Einzelheiten der vertraglichen Grundlagen wird auf den Architektenvertrag vom 24.6.2004 (Anl. K 1) und die Unterlage über die „Erfolgsabhängige Honorierung“ (Anl. K 57) Bezug genommen. 13

Der Kläger hat zunächst Klage auf Zahlung von 282.894,85 € aus einer Teil-Schlussrechnung vom 21.12.2005 auf Grundlage der Honorarvereinbarung erhoben. Er hat im Laufe des Verfahrens unter dem 24.1.2007 eine neue Teil-Schlussrechnung nach den Mindestsätzen der HOAI erstellt, aus der er einen offenen Betrag von 732.603,44 € geltend gemacht hat. Schließlich hat er am 18.12.2010 eine Schlussrechnung über die Leistungsphase 9 erstellt, sodann die Klage erneut erweitert und in Höhe gezahlter 20.228,70 € für erledigt erklärt. 14

Der Kläger hat zuletzt beantragt, 15

1. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 732.603,44 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 276.194,85 € seit Zustellung des Schriftsatzes vom 18.4.2006 an die Beklagte und aus weiteren 456.408,59 € seit Zustellung des Schriftsatzes vom 25.1.2007 zu bezahlen; 16

17

2. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 31.262,36 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit abzüglich am 12.8.2011 gezahlter 20.228,70 € zu bezahlen.

Die Beklagte hat beantragt, 18

die Klage abzuweisen. 19

Die Parteien haben darüber gestritten, ob die Regelungen über die Nichtberücksichtigung der vorhandenen Bausubstanz und den Umbauzuschlag zu einer unzulässigen 20
Mindestsatzunterschreitung führen und ob der Kläger sich hierauf berufen kann. Ferner haben sie über die anzusetzende Honorarzone, die anrechenbaren Kosten und die Frage, ob Schule und Aula gemeinsam oder getrennt abzurechnen sind sowie die Prozentwerte gestritten. Nach Einholung eines Gutachtens des Sachverständigen C zu den anrechenbaren Kosten, der Honorarzone der Freianlagen sowie der Gegenforderungen haben die Parteien die anrechenbaren Kosten (ohne eventuell anrechenbare Kosten für die vorhandene Bausubstanz) unstreitig gestellt.

Das Landgericht hat durch das angefochtene Urteil, auf das wegen der weiteren Einzelheiten 21
des erstinstanzlichen Sach- und Streitstands verwiesen wird, der Klage in Höhe von 155.082,13 € nebst Zinsen, davon 750,00 € Zug um Zug gegen Übergabe bestimmter Unterlagen, stattgegeben und sie im Übrigen abgewiesen. Der Kläger könne sich nach Treu und Glauben aus Gründen des Vertrauensschutzes auf eine Mindestsatzunterschreitung nicht berufen. Aus der vertraglichen Honorarvereinbarung resultiere noch eine offene Honorarforderung von 166.792,13 €, die in Höhe von 11.710,00 € durch Aufrechnung mit Gegenforderungen erloschen sei. Die Berechnung der Urteilssumme findet sich auf S. 35 ff. der Urteilsausfertigung. Hiergegen richtet sich die Berufung des Klägers, mit der er weitere 470.452,40 € verlangt.

Er wendet sich gegen die Ansicht des Landgerichts, wonach er sich nicht auf die 22
Mindestsätze berufen könne. Sowohl der Ausschluss der anrechenbaren Kosten der vorhandenen Bausubstanz als auch die Vereinbarung eines Mindestsatzzuschlags von 6 % anstelle der in § 24 Abs. 1 S. 4 HOAI a.F. vorgesehenen 20 % führten zu einer Unterschreitung der Mindestsätze der HOAI. Ferner tritt er den Zweifeln des Landgerichts am Mindestsatzcharakter des Umbauzuschlags entgegen. Schließlich beruft sich der Kläger in seiner Stellungnahme zur Berufungserwiderung noch auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage. Seinerzeit sei nämlich beabsichtigt gewesen, die Arbeiten einem Generalunternehmer zu übertragen. Durch die fachlosweise Beauftragung sei sein Aufwand erheblich gestiegen. Der Kläger will ferner die Nebenkosten entgegen der im Vertrag vereinbarten Pauschale von 3 % nach dem tatsächlichen Aufwand abrechnen. Die tatsächlichen Nebenkosten lägen ganz erheblich über dem sich aus der Pauschale ergebenden Betrag, so dass die Pauschale sich als sittenwidrig im Sinne von § 138 BGB erweise. Im Übrigen sei Geschäftsgrundlage auch der Pauschale die Vergabe der Arbeiten an einen Generalunternehmer gewesen. Durch die losweise Vergabe der Arbeiten sei diese Geschäftsgrundlage entfallen. Schließlich verfolgt er auch den Bonus mit der Berufung weiter. Er ist der Ansicht, eine entsprechende Vereinbarung sei bereits getroffen worden. Die sog. Kostennulllinie lasse sich nach der Anl. K 57 eindeutig bestimmen. Jedenfalls bestehe ein wirksamer Vorvertrag.

Der Kläger beantragt, 23

unter teilweiser Aufhebung das Urteil des LG Köln – 5 O 166/06 – wie folgt neu zu fassen: 24

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 625.534,53 € abzüglich am 12.4.2012 auf die Hauptforderung gezahlter 154.332,13 €, davon 750,00 € Zug um Zug gegen Übergabe folgender Unterlagen:	25
? Erklärung „Fachbauleiter Brandschutz“ (Nr. 2 der Baugenehmigung zum Bauvorhaben Gymnasium N-straße),	26
? Nachweis „Harte Bedachung“ (Nr. 9 der Baugenehmigung zum Bauvorhaben Gymnasium N-straße),	27
? Bestätigung gemäß § 4 EnEV (Nr. 7 der Baugenehmigung zum Bauvorhaben Gymnasium N-straße)	28
? Abnahmebescheinigung gemäß technischer Prüfverordnung betreffend die RWA-Anlage in der Halle im 4. OG des Schulgebäudes N-straße und Aussage über die Genehmigungsfähigkeit der Maßnahme „RS-Türen und RWA-Anlage im 4. OG statt T-30-Türen“,	29
? Bescheinigung gemäß technischer Prüfverordnung über die Lüftungstechnischen Anlagen sowie die RWE-Anlage (Nr. 18 der Baugenehmigung zum Bauvorhaben Gymnasium N-straße)	30
sowie Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz	31
? aus 282.894,85 € seit 16.5.2006 abzüglich am 12.4.2012 auf die Zinsen gezahlter 86.326,62 €,	32
? aus weiteren 329.884,98 € seit Zustellung der Klageerweiterung vom 25.1.2007 sowie	33
? aus weiteren 12.004,70 € seit 13.8.2011	34
zu zahlen; im Übrigen wird die Klage abgewiesen.	35
Die Beklagte beantragt,	36
die Berufung zurückzuweisen.	37
Sie ist der Ansicht, der Kläger könne sich nach Treu und Glauben auf eine eventuelle Mindestsatzunterschreitung nicht berufen. Eine Unterschreitung der Mindestsätze der HOAI liege auch nicht vor. Zutreffend sei die Honorarzone III. Maßgeblich für die Frage, wie die Bausubstanz zu berücksichtigen sei, sei auch, inwieweit der Kläger als Architekt die vorhandene Bausubstanz technisch oder gestalterisch mitverarbeitet habe. Dies sei in erster Instanz zwischen den Parteien streitig gewesen. Die Beweisaufnahme habe sich hierüber nicht verhalten.	38
Mit Schriftsatz vom 9.8.2016 (GA 1597) hat die Beklagte die Vorlage der Sache an den Europäischen Gerichtshof gem. Art. 267 AEUV angeregt, weil sie die Mindestpreisbindung in der HOAI für europarechtswidrig hält. Diese Anregung hat sie im Termin vom 16.11.2016 wieder zurückgenommen.	39
Der Senat hat Beweis erhoben durch Einholung eines Sachverständigengutachtens nebst Ergänzungsgutachten sowie die Anhörung des Sachverständigen, an der auch die Privatgutachterin der Beklagten teilgenommen hat. Wegen des Ergebnisses der	40

Beweisaufnahme wird auf die Gutachten des Sachverständigen C vom 4.7.2014 (GA 1437) und vom 21.2.2016 (GA 1541) sowie das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 16.11.2016 (GA 1613) verwiesen. Wegen der vom Senat erteilten Hinweise wird auf den Beschluss vom 23.1.2013 und das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 16.11.2016 verwiesen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die wechselseitigen Schriftsätze der Parteien und die von ihnen vorgelegten Unterlagen Bezug genommen. 41

II. 42

Die zulässige Berufung des Klägers ist im Ergebnis nicht begründet. 43

Dem Kläger steht gem. § 631 BGB in Verbindung mit der auf das Vertragsverhältnis der Parteien anwendbaren HOAI in der Fassung von 1996/2002 kein weiteres Architektenhonorar zu. Weder aus der zwischen den Parteien getroffenen Honorarvereinbarung noch aus den Mindestsätzen der HOAI ergibt sich ein über dem durch das Landgericht zugesprochenen Betrag hinausgehendes Honorar. 44

1. Dem Kläger steht aus der zwischen den Parteien getroffenen Honorarvereinbarung über den durch das Landgericht titulierten Betrag hinaus kein weiteres Architektenhonorar zu. 45

a) Nach § 4 Abs. 1 HOAI 1996/2002 kann ein von der HOAI abweichendes Honorar schriftlich bei Auftragserteilung vereinbart werden. Diese Voraussetzungen erfüllt die schriftliche Honorarvereinbarung vom 24.6.2004. Zwar waren die Parteien sich bereits vor der Unterzeichnung des Vertrages über die Beauftragung des Klägers einig und dieser hat unstreitig bereits Ende 2002 mit seiner Leistung begonnen. Dennoch wurde die Honorarvereinbarung bei Auftragserteilung getroffen. Die Parteien haben unstreitig gestellt, dass vor Unterzeichnung des Vertrages noch kein Auftrag erteilt worden war. Das entspricht auch § 154 Abs. 2 BGB. Die Parteien waren sich einig darüber, dass der Vertrag schriftlich abzufassen ist. § 154 Abs. 2 BGB geht in diesem Fall davon aus, dass der Vertrag im Zweifel vor seiner Beurkundung nicht geschlossen ist (BGH Urt. v. 16.12.2004 – VII ZR 16/03, BauR 2005, 735; vgl. hierzu auch Werner/Pastor, Der Bauprozess, 15. Aufl., Rn. 797-800; Löffelmann/Fleischmann, Architektenrecht, 6. Aufl., Kap. 6, Rn. 856 zur Schriftform und 852 ff. zu den öffentlich-rechtlichen Anforderungen). Der Beginn der Tätigkeit vor Unterzeichnung des Vertrages belegt danach keine vorherige Auftragserteilung, sondern dient der Beschleunigung. 46

b) Das Landgericht hat die Höhe des Honorars nach der Vereinbarung der Parteien zutreffend ermittelt. Die nach der Vereinbarung anzusetzenden anrechenbaren Kosten haben die Parteien nach Einholung des Gutachtens des Sachverständigen C unstreitig gestellt. Den sich danach noch ergebenden Betrag unter Berücksichtigung der geleisteten Abschlagszahlungen und der berechtigten, in der Berufung nicht mehr streitigen Gegenforderungen hat das Landgericht tituliert. Der Kläger macht über das Urteil des Landgerichts hinaus aus der Vereinbarung lediglich noch einen höheren Umbauzuschlag sowie einen Bonus geltend. Diese Forderungen sind nicht berechtigt. 47

aa) Der Umbauzuschlag ist im Architektenvertrag mit 6 % vereinbart. Die vertragliche Vereinbarung ist nicht nach den Grundsätzen über die Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) dahin anzupassen, dass an die Stelle des vereinbarten Zuschlags von 6 % der Regelzuschlag von 20 % nach § 24 Abs. 1 HOAI 1996/2002 tritt. 48

