

der Verordnung abzustellen, es sei denn, es liegt eine Dienstleistungskonzession vor.

Dabei ist maßgeblich, ob den betrauten Unternehmen angesichts der Finanzierungsregelung der Zweckverbände oder der zuständigen Behörden ein entsprechendes Betriebsrisiko obliegt. Dies ist je nach Einzelfall eine Frage der konkreten tatsächlichen Umstände. Dabei ist beachtlich, dass nach § 8 a PBefG Drittunternehmen einen Anspruch auf Einhaltung der vergaberechtlichen Bestimmungen – unbeschadet der Regelung des § 97 Abs. 6 GWB – zugebilligt wird.

### Kann dennoch eine Inhousevergabe erfolgen?

Liegt eine Dienstleistungskonzession vor, dann ist für die Vergabe § 5 Abs. 2 der Verordnung einschlägig und jede zuständige örtliche Behörde kann entscheiden, selbst öffentliche Personenverkehrsdienste zu erbringen oder öffentliche Dienstleistungsaufträge direkt an eine rechtlich getrennte Einheit zu vergeben, über die die zuständige örtliche Behörde – oder im Falle einer Gruppe von Behörden wenigstens eine zuständige örtliche Behörde – eine Kontrolle ausübt, die der Kontrolle über ihre eigenen Dienststellen entspricht.

Liegt keine Risikotragung im Sinne des § 105 GWB vor, bleibt es bei den Regeln der Vergaberichtlinien.

Dann ist eine Inhousevergabe zulässig unter den Voraussetzungen des 108 GWB. Denn danach ist das GWB nicht anzuwenden bei der Beauftragung von Unternehmen, über die eine Kontrolle ausgeübt wird wie über eine eigene Dienststelle, das Unternehmen zu mehr als 80 % für den öffentlichen Auftraggeber tätig ist und kein privater Dritter eine Kapitalbeteiligung inne hat.

### Aus- und einbrechende Verkehre

Die vorstehende Regelungssystematik ist schon nicht einfach nachzuvollziehen, zumal scheinbar redundante Sachverhalte in verschiedenen Vorschriften scheinbar gleichlautend geregelt sind.

Besondere Bedeutung erlangt die Systematik bei der Frage, wie denn mit gebietszuständigkeitsüberschreitenden Linien umzugehen ist.

So kann etwa die Stadtwerke GmbH als 100 %-ige Tochter der Stadt S im Stadtgebiet die Linien im Auftrag der Stadt S fahren, ohne dass es eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens nach den §§ 97 ff. GWB in Verbindung mit der Vergabeverordnung (VgV) bedarf.

Nach § 3 Abs. 2 ÖPNVG NRW gilt diese Zuständigkeit aber nur innerhalb ihres Wirkungskreises.

Soweit Buslinien auch in benachbarte Kreise führen oder Buslinien von dort in das Stadtgebiet geführt werden (sog. aus- und einbrechende Verkehre) stellt sich die Frage, ob diese Verkehre ebenfalls vom „Wirkungskreis“ der Stadt S erfasst sind, oder von dem des benachbarten Kreises.

Entscheidend für die Beantwortung dieser Frage ist, da weder das europäische Recht noch das Bundesrecht hierfür eine Vorgabe enthalten, das Landesrecht.

Zur Frage des Wirkungskreises enthält das ÖPNVG NRW auch eine weitere Vorgabe, denn zur gemeinsamen Aufgabenwahrnehmung bilden die Kreise und kreisfreien Städte oder die bisher bestehenden Zweckverbände jeweils einen Zweckverband oder eine gemeinsame Anstalt gemäß § 5a ÖPNVG NRW.

Dabei werden die Rechtsverhältnisse durch die Verbandssatzung geregelt. Beispielsweise ist der Zweckverband Verkehrsverbund Rhein Ruhr bzw. die Verkehrsverbund Rhein-Ruhr AöR (VRR AöR) integrierter Mobilitätsanbieter der Mitglieder, also aller beteiligter Aufgabenträger.

Über diese Konstruktion ist gewährleistet, dass die Voraussetzungen 108 Abs. 6 GWB gegeben sind und auch für die ein- und ausbrechenden Verkehre innerhalb des Verbundraumes die Regelungen der Nichtanwendbarkeit des GWB vorliegen, so dass eine Direktvergabe zulässig bleibt.