49

Eine Störung der Geschäftsgrundlage, welche eine Honoraranpassung begründen könnte, liegt nicht darin, dass die Parteien bei Vereinbarung des Satzes von 6 % noch von einer Vergabe der Bauarbeiten an einen Generalunternehmer ausgegangen sind, während die Arbeiten tatsächlich einzeln nach Losen vergeben wurden. Zum Zeitpunkt der Unterzeichnung des Architektenvertrages in 2004 stand die losweise Vergabe nach dem eigenen Vortrag des Klägers bereits fest (GA 1243 unten). Dann kann aber auch die Vergabe an einen Generalunternehmer nicht Geschäftsgrundlage der erst zu diesem Zeitpunkt getroffenen Vereinbarung gewesen sein. Zwar ist in § 11 Ziff. 11.2 und 11.3 noch davon die Rede, dass die Maßnahme durch einen Generalunternehmer ausgeführt werden soll. Wenn die Parteien aber den Vertragsentwurf in Kenntnis der losweisen Vergabe nicht anpassen, dann ist die Vergabe an einen Generalunternehmer auch nicht Geschäftsgrundlage des vereinbarten Umbauzuschlags.

bb) Das vertraglich vereinbarte Honorar erhöht sich auch nicht um einen Bonus von 5 %, den der Kläger auf Grundlage des von ihm geltend gemachten Mindestsatzhonorars für Schule und Aula mit insgesamt brutto 48.554,99 € errechnet. Das Landgericht hat mit Recht erkannt, dass die von den Parteien ins Auge gefasste Bonus-/Malus-Regelung letztlich nicht zustande gekommen ist. 50

Nach § 5 Abs. 4a HOAI 1996/2002 kann eine Bonus-Regelung „zuvor“, d.h. vor Erbringung der Leistung, schriftlich vereinbart werden. An einer solchen schriftlichen Vereinbarung fehlt es. Die Anl. K 57, welche die Regelung enthält, ist nicht Bestandteil des Architektenvertrages. Aus § 11 Ziff. 11.8 ergibt sich ausdrücklich, dass eine schriftliche Vereinbarung noch nicht getroffen wurde, sondern zum Zeitpunkt der einvernehmlich festgelegten Kosten-Null-Linie erst noch schriftlich vereinbart werden sollte. Eine schriftliche Vereinbarung haben die Parteien nicht getroffen und ist jetzt auch nicht mehr möglich. Sie muss nach § 5 Abs. 4a HOAI vor Leistungserbringung getroffen werden (Locher/Koeble/Frik, HOAI, 9. Aufl., § 5 Rn. 52). 51

Hinsichtlich der Bonus-/Malus-Regelung liegt auch kein Vorvertrag vor. Das würde einen klagbaren Anspruch auf Abschluss einer solchen Vereinbarung voraussetzen. Der Vorvertrag ist abzugrenzen von einer bloßen Absichtserklärung (Palandt/Ellenberger, BGB, 76. Aufl., Vor § 145 Rn. 19). § 11 Ziff. 11.8 des Architektenvertrages und die Anl. K 57 enthalten lediglich eine Absichtserklärung. Aus dem Architektenvertrag ergibt sich nur, dass die Parteien sich im Grundsatz einig waren, die Vereinbarung aber noch schriftlich abschließen wollten, zumal die Kostennulllinie noch nicht einvernehmlich festgelegt war. Die Kostennulllinie war für beide Seiten von gleicher Bedeutung, da auch eine Malus-Regelung beabsichtigt war. 52

2. Ein weiteres Honorar steht dem Kläger auch nicht auf Grundlage der Mindestsätze der HOAI zu. 53

a) Der Kläger kann sich allerdings grundsätzlich darauf berufen, dass die Honorarvereinbarung wegen Unterschreitung der Mindestsätze unwirksam ist. Nach § 4 Abs. 1 und 4 HOAI 1996/2002 sind im Geltungsbereich der HOAI Honorarvereinbarungen nur innerhalb der Mindest- und Höchstsätze der HOAI wirksam. Unterschreitet die Honorarvereinbarung die Mindestsätze der HOAI, treten diese an die Stelle des vereinbarten Honorars. 54

Ein Ausnahmefall im Sinne von § 4 Abs. 2 HOAI 1996/2002, der die Vereinbarung eines unter den Mindestsätzen liegenden Honorars rechtfertigen könnte, ist nicht ersichtlich und wird von der Beklagten auch nicht geltend gemacht. Ein solcher Ausnahmefall kommt in Betracht, wenn aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalles unter Berücksichtigung des 55

Zwecks der Mindestsatzregelung ein unter den Mindestsätzen liegendes Honorar ausnahmsweise angemessen ist. Das kann der Fall sein, wenn die Leistung einen ganz besonders geringen Aufwand erfordert oder bei engen wirtschaftlichen, sozialen oder persönlichen Beziehungen (BGH, Urt. v. 22.5.1997 – VII ZR 290/95, BauR 1997, 677; Urt. v. 27.10.2011 – VII ZR 163/10, BauR 2012, 271; Söns, in: Messerschmidt/Niemöller/Preussner, HOAI, § 7 Rn. 35). Für einen solchen Ausnahmefall ist nichts vorgetragen oder ersichtlich. Weder bestehen zwischen den Parteien besondere persönliche Beziehungen noch erforderte die Leistung nur einen vom üblichen Aufwand abweichenden geringen Aufwand.

Entgegen der Ansicht des Landgerichts ist dem Kläger die Berufung auf die Mindestsätze der HOAI nicht schon nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) aus Gründen des Vertrauensschutzes verwehrt. 56

Das Verbot der Mindestsatzunterschreitung besteht letztlich im öffentlichen Interesse zur Verhinderung eines ruinösen Preiswettbewerbs unter Architekten (BGH Urt. v. 27.10.2011 – VII ZR 163/10, BauR 2012, 271). Dennoch kann dem Architekten im Einzelfall nach Treu und Glauben die Abrechnung auf Basis des Mindestsatzes verwehrt sein, wenn der Auftraggeber berechtigt auf die Wirksamkeit der den Mindestsatz unterschreitenden Vereinbarung vertraut hat und sich hierauf in einer Weise eingerichtet hat, dass ihm die Zahlung des Differenzbetrages nach Treu und Glauben nicht zugemutet werden kann (BGH, Urt. v. 22.5.1997 – VII ZR 290/95, BauR 1997, 677; Urt. v. 27.10.2011 – VII ZR 163/10, BauR 2012, 271; Urt. v. 19.11.2015 – VII ZR 151/13, BauR 2016, 536). Ein solcher Ausnahmefall liegt indes nicht vor. 57

Allerdings verhält sich der Kläger widersprüchlich, wenn er anstelle der Honorarvereinbarung eine Abrechnung auf Grundlage der Mindestsätze der HOAI begehrt, indem er nunmehr die vorhandene mitverarbeitete Bausubstanz in die anrechenbaren Kosten aufnimmt. Der Kläger hatte zunächst auch noch im Rechtsstreit auf Grundlage der Honorarvereinbarung abgerechnet. Außerdem hat er die sich ihm nach dem Vertrag bietende Möglichkeit nicht genutzt, eine Anpassung beim Umfang der anzurechnenden vorhandenen Bausubstanz zu verlangen. Erst im Laufe des Rechtsstreits hat er die Honorarvereinbarung in Frage gestellt und die Klage deutlich erhöht. 58

Auch ist der Beklagten das Vertrauen auf die Honorarvereinbarung nicht schon deshalb verwehrt, weil sie als öffentlicher Auftraggeber, der zudem fachkundig vertreten war, die Mindestsatzunterschreitung hätte erkennen müssen. Der Einwand der Treuwidrigkeit ist auch einem fachkundigen Auftraggeber nicht grundsätzlich verwehrt (BGH, Urt. v. 27.10.2011 – VII ZR 163/10, BauR 2012, 271). Ein schützenswertes Vertrauen in die Wirksamkeit einer Honorarvereinbarung kann auch ein kundiger Vertragspartner entwickeln, wenn er auf Grundlage einer vertretbaren Rechtsauffassung der Meinung ist, die Preisvereinbarung sei wirksam oder in vertretbarer Weise davon ausgeht, dass mit dem vereinbarten Honorar die Mindestsätze nicht unterschritten werden. Die vorliegende Honorarvereinbarung enthält keine offensichtliche Mindestsatzunterschreitung. Die Ansicht, dass das Objekt tatsächlich in die Honorarzone III einzuordnen ist, dass der Umbauzuschlag nicht der Mindestsatzbindung unterliegt und die vorhandene Bausubstanz tatsächlich nicht oder jedenfalls nicht in einer den Mindestsatz unterschreitenden Weise in die anrechenbaren Kosten einzubeziehen sind, ist nicht von vornherein unvertretbar. 59

Es ist aber nicht ersichtlich, dass die Beklagte sich auf die Wirksamkeit der Honorarvereinbarung in einer Weise eingerichtet hat, dass ihr nach Treu und Glauben die Zahlung des Differenzbetrages nicht zumutbar ist. 60

Der Haushaltsvorbehalt rechtfertigt ein solches Vertrauen nicht. Er belegt nicht, dass der Beklagten die Zahlung des – aufgrund des zwingenden Preisrechts tatsächlich geschuldeten – Betrages nicht zuzumuten ist. Ihr Einwand, sie hätte bei Kenntnis der Unwirksamkeit der Honorarvereinbarung das Bauvorhaben abgespeckt, ist zu pauschal. Sie hätte konkret darlegen müssen, von welchen Maßnahmen sie mit welchen Auswirkungen auf das Honorar abgesehen hätte. Im Übrigen ist nicht ersichtlich, dass die Beklagte insoweit überhaupt in der Lage gewesen wäre, Dispositionen zu treffen. Denn weder das vereinbarte Honorar noch das Mindestsatzhonorar ließen sich im Voraus verlässlich ermitteln. Von einer bestimmten Honorarhöhe konnte die Beklagte auf Grundlage der getroffenen Vereinbarung gerade nicht ausgehen.

Der Umstand, dass die Beklagte sich mit honorarerhöhenden Maßnahmen einverstanden erklärt hat (etwa mit dem Ansatz der Honorarzone IV gegenüber der vom Kläger ursprünglich vorgeschlagenen Zone III) begründet keine Vermögensdisposition, da derartige honorarerhöhende Vereinbarungen geeignet sind, eine Unterschreitung bei anderen Parametern zu kompensieren. Solche Zugeständnisse werden daher im Rahmen der Feststellung der Mindestsatzunterschreitung neutralisiert, sie führen gerade nicht dazu, dass der Auftraggeber ein über den Mindestsätzen liegendes Honorar zahlen muss. Dies gilt – wie noch ausgeführt wird – gerade auch für die Vereinbarung einer höheren Honorarzone. 62

Schließlich kann die Beklagte sich auch nicht darauf berufen, sie hätte bei Kenntnis der Mindestsatzunterschreitung ein niederländisches Architektenbüro beauftragt, das der Mindestsatzbindung nicht unterliegt. Nach der bei Beauftragung der Leistung geltenden Rechtslage war die Geltung der HOAI nicht auf Architekten mit Sitz im Inland beschränkt. Die Mindestsatzbindung galt vielmehr auch bei Beauftragung eines Architekten mit Sitz im Ausland, wenn die vertragliche Architektenleistung – wie hier – für ein im Inland gelegenes Bauwerk erbracht werden soll. Denn es handelt sich nicht um Vertragsrecht, sondern um zwingendes öffentliches Preisrecht (BGH, Urt. v. 27.2.2003 – VII ZR 169/02, BauR 2003, 748; Pott/Dahlhoff/Kniffka/Rath, HOAI, 8. Aufl., § 1 Rn. 20; Koeble, in: Locher/Koeble/Frik, HOAI, 9. Aufl., § 1 Rn. 19). Da zudem mit dem Kläger kein Pauschalhonorar vereinbart worden war, war für die Beklagte auch nicht absehbar, dass an die in Rede stehenden niederländischen Architekten ein geringeres Honorar zu zahlen gewesen wäre. Die Beklagte hat auch auf den Hinweis des Senats im Beschluss vom 23.1.2013 kein Angebot eines niederländischen Architekten vorgelegt, so dass dem Senat die Prüfung verwehrt ist, ob mit diesem ein unter den Mindestsätzen liegendes Honorar hätte vereinbart werden können. 63

b) Für die Ermittlung einer eventuellen Mindestsatzunterschreitung ist das Honorar, welches sich aus der Vereinbarung der Parteien ergibt mit dem Honorar nach den Mindestsätzen der HOAI zu vergleichen. Dieser Vergleich ergibt, dass das vereinbarte Honorar im Ergebnis nicht unter dem nach den Mindestsätzen der HOAI ermittelten Honorar liegt. Der Ausschluss der anrechenbaren Kosten der vorhandenen mitverarbeiteten Bausubstanz im Architektenvertrag wird durch die Vereinbarung der Honorarzone IV anstelle der Honorarzone III sowie den Umbauzuschlag von 6 % kompensiert. 64

aa) Ob eine Mindestsatzunterschreitung vorliegt, ist im Rahmen einer Vergleichsberechnung aller maßgeblichen Faktoren festzustellen. Auf der Grundlage nur eines Honorarparameters (etwa der anrechenbaren Kosten der vorhandenen mitverarbeiteten Bausubstanz oder des Umbauzuschlags) lässt sich eine Mindestsatzunterschreitung noch nicht feststellen. Denn eine Abweichung nach unten aufgrund einzelner Honorarparameter kann durch andere Regelungen der Vereinbarung wieder ausgeglichen werden. Es kommt allein auf das Ergebnis an. Dabei ist zu ermitteln, welches Honorar sich unter Anwendung der gesamten 65

von den Parteien vereinbarten Bemessungsgrundlagen ergibt und ob dieses Honorar in dem von der HOAI zugelassenen Rahmen liegt (BGH Urt. v. 9.2.2012 – VII ZR 31/11, BauR 2012, 829; Urt. v. 16.12.2004 – VII ZR 16/03, BauR 2005, 735; Koeble, in: Locher/Koeble/Frik, HOAI, 12. Aufl., § 7 Rn. 24, 97; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 15. Aufl., Rn. 763).

bb) Die Höhe des Honorars nach der Vereinbarung der Parteien ergibt sich aus dem – 66
insoweit in der Berufung nicht beanstandeten – Urteil des Landgerichts. Eine Erhöhung des vom Landgericht ermittelten Honorars im Hinblick auf den Umbauzuschlag und den Bonus ist nicht gerechtfertigt, wie bereits dargelegt.

Soweit der Kläger mit der Berufung beanstandet, dass die Kosten der vorhandenen 67
Bausubstanz nicht berücksichtigt wurden, ist das kein Einwand gegen die Berechnung des Honorars nach der getroffenen Vereinbarung. Denn dies entspricht gerade dem schriftlichen Architektenvertrag. Vielmehr zielen die Einwände des Klägers dahin, dass den Kosten der vorhandenen Bausubstanz und dem Umbauzuschlag Mindestpreischarakter zukommt, also deren unzureichende Berücksichtigung zu einer Unterschreitung der Mindestsätze führt.

Damit ergibt sich aus der Vereinbarung der Parteien das nachfolgende Brutto-Honorar (UA 68
37):

Gesamtergebnis LPh 1 – 8	554.223,90 €	69
Gesamtergebnis LPh 9	19.638,15 €	70
Gesamthonorar	573.862,05 €.	71

Hierbei sind – da für die Frage des Honorarvergleichs unerheblich – Zahlungen, 72
Zurückbehaltungsrecht und Gegenforderungen nicht berücksichtigt. Soweit der Kläger in seiner letzten Berechnung im Schriftsatz vom 4.9.2014 (GA 1484) zu einem etwas niedrigeren Betrag, nämlich 572.957,65 €, gelangt ist, liegt das daran, dass er die Nebenkosten von 3 % ohne Berücksichtigung des Umbauzuschlags berechnet hat.

Ohne Berücksichtigung der Nebenkosten und der Umsatzsteuer beläuft sich das vertragliche 73
Honorar für Schule und Aula:

Schule	LPh 1 – 8	360.129,61 €	74
	LPh 9	11.850,63 €	75
	Zwischensumme	371.980,24 €	76
	Umbauzuschlag 6 %	22.318,81 €	77
	Netto-Honorar	394.299,05 €	78
Aula	LPh 1 – 8	58.415,29 €	79
	LPh 9	2.392,27 €	80
	Zwischensumme	60.807,56 €	81
	Umbauzuschlag 6 %	3.648,45 €	82
	Netto-Honorar	64.456,01 €	83

Hinsichtlich der Freianlagen macht der Kläger eine Mindestsatzunterschreitung nicht geltend. Da für sie weder anrechenbare Kosten der vorhandenen Bausubstanz noch ein Umbauzuschlag von Bedeutung sind und die Honorarzone III für die Freianlagen im Berufungsverfahren unstreitig ist, ist eine Mindestsatzunterschreitung auch von vornherein nicht ersichtlich.	84
cc) Aus den Mindestsätzen der HOAI ergibt sich kein höheres Honorar.	85
aaa) Hinsichtlich des Honorars nach den Mindestsätzen der HOAI für Schule und Aula sind die anrechenbaren Kosten (ohne Berücksichtigung der Bausubstanz) und der Umfang der beauftragten und ausgeführten Leistung, also die Vomhundertsätze der einzelnen Leistungsphasen, unstreitig. Ebenso ist unstreitig, dass Schule, Aula und Freigelände getrennt abzurechnen sind.	86
Streitige Punkte sind die Honorarzone bei Schule und Aula, ob und in welcher Höhe die vorhandene Bausubstanz bei den anrechenbaren Kosten von Schule und Aula zu berücksichtigen ist und ob dem Umbauzuschlag und insbesondere einem Umbauzuschlag von 20 % Mindestpreischarakter zukommt.	87
bbb) Schule und Aula sind im Rahmen des Mindestsatzvergleichs für die fiktive Mindestsatzberechnung in die Honorarzone III einzuordnen.	88
Der Kläger hat in der Berufungsbegründung für Schule und Aula die – auch im Vertrag vereinbarte – Honorarzone IV angesetzt, die Beklagte geht durchgängig von Honorarzone III aus. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme ist für die Vergleichsberechnung die Honorarzone III anzusetzen.	89
Der Sachverständige C gelangt in seinem Gutachten für die Aula zu Honorarzone III. Der Kläger erhebt hiergegen keine Einwendungen, sondern nimmt das in seiner Stellungnahme zum Gutachten hin (vgl. GA 1475). Auch die Beklagte erhebt insoweit keine Einwendungen, es entspricht ihrem Vortrag.	90
Für die Vergleichsberechnung ist auch die Schule der Honorarzone III zuzuordnen.	91
(1) Im Zuge der Prüfung der Mindestsatzunterschreitung ist das fiktive Mindestsatzhonorar nach der aus fachlicher Sicht objektiv richtigen Honorarzone zu berechnen. Insoweit besteht kein Ermessen der Parteien, denn sonst hätten sie es in der Hand, durch Vereinbarung einer objektiv zu niedrigen Honorarzone eine Mindestsatzunterschreitung herbeizuführen (BGH, Ur. v. 13.11.2003 – VII ZR 362/02, BauR 2004, 354). Innerhalb der ermittelten Honorarzone ist bei der Berechnung des Mindestsatzhonorars stets vom Mindestsatz auszugehen (Berger in: Fuchs/Berger/Seifert, HOAI, § 7 Rn. 85).	92
Die Einordnung in die Honorarzone ist anhand der Bewertungsmerkmale der HOAI vorzunehmen. Allerdings enthalten diese Bewertungsmerkmale Beurteilungsspielräume. Im Rahmen dieser Beurteilungsspielräume kommt grundsätzlich der Vereinbarung der Parteien Bedeutung zu. Haben die Parteien im Rahmen des durch die HOAI eröffneten Spielraums eine vertretbare Entscheidung getroffen, ist diese grundsätzlich vom Gericht zu beachten (BGH, Ur. v. 13.11.2003 – VII ZR 362/02, BauR 2004, 354; Schwenker/Wessel in: Thode/Wirth/Kuffer, Praxishandbuch Architektenrecht, 2. Aufl., § 20 Rn. 159). Im Rahmen des Mindestsatzvergleichs sind dagegen für die Ermittlung des fiktiven Mindestsatzhonorars die Beurteilungsspielräume der HOAI nach unten zu nutzen. Das folgt aus dem grundsätzlichen Vorrang der (schriftlichen) Honorarvereinbarung, die nur dann unwirksam ist,	93