### Fazit

Die Betrauung von Unternehmen mit Leistungen des Öffentlichen Personenverkehrs hat im Grundsatz im Wettbewerb zu erfolgen, es sei denn, es liegen die Voraussetzungen einer Direktvergabe vor.

Soweit eine Dienstleistungskonzession in Frage steht, bestimmt sich die Direktvergabe nach Art. 5 der VO 1370/2007 i.V.m. § 8 a PBefG.

Fehlt es an einem betriebswirtschaftlichen Risiko, ist eine Direktvergabe an ein inhousefähiges Unternehmen im Sinne des § 108 Abs. 1 GWB innerhalb des Wirkungskreises der zuständigen Behörden möglich.

Die Frage des Wirkungskreises ist nicht zwingend gleichbedeutend mit dem Gemeinde- oder Kreisgebiet. Sie kann landesrechtlich im Übrigen auf einen Verbundraum erweitert sein, wie sie auch die Erwägungsgründe zur VO 1370/2007 nahe legen.

# Mitzuverarbeitende Bausubstanz

## Begriff, Umfang, Wert und ihre angemessene Berücksichtigung



Dipl.-Ing. Ulrich Welter, ö.b.u.u. Sachverständiger für Honorare nach HOAI, inside\* BÜSUM

**Derjenige Planer, der vorhandene Bausubstanz bei seiner Planung mitverarbeitet, darf nicht schlechter gestellt sein als der Planer, der diese Bausubstanz neu plant.**

Diese simple Einsicht ist die Begründung für die Vorschrift in § 4 Abs. 3 der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI):

### § 4 Anrechenbare Kosten

(3) Der Umfang der mitzuverarbeitenden Bausubstanz im Sinne des § 2 Absatz 7 ist bei den anrechenbaren Kosten angemessen zu berücksichtigen. Umfang und

Wert der mitzuverarbeitenden Bausubstanz sind zum Zeitpunkt der Kostenberechnung oder, sofern keine Kostenberechnung vorliegt, zum Zeitpunkt der Kostenschätzung objektbezogen zu ermitteln und schriftlich zu vereinbaren.

Was der Ordnungsgeber unter „mitzuverarbeitender Bausubstanz“ versteht, ist in § 2 Abs. 7 HOAI festgelegt.

## § 2 Begriffsbestimmungen

*(7) Mitzuverarbeitende Bausubstanz ist der Teil des zu planenden Objekts, der bereits durch Bauleistungen hergestellt ist und durch Planungs- oder Überwachungsleistungen technisch oder gestalterisch mitverarbeitet wird.*

Das Wichtigste zuerst: Mit seinem Urteil vom 27.2.2003 (VII ZR 11/02) hat der Bundesgerichtshof (BGH) klargestellt, dass eine schriftliche Vereinbarung zur Berücksichtigung mitverarbeiteter Bausubstanz nicht erforderlich ist.

Im Leitsatz des Urteils heißt es dazu:

*„Das Schriftformerfordernis in § 10 Abs. 3a HOAI ist keine Anspruchsvoraussetzung. Der Architekt oder Ingenieur kann unter den Voraussetzungen des § 10 Abs. 3a, 1. Halbsatz HOAI auch dann, wenn eine schriftliche Vereinbarung scheitert, sein Honorar nach anrechenbaren Kosten berechnen, bei denen die vorhandene Bausubstanz angemessen berücksichtigt ist.“*

Der BGH hat auch ausgeführt, dass ein Nichtberücksichtigen der mitzuverarbeitenden Bausubstanz bei den anrechenbaren Kosten zur Unterschreitung der Mindestsätze führt, mit der Folge, dass die getroffene Honorarvereinbarung gemäß § 7 Abs. 1 HOAI unwirksam ist und der Planer gemäß § 7 Abs. 5 HOAI nach den Mindestsätzen abrechnen muss, worin dann die mitzuverarbeitende Bausubstanz enthalten ist.

Aus dem Verordnungstext ergeben sich aber einige Anspruchsvoraussetzungen.