wenn das mit ihr vereinbarte Honorar gegen das zwingende Preisrecht verstößt. Da es für den Mindestsatzvergleich nicht auf die Vereinbarkeit einzelner Honorarparameter mit der HOAI ankommt, sondern auf das sich aus der Vereinbarung ergebende Gesamthonorar, kann auch die Vereinbarung einer höheren Honorarzone nicht allein im Hinblick auf die Vereinbarung der Parteien aufrechterhalten bleiben. Vielmehr ist für die Vergleichsrechnung ungeachtet der Einordnung der Parteien die niedrigste der HOAI entsprechende Honorarzone anzusetzen. Beim fiktiven Mindesthonorar, das ja gerade nicht vereinbart ist, sind die jeweils niedrigsten zulässigen Honorarparameter einzusetzen (so ausdrücklich Berger, in: Fuchs/Berger/Seifert, HOAI, § 7 Rn. 86 im Zusammenhang mit dem Umbauzuschlag). Für eine solche Betrachtung spricht, dass die verbindlichen Mindestsätze eine Beschränkung der Vertragsfreiheit, der Berufsfreiheit und ggfs. der europarechtlichen Dienstleistungsfreiheit sind und als staatlicher Eingriff grundsätzlich eng auszulegen sind. Im Zusammenhang mit der Überschreitung des Höchstsatzes spricht der BGH davon, dass an die Stelle des zu hohen Honorars „der (noch) zulässige Preis“ tritt, der damit zum Vertragspreis wird (BGH, Urt. v. 11.10.2007 – VII ZR 25/06, BauR 2007, 2081). Dieser Grundgedanke gilt auch für die Prüfung der Mindestsatzunterschreitung. Die oben genannte Entscheidung des Bundesgerichtshofs (BGH, Urt. v. 13.11.2003 – VII ZR 362/02, BauR 2004, 354) steht dem nicht entgegen. Sie betraf die Frage, ob das Gericht von einer Mindestsatzunterschreitung durch Vereinbarung einer bestimmten Honorarzone auch dann ausgehen darf, wenn die Parteien im Rahmen der Beurteilungsspielräume der HOAI eine niedrigere Honorarzone vereinbart haben. Der BGH hat diese Frage dahin entschieden, dass die Vereinbarung einer niedrigeren Honorarzone, welche sich innerhalb des von der HOAI eröffneten Beurteilungsspielraums bewegt, auch dann wirksam ist und keine Mindestsatzunterschreitung bedeutet, wenn das Gericht eine höhere Honorarzone für richtiger hält. Im vorliegenden Fall geht es dagegen um die Frage, ob die Vereinbarung einer höheren Honorarzone geeignet ist, eine Mindestsatzunterschreitung durch andere Honorarparameter auszugleichen, oder auch in diesem Fall der Vereinbarung der höheren Honorarzone Bindungswirkung für die Ermittlung des Mindestsatzhonorars nach der HOAI zukommt.

(2) Die Ermittlung der Honorarzone richtet sich nach §§ 11, 12 HOAI 1996/2002. Maßgeblich für die Einordnung sind allein die planerischen Anforderungen. 94

Eine erste grobe Zuordnung, auf die im Streitfall die Einordnung in die Honorarzone allein nicht gestützt werden kann, ermöglicht die Objektliste in § 12 HOAI 1996/2002. Danach wäre eine Schule in der Regel in die Honorarzone IV einzuordnen. Die Objektliste ist aber für Umbauten nur sehr eingeschränkt anwendbar. Die Objektliste differenziert zwar nicht nach Errichtung und Modernisierung oder Umbau. Dennoch ist sie für Umbauten nicht gleichermaßen indiziell wie für die Neuherstellung, weil es bei Umbauten für die Einordnung in die Honorarzone auf den Aufwand der Umbauleistungen ankommt und dieser nicht zwangsläufig mit dem Aufwand bei Neuerrichtung gleichzusetzen ist (Korbion, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, HOAI, 9. Aufl., § 35 Rn. 3; nach Seifert, in: Fuchs/Berger/Seifert, HOAI, § 5 Rn. 14, § 35 Rn. 10 ist die Objektliste insgesamt für Umbauten nicht verbindlich). 95

Im zweiten Schritt sind gem. § 11 Abs. 1 HOAI 1996/2002 die sechs Bewertungsmerkmale, die für die Ermittlung der Honorarzone von Bedeutung sind (Einbindung in die Umgebung, Anzahl der Funktionsbereiche, gestalterische Anforderungen, konstruktive Anforderungen, technische Ausrüstung und Ausbau) in die Honorarzonen einzuordnen. Soweit für ein Gebäude die jeweiligen Bewertungsmerkmale mehreren Honorarzonen zuzuordnen sind und deswegen die Honorarzone für das Gebäude zweifelhaft ist, ist nach § 11 Abs. 2 und 3 HOAI 1996/2002 eine Punktbewertung vorzunehmen (zu einer Konstellation, in der trotz Einordnung der Bewertungsmerkmale in unterschiedliche Honorarzonen kein Zweifel über die 96

Zuordnung besteht vgl. Seifert, in Fuchs/Berger/Seifert, HOAI, § 35 Rn. 43). Sowohl die Parteien (Anl. K 35 und B 10; vgl. auch die Zusammenstellung im Privatgutachten der Sachverständigen de Q2 vom 6.11.2014, dort S. 21) als auch der Gerichtssachverständige C (Gutachten vom 21.2.2016, S. 5 ff, GA 1545 ff) und die Privatgutachterin der Beklagten des Q2 (S. 36 ff des Gutachtens vom 6.11.2014) ordnen die Bewertungsmerkmale jeweils verschiedenen Honorarzonen zu.

Nach der Punktebewertung gem. § 11 Abs. 2 und 3 HOAI ist nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme sowohl die Einordnung in die Honorarzone IV als auch die Einordnung in die Honorarzone III mit der HOAI vereinbar. 97

Über die Anwendung der Punktebewertung gibt es in der Literatur unterschiedliche Auffassungen, da sich die für die jeweiligen Bewertungsmerkmale zu vergebenden sechs bzw. neun Punkte nicht gleichmäßig auf fünf Honorarzonen verteilen lassen, jedenfalls dann nicht, wenn – wovon nach dem Wortlaut der Verordnung auszugehen ist – nur die Vergabe ganzer Punktwerte als zulässig angesehen wird. In der Literatur sind daher unterschiedliche Verteilungsschlüssel entwickelt worden, die bei gleicher Zuordnung der einzelnen Bewertungsmerkmale zu einer Honorarzone zu unterschiedlichen Gesamtergebnissen führen. 98

Die Punktesysteme sehen vor, dass einzelne Honorarzonen mit zwei Punktwerten versehen werden. Die Unterschiede der Punktesysteme liegen darin, welchen Honorarzonen zwei Punktwerte zuzuordnen sind (eine Übersicht über die gängigen Punktesysteme findet sich S. 31 des Privatgutachtens vom 6.11.2014). 99

Gängig ist die Tabelle von Klocke/Arlt. Bei Anwendung dieser Tabelle gelangen ungeachtet unterschiedlicher Gewichtungen bei den Bewertungsmerkmalen Einbindung in die Umgebung und konstruktive Anforderungen sowohl das Gerichtsgutachten als auch das Privatgutachten zur Honorarzone IV. Gegen diese Tabelle wird indes eingewandt, dass nach ihr auch dann, wenn alle Bewertungsmerkmale z.B. zur Honorarzone III gehören, das Objekt nach der Punktebewertung in Honorarzone IV einzuordnen wäre. In diesem Fall käme die Grobbewertung nach § 11 Abs. 1 HOAI 1996/2002 zu einem anderen Ergebnis als die Einordnung nach dem Punktesystem, da es nach § 11 Abs. 1 HOAI 1996/2002, wenn alle Bewertungsmerkmale in dieselbe Honorarzone fallen, bei dieser Einteilung bleibt. 100

Diese Unstimmigkeit vermeidet die Einordnung von Motzke/Wolff, welche der Gerichtsgutachter C deshalb bevorzugt. Sie schließt in jeder Honorarzone mit der Maximalpunktzahl dieser Zone nach § 11 Abs. 2 HOAI ab (Motzke/Wolff, Praxis der HOAI, 3. Aufl., S. 298, die sich allerdings selbst skeptisch zur „Errechenbarkeit“ der Honorarzonen äußern. „In der Praxis werden solche Rechnereien kaum je bei Vertragsabschluss, sondern erst beim Honorarstreit durchgeführt. Sie gehören zum unerfreulichen Teil des Arbeitsgebietes des Sachverständigen.“). Motzke/Wolff gestehen aber selbst ein, dass diese Tabelle auch anders gefasst werden könnte (Motzke/Wolff, Praxis der HOAI, 3. Aufl., S. 298; ebenso Seifert, in: Fuchs/Berger/Seifert, HOAI, § 35 Rn. 51 a.E.). Eine weitere modifizierte Tabelle stammt von Löffelmann/Fleischmann (Architektenrecht, 6. Aufl., Kap. 27 Rn. 1427, 1437). Sie ordnet der Honorarzone III (durchschnittliche Anforderungen) den jeweiligen Mittelwert der Punkte (drei bzw. vier – fünf) zu. 101

Die sog. logisch-arithmetische Methode vergibt die Punkte für die Bewertungsmerkmale nach dem Verhältnis der Gesamtbewertungen in § 11 Abs. 2 HOAI 1996/2002. Das führt zunächst zu Bruchteilen von Punkten, die innerhalb der Honorarzonen auf ganze Zahlen gerundet werden (Seifert, in Fuchs/Berger/Seifert, HOAI, § 35 Rn. 52 ff; Korbion, in: 102

Korbion/Mantscheff/Vygen, HOAI, 9. Aufl., § 35 Rn. 29 f.). Die Tabelle ähnelt der Tabelle von Löffelmann/Fleischmann. Gegen diese Methode spricht das Erfordernis, Bruchteile von Punkten zu runden.

Eine weitere Methode wird von der Privatgutachterin bevorzugt (ebenso Seifert, in: Fuchs/Berger/Seifert, HOAI, § 35 Rn. 55): Die Honorarzonen werden danach gewichtet, ob für sie nach § 11 Abs. 3 HOAI 1996/2002 sechs Punkte oder neun Punkte vergeben werden können. Die nach § 11 Abs. 1 HOAI 1996/2002 gefundenen Honorarzonen werden mit sechs bzw. neun multipliziert und das Ergebnis durch die Zahl der möglichen Punkte (42) geteilt. Das Ergebnis wird kaufmännisch gerundet und ergibt die Honorarzone (S. 30 des Privatgutachtens vom 6.11.2014). Damit fließt die Einordnung nach § 11 Abs. 1 HOAI unmittelbar in die Punktbewertung ein. Gegen diese Methode spricht allerdings, dass entgegen § 11 Abs. 3 HOAI 1996/2002 für jede Honorarzone eine feste Punktzahl vergeben wird. Das entspricht nicht § 11 Abs. 3 HOAI. Nach dieser Vorschrift wird die Feinabstimmung nicht nur durch eine unterschiedliche Gewichtung der Bewertungsmerkmale (sechs oder neun Punkte), sondern eben auch durch eine weitere Differenzierung der Planungsanforderungen gegenüber der Einteilung in fünf Honorarzonen vorgenommen.

103

Eine weitere, einfache und mit dem Wortlaut des § 11 HOAI 1996/2002 (§ 35 Abs. 6 HOAI 2013) vereinbare Methode läge darin, die Bewertungsmerkmale nach § 11 Abs. 3 HOAI 1996/2002 (§ 35 Abs. 6 HOAI 2013) losgelöst von den Honorarzonen und der Einordnung nach § 11 Abs. 1 HOAI 1996/2002 (§ 35 Abs. 2 HOAI 2013) auf der Skala von eins bis sechs bzw. eins bis neun einzuordnen, die Punkte zu addieren und dann aus der Gesamtpunktzahl nach der Vorgabe des § 11 Abs. 2 HOAI 1996/2002 (§ 35 Abs. 6 HOAI 2013) die Honorarzone abzuleiten. Die jeweiligen Bewertungsmerkmale werden dabei nach den Anforderungen an die Planungsaufgabe nicht mehr in fünf Honorarzonen, sondern auf einer Skala von eins bis sechs bzw. eins bis neun eingeordnet. Das Punktesystem würde damit die Einordnung der jeweiligen Bewertungsmerkmale in die fünf Honorarzonen, die zu keinem zweifelsfreien Ergebnis geführt hat, durch eine differenziertere Einordnung in sechs bzw. neun Punkte ersetzen.

104

Die Frage, welches Punktesystem anzuwenden ist, ist eine Rechtsfrage, die nicht vom Sachverständigen, sondern vom Gericht zu beantworten ist (vgl. Korbion, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, HOAI, 9. Aufl., § 35 Rn. 29; Seifert, in: Fuchs/Berger/Seifert, HOAI, § 35 Rn. 57). Bei der Einordnung des Objekts bzw. der Bewertungsmerkmale in die Honorarzone oder die Vergabe der Punkte für die einzelnen Bewertungsmerkmale Punktesystem kommt aber dem Sachverständigen unterstützende Funktion zu.

105

Gerichtsgutachten und Privatgutachten gelangen zu unterschiedlichen Honorarzonen. Nach beiden Gutachten liegt das Objekt im Grenzbereich zwischen den Honorarzonen III und IV. Das Privatgutachten der Sachverständigen de Q2 gelangt bei Anwendung der Tabelle von Klocke/Arlt zur Honorarzone IV, nach den Systemen Motzke/Wolff, Löffelmann/Fleischmann, der logisch/arithmetischen Methode sowie der von ihr bevorzugten rechnerischen Methode dagegen zur Honorarzone III. Das Gerichtsgutachten gelangt sowohl nach der Methode Klocke/Arlt als auch bei Anwendung der – vom Gerichtsgutachter bevorzugten – Tabelle Motzke/Wolff zur Honorarzone IV. Bei Anwendung der Punktesysteme Löffelmann/Fleischmann und der logisch-arithmetischen Methode gelangen beide Gutachter im Ergebnis zur Honorarzone III. Eine Übersicht der Ergebnisse von Privat- und Gerichtsgutachten nach den jeweiligen Punktesystemen findet sich S. 8 des Ergänzungsgutachtens des Sachverständigen C (GA 1548).

106

Keines der genannten Punktesysteme wird von der HOAI vorgegeben oder lässt sich zwingend aus ihr ableiten. Die unterschiedliche Verteilung der Punkte auf die verschiedenen Honorarzonen führt zu unterschiedlichen Gewichtungen der Honorarzonen, ohne dass sich diese Gewichtung aus der Verordnung selbst ableiten lässt.

Wortlaut und Entstehungsgeschichte der HOAI geben keines der in der Literatur entwickelten Punktesysteme vor, obwohl die Punktesysteme zu unterschiedlichen Honorarzonen führen können, wie sowohl das Gerichtsgutachten als auch das Privatgutachten zeigen. Sowohl das Gerichtsgutachten als auch das Privatgutachten gelangen bei gleicher Bewertung der Planungsaufgabe nach den verschiedenen Punktesystemen zu unterschiedlichen Honorarzonen. 108

Weder dem Verordnungstext noch den Materialien (BR-DrS 270/76 zu § 11 für die HOAI 1976, abgedruckt bei Hesse/Korbion/Mantscheff, HOAI, 1978, Anhang Anl. 4) lässt sich entnehmen, wie die sechs bzw. neun Punkte nach §§ 11 Abs. 2 und 3 HOAI 1996/2002 den fünf Honorarzonen zuzuordnen sind und ob eine solche Zuordnung mit der Folge einer unterschiedlichen Gewichtung der Honorarzonen überhaupt zu erfolgen hat. In der Begründung zur ersten Fassung der HOAI (BR-DrS 270/76 zu § 11, abgedruckt bei Hesse/Korbion/Mantscheff, HOAI, 1978, Anhang Anl. 4) heißt es hierzu lediglich: 109

„Zweifel über die Zuordnung eines Gebäudes zu den Honorarzonen können sich in Einzelfällen ergeben, wenn für ein Gebäude im konkreten Fall Bewertungsmerkmale aus mehreren Honorarzonen anwendbar sind. Absatz 2 bestimmt zunächst, dass in diesem Fall die Anzahl der Bewertungspunkte nach Absatz 3 zu ermitteln sind. Nach Absatz 3 haben die Vertragsparteien für das konkrete Gebäude die einzelnen Bewertungsmerkmale mit Punkten zu bewerten. Je nach Schwierigkeitsgrad der Planungsanforderungen können für die Bewertungsmerkmale Anforderungen an die Einbindung in die Umgebung, konstruktive Anforderungen, technische Gebäudeausrüstungen und Ausbau jeweils bis zu sechs Punkten, für die Bewertungsmerkmale Anzahl der Funktionsbereiche, und gestalterische Anforderungen jeweils bis zu 9 Punkte vergeben werden. Absatz 2 ordnet weiter an, das Gebäude nach der Summe dieser Bewertungspunkte den Honorarzonen zuzuordnen. In die Honorarzone I gehören Gebäude mit bis zu 10 Punkten. Die Honorarzonen II bis V wurden so aufgeteilt, dass jede dieser Honorarzonen Gebäude mit einer jeweils um 8 Punkte erhöhten Punktzahl aufnimmt. Die Honorarzone V endet mit der höchstmöglichen Zahl von 42 Punkten. Mit der Anzahl der Bewertungspunkte wird noch nicht ein Honorar innerhalb der Mindest- und Höchstsätze einer Honorarzone bestimmt.“ 110

Die Gewichtung der Bewertungsmerkmale ergibt sich dagegen unmittelbar aus der HOAI, nämlich danach, ob für das Bewertungsmerkmal sechs oder neun Punkte vergeben werden können. 111

Für den Mindestsatzvergleich bedeutet dies, dass sowohl die Einordnung in die Honorarzone IV als auch die Einordnung in die Honorarzone III mit der HOAI in Einklang stehen. Der Kläger selbst ist in seinem Angebot vom 18.8.2002 (Anl. B 39, AH II, 102) noch von der Honorarzone III ausgegangen mit der Begründung, dass das Objekt nicht in die Honorarzone IV falle, weil es keine Neuplanung einer Schule sei, sondern nur eine Modernisierung, bei der Rohbau und Entwurf bereits stünden. 112

Wie oben dargelegt, führt dies im Rahmen des fiktiven Mindestsatzhonorars zur Anwendung der Honorarzone III, da die Parteien diese – bei Beachtung der übrigen Honorarparameter der HOAI – ohne Verstoß gegen die HOAI hätten vereinbaren können. 113

ccc) Ein Umbauzuschlag ist für das Mindestsatzhonorar nicht zu berücksichtigen.

Nach § 24 Abs. 1 HOAI 1996/2002 ist bei Umbauten das Honorar um einen schriftlich zu vereinbarenden Prozentsatz, der sich nach der Schwierigkeit der Leistung richtet, zu erhöhen. Nach § 24 Abs. 1 S. 3 HOAI 1996/2002 kann bei durchschnittlichem Schwierigkeitsgrad ein Zuschlag von 20 bis 33 % vereinbart werden. Sofern nichts anderes schriftlich vereinbart ist, gilt ab durchschnittlichem Schwierigkeitsgrad ein Zuschlag von 20 % als vereinbart. 115

Dem Umbauzuschlag von 20 % kommt indes Mindestsatzcharakter nicht zu. Die bisher herrschende Meinung hat den Mindestsatzcharakter des Umbauzuschlags nach der HOAI 1996/2002 allerdings bejaht (KG, Urt. v. 13.1.2011 – 27 U 34/10, IBR 2011, 342, 343, Volltext über juris und ibr-online; Locher/Koeble/Frik, HOAI, 9. Aufl., § 24 Rn. 14). Demgegenüber vertritt Motzke (ZfBR 2011, 3) die Auffassung, dass der Umbauzuschlag frei vereinbar ist. Soweit der Bundesgerichtshof (BGH, Urt. v. 27.11.2008 - VII ZR 211/07, BauR 2009, 264) eine Reduzierung des Umbauzuschlags von 25 % auf 15 % als unbedenklich angesehen hat, lässt sich hieraus noch nicht zwingend ableiten, dass der Vorschrift kein Mindestsatzcharakter zukommt. Denn allein ein unter 20 % liegender Umbauzuschlag indiziert noch keine Mindestsatzunterschreitung, wenn in anderen Bereichen eine Kompensation erfolgt ist. Nach dem Wortlaut der damaligen Regelung liegt bei durchschnittlichem Schwierigkeitsgrad eine Untergrenze von 20 % nahe, da für den Zuschlag bei durchschnittlichem Schwierigkeitsgrad eine Spanne von 20 bis 33 % vorgegeben ist. 116

Allerdings ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte und der amtlichen Begründung zu dieser Vorschrift, dass es keinen Mindestumbauzuschlag gibt. Dies hat der Verordnungsgeber für die HOAI in der aktuellen Fassung 2013 nochmals ausdrücklich klargestellt und es entspricht jedenfalls für die HOAI 2013 inzwischen auch der überwiegenden Auffassung in der Literatur (Preussner, in: Messerschmidt/Niemöller/Preussner, HOAI, § 6 Rn. 66 ff; Locher, in: Locher/Koeble/Frik, HOAI, 12. Aufl., § 6 Rn. 54; Fuchs/Seifert, in: Fuchs/Berger/Seifert, HOAI, § 6 Rn. 59, vgl. aber auch Rn. 77 wonach nach der HOAI 2013 in diesen Fällen mangels Vereinbarung von 20 % auszugehen sei; für den Mindestsatzcharakter, zumindest bei einem durchschnittlichen Schwierigkeitsgrad dagegen Wirth/Galda in: Korbion/Mantscheff/Vygen, HOAI, 9. Aufl., § 6 Rn. 42 f.). 117

In der amtlichen Begründung zu § 24 HOAI in der Fassung der HOAI 1990 heißt es (BR-DrS 304/90 S. 145, zit. nach Motzke, ZfBR 2011, 3, 4): 118