### Was heißt „zu planendes“ Objekt?

Da die mitzuverarbeitende Bausubstanz bei den anrechenbaren Kosten zu berücksichtigen ist und sich die anrechenbaren Kosten immer nur auf ein Objekt beziehen, ist es folgerichtig, dass mitzuverarbeitende Bausubstanz sich nur auf das zu planende Objekt beziehen kann.

Welches Objekt das ist, ergibt sich aus dem geschlossenen Planervertrag. Handelt es sich um eine Brücke, dann kann die darunter verlaufende Straße nicht mitzuverarbeitende Bausubstanz darstellen. Dies gilt auch für die auf der Brücke verlaufenden Eisenbahngleise.

### Was heißt „vorhanden“?

Aus § 2 Abs. 7 HOAI ergibt sich, dass derjenige Teil des zu planenden Objekts gemeint ist, der bereits durch Bauleistungen hergestellt ist. Daraus folgt, dass ein Baum neben einem Gebäude – und wenn er noch so viel Einfluss auf die Planung hat – keine mitzuverarbeitende Bausubstanz beim Objekt Gebäude darstellt.

Der Grundgedanke lautet, dass der Bauherr durch das Mitverarbeiten vorhandener Bausubstanz Einsparungen hat. Der Baum im Beispiel führt zu höheren Planungsanforderungen, die gemäß § 5 HOAI bei der Bestimmung der Honorarzone zu bewerten sind.

In der Praxis sind Auftraggeber und Planer gerade bei dem Thema der mitzuverarbeitenden Bausubstanz häufig deswegen unterschiedlicher Auffassung, weil sie den Verordnungstext nicht vollständig lesen.

Die HOAI macht hierzu in § 2 klare Vorgaben:

*„...der Teil des zu planenden Objekts der bereits durch Bauleistungen hergestellt ist...“*

Hiernach kann einfach bestimmt werden:

- welches Objekt soll geplant werden? (die Brücke, also das Ingenieurbauwerk, oder die Gleise, also die Verkehrsanlage),
- welcher Teil dieses Objekts ist vorhanden und soll mitverarbeitet werden?
- Ist dieser Teil durch Bauleistungen hergestellt?

### Wann ist etwas „mitverarbeitet“?

Technische oder gestalterisch mitverarbeiten bedeutet, dass sich der Planer mit der mitzuverarbeitenden Bausubstanz planerisch auseinandersetzen muss.

Das heißt, er muss sich bei der Planung des Objekts mit dieser Bausubstanz auseinandersetzen, sie in seine Berechnungen, Konzepte, Konstruktionen usw. einbeziehen.

Das heißt aber nicht, dass er diese mitzuverarbeitende Bausubstanz ändern muss. Vielmehr kann es Ergebnis seiner Planung sein, dass diese Bausubstanz unverändert übernommen werden kann.

Für einen Tragwerksplaner, der eine neue Konstruktion, die auf einer vorhandenen Konstruktion errichtet werden soll (neues Gebäude auf vorhandenem Keller) stellt die vorhandene Konstruktion mitzuverarbeitende Bausubstanz dar, weil er sie in seiner Planung vollständig berücksichtigen muss. Und dies ist vom Ergebnis seiner Planung vollständig unabhängig.

Das Gleiche gilt für ein vorhandenes Schachtbauwerk, an das bei Zu- und Ablauf neue Abwasserkanäle angeschlossen werden sollen. Der Planer muss prüfen, ob das Schachtbauwerk den richtigen Winkel, das richtige Gefälle, die richtigen Sohlhöhen, ein brauchbares Gerinne usw. aufweist.

Wenn ja, bleibt alles wie es ist und das Bauwerk stellt mitzuverarbeitende Bausubstanz dar. Ist z. B. das Gerinne zu erneuern, dann stellt das alte Bauwerk „ohne“ Gerinne die mitzuverarbeitende Bausubstanz dar und das neue Gerinne wird bei den anrechenbaren Kosten als Neubau berücksichtigt.

Wird an einer Gebäudefassade eine neue Dämmung auf den Putz verklebt, so stellt der Putz die mitzuverarbeitende Bausubstanz dar, die dahinter liegende Wand indes nicht. Wird die Dämmung stattdessen verdübelt, so stellt die Wand die mitzuverarbeitende Bausubstanz dar.

Ob der Putz in diesem Fall auch mitzuverarbeiten ist, ist eine Frage des Einzelfalles.