„S. 3 enthält einen Hinweis auf die Höhe des zu vereinbarenden Zuschlags. Bei durchschnittlichem Schwierigkeitsgrad der Leistung – das wird im Regelfall bei Umbauten sein, die in Honorarzone III eingeordnet werden – kann ein Zuschlag von 20 bis 33 v.H. vereinbart werden. Damit wird weder ein Mindest- noch ein Höchstsatz genannt. Die Vertragsparteien können – je nach Schwierigkeitsgrad der Leistung – auch einen niedrigeren oder einen höheren Zuschlag vereinbaren. Letzteres kann z.B. dann leistungsgerecht sein, wenn ein älteres (historisches) Gebäude, das unter Denkmalschutz steht, grundlegend umgebaut werden soll.“ 119

In der aktuellen HOAI 2013 hat der gem. § 6 Abs. 2 S. 2 HOAI ohne anderweitige Vereinbarung als unwiderleglich zutreffend vermutete Umbauzuschlag von 20 % nach der amtlichen Begründung ebenfalls keinen Mindestsatzcharakter. Es heißt dort zu § 6 Abs. 2 (BR-Drucksache 334/13 S. 141): 120

„§ 6 Absatz 2 Satz 4 gibt allerdings keinen Mindestwert vor. Die Höhe des Zuschlags ist im Wege einer schriftlichen Vereinbarung bei Auftragserteilung frei vereinbar. Es steht den Vertragsparteien wie bisher auch frei, bei Auftragserteilung einen Zuschlag von weniger als 20 Prozent zu vereinbaren.“

Das gleiche ergibt sich aus dem Einführungserlass des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung zur HOAI 2013 vom 19.8.2013. Dort heißt es zu § 6: 122

„Auf die Ausweisung einer prozentualen Spanne wurde bewusst verzichtet. Damit soll verdeutlicht werden, dass es nach der HOAI keinen Mindestumbauzuschlag gibt. Wie bisher können die Vertragsparteien auch einen Zuschlag unter 20 % vereinbaren.“ 123

Beide Begründungen nehmen ausdrücklich auch auf die vergangenen Fassungen der HOAI Bezug. 124

Dem schließt sich der Senat an. Gegen den Mindestsatzcharakter des Umbauzuschlags sprechen der Wille des Ordnungsgebers sowie, dass die Preisbindung sowohl im Hinblick auf den in ihr liegenden Eingriff in die Privatautonomie, als auch im Hinblick auf die Frage der ausreichenden Ermächtigungsgrundlage und die europarechtlichen Bedenken im Hinblick auf die Dienstleistungsfreiheit eng auszulegen ist. Es ist auch kein sachlicher Grund ersichtlich, dem Umbauzuschlag in der HOAI 1996/2002 eine andere Bedeutung beizumessen als in der aktuellen HOAI. Zwar sah die HOAI 1996/2002 eine Spanne (20 % bis 33 %) vor, während jetzt nur noch ein Höchstsatz vorgesehen ist, die amtliche Begründung hat sich aber nicht geändert. 125

Kommt daher dem Umbauzuschlag auch in der HOAI 1996/2002 kein Mindestsatzcharakter zu, ist er in der Vergleichsberechnung beim fiktiven Mindestsatzhonorar mit 0 anzusetzen (Berger, in: Fuchs/Berger/Seifert, HOAI, § 7 Rn. 86; Locher, in: Locher/Koeble/Frik, HOAI, 12. Aufl., § 6 Rn. 54). 126

ddd) Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme sind dagegen entgegen der vertraglichen Vereinbarung für die Ermittlung des Mindestsatzhonorars die Kosten der vorhandenen mitverarbeiteten Bausubstanz für die Schule mit nicht mehr als 1.727.000 € (Kostengruppe 300 Baukonstruktion) und 240.000,00 € (Kostengruppe 400 Technische Anlagen) und für die Aula mit nicht mehr als 404.375,00 € (Kostengruppe 300 Baukonstruktion) und 33.750,00 € (Kostengruppe 400 Technische Anlagen) anzusetzen. Das entspricht den vom Sachverständigen C in seinem Gutachten vom 4.7.2014 sowie seinem Ergänzungsgutachten vom 21.2.2016 ermittelten anrechenbaren Kosten, die aufgrund der Anhörung des Sachverständigen im Termin vom 16.11.2016 für die Schule, Kostengruppe 300 in drei Positionen zu korrigieren sind. 127

(1) Bei der Ermittlung des Mindestsatzhonorars sind die anrechenbaren Kosten der vorhandenen und mitzuverarbeitenden Bausubstanz grundsätzlich zu berücksichtigen. Dem steht nicht entgegen, dass die Parteien im Architektenvertrag die Berücksichtigung dieser Kosten ausgeschlossen haben, denn den Kosten der mitverarbeiteten Bausubstanz kommt Mindestsatzcharakter zu. 128

Nach § 10 Abs. 3a HOAI 1996/2002 ist bei Umbauarbeiten die vorhandene Bausubstanz, die vom Architekten technisch oder gestalterisch mitverarbeitet wird, bei den anrechenbaren Kosten angemessen zu berücksichtigen, wobei der Umfang der Anrechnung der schriftlichen Vereinbarung bedarf. Die Vorschrift, die sich als wenig praktikabel erwiesen hat, ist in der HOAI 2009 entfallen, wobei der Wegfall nach dem Willen des Ordnungsgebers durch die 129

Vereinbarung eines höheren Umbauzuschlags kompensiert werden sollte. Nachdem dies in der Praxis nicht angenommen wurde, ist die Vorschrift in die HOAI 2013 in § 4 Abs. 3 wieder aufgenommen worden (Zur „Geschichte“ der anrechenbaren Kosten der mitverarbeiteten Bausubstanz Q, Totgesagte leben länger: Die „mitzuverarbeitende Bausubstanz“, FS Jochem, S. 119 ff. Der Beitrag endet mit der Feststellung: „Die Honorarsachverständigen werden sich über vermehrte Aufträge freuen.“)

Zweck der Regelung ist nicht die Berücksichtigung erhöhter Schwierigkeiten der Planungsaufgabe, sondern es soll bei den anrechenbaren Kosten ein Ausgleich dafür geschaffen werden, dass vorhandene Bausubstanz Bestandteil des Planungskonzepts ist, daraus aber keine anrechenbaren Kosten entstehen. Für die Einbeziehung der vorhandenen Bausubstanz in die anrechenbaren Kosten kommt es darauf an, ob der Architekt diese Bauteile planerisch oder konstruktiv in seine Leistung einbeziehen, die alte Bausubstanz also in den Wiederaufbau oder Umbau eingliedern muss (BGH, Urt. v. 19.6.1986 – VII ZR 260/84, BauR 1986, 593). Angemessene anrechenbare Kosten aus vorhandener Bausubstanz sind Bestandteil der Mindestsatz- bzw. Höchstsatzhonorare (BGH, Urt. v. 27.2.2003 – VII ZR 11/0, BauR 2003, 745; Seifert/Fuchs in: Fuchs/Berger/Seifert, HOAI, § 4 Rn. 98; Koeble in Locher/Koeble/Frik, HOAI, 12. Aufl., Rn. 63). Ein vertraglicher Ausschluss oder die Berücksichtigung zu niedriger Kosten der vorhandenen Bausubstanz kann im Ergebnis zu einer Mindestsatzunterschreitung führen. 130

(2) Bei der Ermittlung der anrechenbaren Kosten der mitverarbeiteten Bausubstanz geht der Senat von folgenden anerkannten Grundsätzen aus: 131

Zur Bausubstanz gehören die mit dem bisherigen Bauwerk und Grund und Boden fest verbundenen Teile wie Fundamente, Wände, Stützen, Decken, Treppen, Dachstühle, Dächer usw. (Löffelmann/Fleischmann, Architektenrecht, 6. Aufl., Kapitel 26, Rn. 1381). Die Ermittlung der zu berücksichtigenden vorhandenen Bausubstanz erfolgt in drei Schritten: zum einen muss der Wert der vorhandenen Bausubstanz ermittelt werden. Als zweites ist zu ermitteln, welche Bereiche der vorhandenen Bausubstanz vom Architekten „technisch und gestalterisch mitverarbeitet“ wurden. Diese beiden Schritte lassen sich auch zusammenfassen. Und als drittes ist zu bewerten, bei welchen einzelnen Grundleistungen auch die vorhandene Bausubstanz mitverarbeitet wurde und in welchem Umfang. 132

Insoweit herrscht in der Literatur Streit, ob diese Berechnung für jede einzelne Leistungsphase vorzunehmen ist oder nur nach den jeweiligen Kostenermittlungsarten, also jeweils einheitlich für die Leistungsphasen 1 – 4, 5 – 7 und 8 – 9, vgl. § 10 Abs. 2 HOAI a.F. (Koeble, in: Locher/Koeble/Frik, HOAI, 9. Aufl., § 10 Rn. 94; 12. Aufl., § 4 Rn. 57 nimmt die Berechnung für die einzelnen Leistungsphasen getrennt vor, Grünewald, BauR 2005, 1234, 1238 plädiert dafür, die Kosten in der jeweiligen Kostenermittlungsart nur einmal anzusetzen). Der Bundesgerichtshof tendiert dazu, auf die jeweiligen Kostenermittlungsarten abzustellen um zu verhindern, dass innerhalb der einzelnen Kostenermittlungsarten bei den Leistungsphasen unterschiedliche anrechenbare Kosten maßgeblich sind (BGH, Urt. v. 27.2.2003 – VII ZR 22/02, BauR 2003, 745). Soweit der Umfang der Mitverarbeitung bei den einzelnen Leistungsphasen unterschiedlich ist, kann dies bei der Ermittlung der anrechenbaren Kosten berücksichtigt werden. Im Ergebnis dürften die unterschiedlichen Berechnungen daher im Wesentlichen zum gleichen Ergebnis gelangen. Die Parteien und die Gutachter gehen nach den Kostenermittlungsarten vor und nicht nach den einzelnen Leistungsphasen (S. 208 des Privatgutachtens vom 6.11.2014; S. 8 ff Gerichtsgutachten und S. 20 ff Ergänzungsgutachten). Dem schließt sich der Senat an. 133

Der Wert der vorhandenen Bausubstanz wird üblicherweise durch die Neubaukosten ermittelt. Diese Vergleichskosten (Neubaukosten) werden mit einem Abschlag für den Erhaltungszustand versehen, wobei dieser Abschlag in der Praxis nicht zu hoch sein kann, weil bei einem sehr schlechten Erhaltungszustand die Weiterverwendung nicht mehr sinnvoll ist.