### Die Bestimmung des Umfangs

Werden im Erdgeschoss eines Gebäudes die vorhandenen Fenster durch Schaufrenster ersetzt, so stellt die Fassade im Erdgeschoss den Umfang der mitzuverarbeitenden Bausubstanz dar. Mit der Fassade der Obergeschosse ist der Planer nicht befasst.

Soll ein Abwasserkanal durch einen Inliner „saniert“ werden, stellt das alte, undichte Kanalrohr mitzuverarbeitende Bausubstanz dar, weil ohne dieses Rohr der Inliner gar nicht möglich wäre und der Planer dieses Rohr in seinem tatsächlichen Zustand in seine Planung einbeziehen muss.

Sollen an einem Schleusenbauwerk nur die Tore am Unterhaupt erneuert werden, so stellt zwar die Schleuse das Objekt dar (die Tore sind nur Teil des Objekts), deshalb ist aber nicht die gesamte Schleuse mitzuverarbeitende Bausubstanz. Hier ist nur der Teil der Schleuse zu berücksichtigen, der für die Erneuerung der Tore in die Planung einzubeziehen ist. Das sind z. B. die ersten 5 Meter der Schleusenkammer.

Die Bestimmung des Umfangs ist oft sehr einfach, aber häufig auch gerade nicht einfach. Hier sollten die Parteien pragmatisch vorgehen und eine sachverständige Feststellung des Umfangs aus Kostengründen möglichst vermeiden.

### Die Ermittlung des Wertes

Der Wert ergibt sich immer auf der Grundlage des Neuwertes der mitzuverarbeitenden Bausubstanz, und zwar zum Zeitpunkt der Planung und nicht der ehemaligen Errichtung.

Aus der Literatur ergeben sich einige Methoden, die zum Teil bei sachverständiger Ermittlung nicht mehr angewendet werden.

Zwei Methoden sind empfehlenswert. Zum einen die Vergleichswertmethode und zum zweiten der einfache Vergleich Neuwert abzgl. Sanierungsaufwand.

Soll z.B. ein ganzes Gebäude „saniert“ werden, so ermittelt man die Neubaukosten (Stand heute) und zieht davon die Sanierungskosten ab. Die Differenz ist der Wert der mitzuverarbeitenden Bausubstanz.

Diese Methode ist logisch richtig und berücksichtigt zum Beispiel in den „Sanierungskosten“ auch den Erhaltungszustand des alten Gebäudes, und zwar viel genauer als die separate Bestimmung eines Erhaltungsfaktors wie z. B. bei der Einwertmethode.

$$M \times W \times WF = mvB$$

M = Menge /Umfang der mvB

W = Wert der mvB (Neuwert)

WF = Wertfaktor/Erhaltungszustand

mvB = mitzuverarbeitende Bausubstanz

Bei der deutlich aufwändigeren Vergleichswertmethode werden bis in die dritte Gliederungsebene der DIN 276 der Umfang und dann die Kosten der mitzuverarbeitenden Bausubstanz ermittelt und bestimmt.

Damit lassen sich sehr genaue Ermittlungen durchführen, die allerdings für den Normalfall einer vertraglichen Vereinbarung zu kompliziert sein können.

Zu berücksichtigen ist, dass wenn z. B. eine vorhandene Außenwand durch Erweiterung eines Gebäudes künftig zu einer Innenwand wird, kann nur der Wert einer Innenwand berücksichtigt werden (Äquivalenzkosten).

Für das obige Beispiel der Kanalsanierung mit Inliner könnte eine Berechnung des Wertes der mitzuverarbeitenden Bausubstanz so aussehen:

Herstellungskosten eines neuen Kanals = 100.000 €,

Kosten der Kanalsanierung (Inliner) = 40.000 €.

Wert der mitzuverarbeitenden Bausubstanz = 100.000 – 40.000 = 60.000 €.

Im Beispiel der vollständigen Gebäudesanierung sähe die Rechnung genauso aus, nur mit anderen Werten.

Eine weitere Methode der Ermittlung des Wertes der mitzuverarbeitenden Bausubstanz ist die Anwendung des Hefts 1 der Schriftenreihe des AHO (AHO e.V., Ausschuss der Verbände und Kammern der Ingenieure und Architekten für die Honorarordnung e.V., Berlin, www.aho.de).