Mitzuverarbeiten ist der Teil des vorhandenen Bausubstanz des zu planenden Objekts, der bereits durch Bauleistung hergestellt ist und bei Planungs- oder Überwachungsleistungen technisch oder gestalterisch einbezogen wird, wobei die bloße zeichnerische Darstellung nicht ausreicht (BGH, Urt. v. 27.2.2003 – VII ZR 22/02, BauR 2003, 745; so jetzt auch § 2 Abs. 7 HOAI 2013). Zur mitzuverarbeitenden Bausubstanz gehört zunächst nur die Bausubstanz, die unverändert erhalten bleibt. Nicht zur mitverarbeiteten Bausubstanz gehört die Bausubstanz, die im Zuge des Umbaus abgerissen oder verändert wird, denn diese Bausubstanz ist ohnehin bereits in den anrechenbaren Kosten enthalten. Auch die unverändert bleibende Bausubstanz ist nicht in vollem Umfang mitverarbeitet. Nicht mitverarbeitet ist beispielsweise die Bausubstanz, die außerhalb des Planungsbereichs des Architekten liegt und daher von ihm nicht berücksichtigt wird. 135

Für die Ermittlung von Vergütungsansprüchen – und damit auch die Ermittlung des Mindestsatzhonorars der HOAI – gilt im Rechtsstreit § 287 ZPO, der auch in diesem Bereich eine Schätzung ermöglicht, sofern genügend Anknüpfungstatsachen feststehen (BGH, Versäumnisurteil v. 13.7.2006 – VII ZR 68/05, BauR 2006, 1753 für die Abrechnung des gekündigten Pauschalpreisvertrages). 136

(3) Die Begutachtung durch den Sachverständigen C bietet ungeachtet der durch die Privatgutachten der Sachverständigen de Q2 untermauerten grundsätzlichen Einwänden der Beklagten eine hinreichende Grundlage für die Schätzung der anrechenbaren Kosten der Bausubstanz. Grundlegende methodische Einwände gegen das Gerichtsgutachten hält der Senat nicht für durchgreifend. 137

Der Gerichtsgutachter C und die Privatgutachterin de Q2 gehen bei der Ermittlung der mitverarbeiteten Bausubstanz im Grundsatz von der gleichen Berechnungsmethode aus, nämlich der von Seifert (Anrechenbare Kosten aus vorhandener Bausubstanz, Zur Auslegung und Anwendung des § 10 Abs. 3a HOAI, BauR 1999, 304) entwickelten Vergleichswertmethode (S. 7 des Gerichtsgutachtens vom 4.7.2014, GA 1443 und S. 82 des Privatgutachtens vom 6.11.2014). 138

Die Ermittlung erfolgt nach den Kostengruppen 300 für die Baukonstruktion und 400 für die technischen Anlagen der DIN 276, und zwar bis zu dritten Gliederungsebene. Die Trennung in die Kostengruppen 300 und 400 ist erforderlich, weil nach § 10 Abs. 4 HOAI 1996/2002 die anrechenbaren Kosten für die technische Ausrüstung (Kostengruppe 400), soweit sie über 25 % der sonstigen anrechenbaren Kosten liegen, nur mit 50 % des übersteigenden Betrages berücksichtigt werden. Der Wert der vorhandenen Bausubstanz wird aus der Differenz zwischen dem Herstellungswert (Kosten) der Bausubstanz und dem Abzugswert ermittelt. Der Abzugswert berücksichtigt z.B., dass einzelne Elemente der Bausubstanz nicht mitverarbeitet sind, Abbruch bzw. Teilabbruch von Bausubstanz und Wertminderung aufgrund eingeschränkter Gebrauchsfähigkeit der Bausubstanz (Seifert, BauR 1999, 304). 139

Bei der Ermittlung der Gesamtkosten des Vergleichsobjekts gehen der Gerichtsgutachter und die Privatgutachterin von den gleichen Grundsätzen aus. Dabei sind als Herstellungskosten eines Vergleichsobjekts die Kosten eines vergleichbaren Gebäudes im Neuzustand anzusetzen. Der Sachverständige C beziffert die Kosten des Vergleichsobjekts, d.h. die 140

fiktiven Neuherstellungskosten, mit 6.650.000,00 € (S. 8 des Gerichtsgutachten vom 4.7.2014, GA 1444, und S. 9 des Ergänzungsgutachtens vom 21.2.2016, jeweils i.V.m. der Anlage 2 bzw. 2.1), die Sachverständige de Q2 mit 6.500.000,00 € (S. 150 des Privatgutachtens vom 6.11.2014). Beide Gutachter haben hierzu den BKI (Baukosteninformationszentrum Deutscher Architektenkammern) zugrunde gelegt und gelangen zu ähnlichen Ergebnissen. Beide Gutachter haben diese Gesamtkosten auf die einzelnen Kostengruppen bis zur dritten Gliederungsebene aufgeteilt (jeweils Spalte 3 ihrer Tabellen, Anlage 2 des Gerichtsgutachtens vom 4.7.2014, GA 1456, und Anlage 2.1 des Ergänzungsgutachtens des Sachverständigen C vom 21.2.2016, GA 1563 f., mit den modifizierten Werten für die Kostengruppe 300 der Schule, sowie S. 151 f. des Privatgutachtens vom 6.11.2014). Dabei ist die Privatgutachterin im Wesentlichen von den Prozentwerten des BKI ausgegangen, welche teilweise auf das Objekt angepasst wurden (S. 148, 150 und 152 des Privatgutachtens vom 6.11.2014), während der Sachverständige C eine Gewichtung nach den individuellen Verhältnissen des Objektes vorgenommen hat. Wie er im Termin erläutert hat, basiert diese auf seinen Erfahrungswerten und sachverständigen Einschätzungen. Dabei hat er auf Grundlage des vorhandenen Gebäudes, seiner Schnitte und Grundrisse die Kosten für die einzelnen Gewerke geschätzt und danach die Prozentzahlen zugeordnet. Beide Ansätze sind methodisch zulässig. Geht man von den allgemeinen Prozentwerten des BKI aus, erfolgt die Anpassung im Rahmen der konkreten Abzugswerte. In jedem Fall lässt die Ermittlung der anrechenbaren Kosten der mitverarbeiteten Bausubstanz nach § 10 Abs. 3a HOAI erheblichen Spielraum für die sachverständige Bewertung.

Soweit die Beklagte einwendet, dass das Gutachten des Sachverständigen C schon deshalb 141 nicht brauchbar ist, weil er in seiner Aufteilung der Vergleichskosten nicht alle Kostengruppen berücksichtigt habe (etwa die Kostengruppe 310 Baugrube, welche die Sachverständige de Q2 in ihrer Tabelle mit 91.000,00 € bewertet, während sie in der Tabelle des Sachverständigen C nicht enthalten ist), so dass sich Verschiebungen bei den Kostengruppen für die mitverarbeitete Bausubstanz ergeben können, vermag sich der Senat dem nicht anzuschließen. Diese Kostengruppen sind erkennbar nicht mitverarbeitet, so dass die Sachverständige de Q2 sie mit einem Abzug von 100 % versehen hat. Der Sachverständige C hat seine Tabelle im Termin dahin erläutert, dass er diese Kostengruppen schon in der Spalte 3 nicht angesetzt hat, da sie für die Leistungen des Klägers insgesamt nicht angefallen sind. Verschiebungen innerhalb der Kostengruppen ergeben sich daraus nicht. Der Sachverständige C geht insgesamt in der Spalte 3 von niedrigeren Herstellungskosten aus als die Sachverständige de Q2 (4.921.000,00 € gegenüber 5.239.000,00 €) und hat die fehlenden Kostengruppen nicht auf die übrigen Kostengruppen umgelegt, sondern ist – wie er im Termin erläutert hat – von konkreten Kosten der entsprechenden Kostengruppen ausgegangen, aus denen er die Prozentwerte ermittelt hat.

Soweit die Beklagte in methodischer Sicht rügt, dass der Sachverständige C von den neu 142 hergestellten Flächen auf die noch vorhandene Bausubstanz rückschließe, ohne konkret festzustellen, in welchem Umfang die Bausubstanz nach der PCB-Sanierung überhaupt noch vorhanden gewesen sei, betrifft dies nur einzelne Kostengruppen.

(4) Der Gerichtsgutachter gelangt in seinem Ergänzungsgutachten zu anrechenbaren Kosten 143 der vorhandenen mitverarbeiteten Bausubstanz von rund 2.080.000,00 € für die Kostengruppe 300 der Schule (Anlage 2.1 zum Ergänzungsgutachten vom 21.2.2016, GA 1563). Nach der Erörterung des Gutachtens im Termin ist dieser Betrag in drei Positionen zu korrigieren und auf 1.727.000 € zu reduzieren.

Die Tabelle enthält in der Kostengruppe 361 Dachkonstruktion einen Übertragungsfehler. Ausgehend von Vergleichskosten der Dachkonstruktion von 266.000,00 € und einem Abzugsfaktor von 95 % ergeben sich Kosten der verbleibenden Substanz von 13.300,00 € anstelle des in der Tabelle aufgeführten Betrages von 252.700,00 €. Darüber hinaus entfallen bei der verbleibenden Bausubstanz die Kostengruppen 336 Außenwandbekleidungen innen (33.250,00 €) und 345 Innenwandbekleidungen (79.800,00 €). Der Sachverständige ist in seinem Gutachten davon ausgegangen, dass der Innenputz jedenfalls teilweise verblieben ist. Auf den Vorhalt, dass der Putz im Zuge der PCB-Sanierung komplett entfernt worden ist, hat er in seiner Anhörung im Termin erklärt, dass diese Positionen entfallen würden. Der Vorhalt ist zutreffend. Der Kläger ist ihm nicht entgegengetreten. Er hat in seiner eigenen Berechnung der Kosten der vorhandenen mitverarbeiteten Bausubstanz diese Kostengruppen nicht angesetzt (Anl. K 194, 196 und 198). Die Sachverständige de Q2 verweist in ihrem Privatgutachten vom 6.11.2014 darauf, dass die Außenwandbekleidungen innen sowie die Innenwandbekleidungen nach den vorliegenden Unterlagen im Rahmen der vorhergehenden PCB-Sanierung mit nahezu vollständiger Entkernung gänzlich entfernt worden sind (S. 100 des Privatgutachtens vom 6.11.2014 unter Bezugnahme auf das Leistungsverzeichnis „Entschichtungsarbeiten mit dem WOMA-Wasserhochdruckverfahren“, sowie S. 105 und 114). Das entspricht dem unstreitigen Vorbringen der Beklagten in der Klageerwidlung (GA 60), wonach für die PCB-Sanierung, an der der Kläger nicht beteiligt war, sämtliche Fußboden-, Wand- und Deckenbeläge bzw. –verkleidungen bis auf die Konstruktion abgetragen und entsorgt wurden. Sämtliche mineralischen Oberflächen (Mauerwerk/Beton) seien mechanisch mittels Höchstdruck-Wasserstrahl entschichtet und die Oberflächen selbst um mindestens 2 mm abgetragen worden.

Damit belaufen sich die Kosten der Bausubstanz Kostengruppe 300 Baukonstruktion für die Schule auf gerundet 1.727.000 € (2.078.695 € - Kostengruppe 336 33.250 € - Kostengruppe 345 79.800 € - Korrektur Kostengruppe 361 239.400 €). 145

Die anrechenbaren Kosten der mitverarbeiteten Bausubstanz für Schule und Aula errechnen sich auf Grundlage der Abzüge des Sachverständigen C für die Leistungsphasen daher wie folgt: 146

Kostengruppe 300 Bauwerk 1.727.000 € 147

LPh 1 – 4	18,5/27 * 1.727.000 €	=	1.183.314,81 €	148
-----------	-----------------------	---	----------------	-----

LPh 5 – 7	26/39	* 1.727.000 €	=	149
1.151.333,33 €				

LPh 8 + 9	26,5/34 * 1.727.000 €	=	1.346.044,12 €	150
-----------	-----------------------	---	----------------	-----

Bei der Kostengruppe 400 verbleibt es bei der Berechnung des Sachverständigen C (S. 20 des Ergänzungsgutachtens vom 21.2.2016, GA 1560). 151

Damit ergeben sich folgende anrechenbaren Kosten für die Schule: 152

LPh 1 – 4 Entwurfsteil 153

Kostengruppe 300 154

Urteil	3.450.839,59 €	155
--------	----------------	-----

Bausubstanz	1.183.314,81 €	156
-------------	----------------	-----

Zwischensumme	4.634.154,40 €	157
25 % hiervon	1.158.538,60 €	158
Kostengruppe 400		159
Urteil + Bausubstanz	1.404.444,27 €	160
anrechenbar 25 % 300 -	1.158.538,60 €	161
Rest nach Anrechnung	245.905,67 €,	162
hiervon 50 %	122.952,84 €	163
Anrechenbare Kosten Entwurfsteil		164
300	4.711.580,33 €	165
400 voll	1.158.538,60 €	166
400 50 %	122.952,84 €	167
Anrechenbare Kosten	5.993.071,77 €.	168
LPh 5 – 7 Mittelteil		169
Kostengruppe 300		170
Urteil	3.601.876,03 €	171
Bausubstanz	1.151.333,33 €	172
Zwischensumme	4.753.209,36 €	173
25 % hiervon	1.188.302,34 €	174
Kostengruppe 400		175
Urteil + Bausubstanz	1.638.923,70 €	176
voll anrechenbar -	1.188.302,34 €	177
Rest nach Anrechnung	450.621,36 €	178
hiervon 50 %	225.310,68 €	179
Anrechenbare Kosten Mittelteil		180
300	4.753.209,36 €	181
400 voll	1.188.302,34 €	182
400 50 %	225.310,68 €	183
Anrechenbare Kosten	6.166.822,38 €	184
		185

LPh 8 + 9 Ausführungsteil

Kostengruppe 300		186
Urteil	3.408.480,77 €	187
Bausubstanz	1.346.044,12 €	188
Zwischensumme	4.754.524,89 €	189
25 % hiervon	1.188.631,22 €	190
Kostengruppe 400		191
Urteil + Bausubstanz	1.740.310,30 €	192
voll anrechenbar	- 1.188.631,22 €	193
Rest nach Anrechnung	551.679,08 €	194
hiervon 50 %	275.839,54 €	195
Anrechenbare Kosten Ausführungsteil		196
300	4.754.524,89 €	197
400 voll	1.188.631,22 €	198
400 50 %	275.839,54 €	199
Anrechenbare Kosten	6.218.995,65 €.	200

Den weiteren Einwendungen der Beklagten gegen die Ermittlung der Kosten der mitverarbeiteten Bausubstanz durch den Sachverständigen C braucht der Senat nicht nachzugehen, da sich unter Zugrundelegung dieser anrechenbaren Kosten der mitverarbeiteten Bausubstanz keine Mindestsatzunterschreitung ergibt. Umgekehrt bedarf es auch keiner neuen Begutachtung zur eventuellen Feststellung möglicher höherer Kosten der mitverarbeiteten Bausubstanz. Der Kläger ist den Gutachten des Sachverständigen C inhaltlich nicht entgegengetreten und hat nicht aufgezeigt, dass die Gutachten Fehler zu seinem Nachteil aufweisen.

dd) Das Mindestsatzhonorar ohne Mehrwertsteuer und Nebenkosten errechnet sich nach der Honorarzone III, ohne Umbauzuschlag und mit den oben dargestellten anrechenbaren Kosten (untere Zeile) im Vergleich zum vertraglich vereinbarten Honorar (obere Zeile) wie folgt:

Schule

Leistungsphase	Anrechenbare Kosten	Honorar 100 % Honorarzone IV Honorarzone III	v.H.-Sätze	Ergebnis
----------------	---------------------	--	------------	----------

LPh 1 – 4				
Honorarvereinbarung	4.681.241,83 €	400.501,37 €	21,5 %	86.107,794 €
Mindestsatz	5.993.071,77 €	415.344,74 €		89.299,12 €
LPh 5 – 7				
Honorarvereinbarung	4.799.442,63 €	409.635,93 €	37 %	151.565,29 €
Mindestsatz	6.166.822,38 €	427.012,79 €		157.994,73 €
LPh 8 – 9				
Honorarvereinbarung	4.610.326,93 €	395.021,07 €	34 %	134.307,16 €
Mindestsatz	6.218.995,65 €	430.516,43 €		146.375,59 €
Zwischensumme				
Honorarvereinbarung				371.980,24 €
Mindestsatz				393.669,50 €
Umbauzuschlag				
Honorarvereinbarung			6 %	22.318,81 €
Mindestsatz			0%	0
Honorar netto				
Honorarvereinbarung				394.299,05 €
Mindestsatz				393.669,44 €

Aula

205

Leistungsphase	Anrechenbare Kosten	Honorar 100 % Honorarzone IV Honorarzone III	v.H.-Sätze	Ergebnis
LPh 1 – 4				
Honorarvereinbarung	703.216,70 €	73.680,22 €	4 %	2.947,21 €
Mindestsatz	751.897,26 €	61.850,62 €		2.474,02 €

206

LPh 5 – 7				
Honorarvereinbarung	810.764,36 €	83.102,69 €	37 %	30.74,00 €
Mindestsatz	1.102.847,69 €	86.417,84 €		31.974,60 €
LPh 8 – 9				
Honorarvereinbarung	772.407,84 €	79.742,20 €	34 %	27.112,35 €
Mindestsatz	1.113.887,62 €	87.187,91 €		27.028,25 €
Zwischensumme				
Honorarvereinbarung				60.807,62 €
Mindestsatz				61.476,88 €
Umbauzuschlag				
Honorarvereinbarung			6 %	3.648,45 €
Mindestsatz			0 %	0 €
Gesamt netto				
Honorarvereinbarung				64.456,01 €
Mindestsatz				61.476,88 €

Damit liegt das Honorar nach der zwischen den Parteien getroffenen Honorarvereinbarung nicht unter den Mindestsätzen der HOAI. 207

3. Die Nebenkosten sind, wie von den Parteien vereinbart und vom Landgericht in seinem Urteil berücksichtigt, mit 3 % anzusetzen. Soweit der Kläger höhere Nebenkosten nach Nachweis abrechnen will (S. 4 ff der Berufungsbegründung, GA 1220 ff), hat seine Berufung keinen Erfolg. 208

Die Parteien haben mit der Beauftragung des Klägers im Juni 2004 die Nebenkostenpauschale von 3 % vereinbart. Die HOAI lässt die Vereinbarung einer solchen Pauschale ausdrücklich zu, § 7 Abs. 3 HOAI 1996/2002. Sie enthält keine preisrechtliche Beschränkung (BGH Urt. v. 25.9.2003 - VII ZR 13/02, NZBau 2004, 102). Die Vereinbarung ist nicht nach § 138 BGB nichtig. Soweit in der Literatur diese Möglichkeit diskutiert wird, betrifft dies Fälle, in denen Pauschale erheblich **über** den tatsächlichen Kosten liegt (BGH Urt. v. 25.9.2003 - VII ZR 13/02, NZBau 2004, 102; Locher/Koeble/Frik, HOAI, 11. Aufl., § 14 Rn. 15; Löffelmann/Fleischmann, Architektenrecht, 6. Aufl., Kap. 29, Rn. 1530, 1535), nicht den umgekehrten Fall, den der Kläger hier geltend macht. 209

Die Voraussetzungen des § 138 BGB sind nicht ersichtlich. Unabhängig von der Frage eines auffälligen Missverhältnisses zwischen der vereinbarten Pauschale und den behaupteten tatsächlichen Kosten fehlt es an dem für die Sittenwidrigkeit erforderlichen subjektiven 210

Moment.

Das gleiche gilt für den Ansatz über den Wegfall der Geschäftsgrundlage. Auch insoweit ist nicht erkennbar, dass die Pauschale so weit unter den Kosten liegt, dass dem Kläger ein Festhalten an der Pauschale nach Treu und Glauben nicht zugemutet werden kann. Insbesondere ist auch nicht ersichtlich, welche konkreten Nebenkosten bei Beauftragung eines Generalunternehmers entfallen wären. Im Übrigen gilt ebenso wie für die Höhe des Umbauzuschlags auch insoweit, dass bei Unterzeichnung des Vertrages im Juni 2004 die losweise Vergabe nach dem eigenen Vortrag des Klägers bereits feststand. Dann kann aber auch die Vergabe an einen Generalunternehmer nicht Geschäftsgrundlage der erst zu diesem Zeitpunkt getroffenen Vereinbarung gewesen sein. 211

III. 212

Da eine Mindestsatzunterschreitung nach den vorstehenden Ausführungen nicht vorliegt, bedarf es auch keiner Vorlage der Sache an den EuGH nach Art. 267 AEUV zur Vorabentscheidung über die Frage, ob die Mindestsatzbindung der HOAI mit europarechtlichen Vorgaben, insbesondere der Dienstleistungsfreiheit, in Einklang steht. 213

Unabhängig hiervon ist die Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 ff AEUV nicht berührt, da kein grenzüberschreitender Sachverhalt vorliegt. Beide Parteien haben ihren Sitz in Deutschland und auch das Bauvorhaben liegt in Deutschland. Nach bisheriger Rechtsprechung ist der Geltungsbereich der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 ff AEUV bei Sachverhalten ohne grenzüberschreitenden Bezug nicht berührt (BGH, Beschl. v. 27.9.2006 – VII ZR 11/06, ebenso die Vorinstanz OLG Köln, Urt. v. 16.12.2005 – 20 U 204/03, BauR 2007, 132). 214

Ob sich aus der Richtlinie 2006/123/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl L 376 v. 27.12.2006, S. 36 (Dienstleistungsrichtlinie) etwas anderes ergibt, kann dahinstehen. Diese Richtlinie musste von den Mitgliedstaaten bis zum 28.12.2009 umgesetzt werden. Der vorliegende Vertrag wurde aber bereits 2004 und damit schon vor Erlass der Dienstleistungsrichtlinie abgeschlossen. 215

IV. 216

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit aus § 708 Nr. 10, 711 ZPO. 217

Der Senat lässt die Revision zu im Hinblick auf die Frage, ob dem Umbauzuschlag Mindestsatzcharakter zukommt und wie sich Beurteilungsspielräume innerhalb der HOAI auf die Ermittlung des fiktiven Mindestsatzhonorars bei der Prüfung einer eventuellen Unterschreitung der Mindestsätze durch eine Honorarvereinbarung auswirken. Eine Beschränkung der Zulassung der Revision liegt hierin nicht. 218