In diesem Heft 1 – Planen und Bauen im Bestand – hat der AHO eine Methode entwickelt, die neben dem Wertfaktor auch noch einen Leistungsfaktor enthält.

Dieser Leistungsfaktor geht auf die o.a. Rechtsprechung des BGH zurück, ist aber heute nicht mehr erforderlich. Insofern kann die Methode des AHO zwar angewendet werden, geht aber zu Lasten des Planers. In der Praxis kommt es darauf aber nicht wirklich an. Wichtiger ist, dass die Parteien eine „vernünftige“ Vereinbarung treffen.

### Und was ist „angemessen“?

Die „angemessene“ Berücksichtigung ist die einzige Einschränkung, die der Ordnungsgeber in die HOAI aufgenommen hat.

Zunächst ist deutlich zu machen, dass der Ordnungsgeber bei der Wiedereinführung der mitzuverarbeitenden Bausubstanz in die HOAI 2013 in der amtlichen Begründung einen Bezug zur Leistung des Planers nicht mehr hergestellt hat wie er dies in der amtlichen Begründung zu § 10 Abs. 3a der HOAI 1988 getan hatte.

Der BGH hatte diese Begründung und nur diese Begründung in seinem o.a. Urteil wie folgt berücksichtigt:

*„Hat der Architekt oder Ingenieur bei den Grundleistungen einzelner Leistungsphasen vorhandene Bausubstanz nicht technisch oder gestalterisch mitverarbeitet, ist es nicht angemessen, diese Bausubstanz insoweit bei den anrechenbaren Kosten zu berücksichtigen. Das Prinzip der aufwandsneutralen Anrechenbarkeit von Kosten ist insoweit von der HOAI aufgegeben.“*

Da der Leistungsbezug nun aber keine Rolle mehr spielt, ist ein Leistungsfaktor nicht mehr zu bestimmen.

Dem geneigten Leser, der sich mit der Materie näher auseinandersetzen möchte, sei der Aufsatz „Anrechenbare Kosten aus mitzuverarbeitender Bausubstanz – Was ist „angemessen“ i.S.v. § 4 Abs. 3 HOAI?“ von ö.b.u.v. Sachverständigen für Honorare nach HOAI Dipl.-Ing. (FH) Architekt Werner Seifert, Würzburg in BauR 2017, 468 empfohlen.

Für die Praxis gilt, dass Parteien eine „vernünftige“ Vereinbarung treffen und dabei beide Seiten „die Kirche im Dorf“ lassen. In einem Rechtsstreit werden Umfang und Wert von einem Sachverständigen ermittelt.

### Umbauzuschlag plus mitzuverarbeitende Bausubstanz?

Eindeutig ja. Beide Honorarparameter haben miteinander nichts zu tun. Während der Umbauzuschlag ein „Zuschlag auf das Honorar“ (vgl. § 6 Abs. 2 HOAI) ist und die Erschwernis der Planung eines Umbaus ausgleichen soll, wird die mitzuverarbeitende Bausubstanz bei den anrechenbaren Kosten berücksichtigt und ist Ersatz für sonst nicht vorhandene anrechenbare Kosten.

Bei einem Umbau, einer Modernisierung, einer Instandsetzung oder einer Instandhaltung ist immer mitzuverarbeitende Bausubstanz im Spiel – und umgekehrt.

### Fazit

- Mitzuverarbeitende Bausubstanz (mvB) muss bei den anrechenbaren Kosten berücksichtigt werden.
- Ein Nicht-Berücksichtigen führt zur Unterschreitung der HOAI-Mindestsätze.
- Die mvB kann nur bei dem zu planenden Objekt vorhanden sein. Sie muss durch Bauleistungen hergestellt sein.
- Der Umfang der mvB ist im Einzelfall zu bestimmen.
- Der Wert der mvB richtet sich immer am Neuwert dieser Substanz aus, der nach dem Erhaltungszustand zu korrigieren ist (Wertfaktor).
- Ein Leistungsfaktor ist nicht mehr zu bestimmen.

**Fachinformationen**  
**bequem online bestellen!**

[www.bundesanzeiger-verlag.de](http://www.bundesanzeiger-verlag.de)

 Bundesanzeiger  
Verlag

Recht vielseitig!

