



## UPDATE VERGABERECHT

### AG MUSS NICHT FÜR FEHLERHAFTES REFERENZPLANUNG HAFTEN

**OLG München, Urteil vom 12.02.2019 – 9 U 728/18 Bau**

Der Bund (AG) vergab einen als „Konzession“ bezeichneten Auftrag über Ausbau und Betrieb eines Autobahnabschnitts. Die Betreibergesellschaft (AN) war hierbei auch verpflichtet, sämtliche Planungsleistungen im Hinblick auf Bau, Erhaltung und Betrieb des Konzessionsgegenstandes zu erbringen. Hierzu hatte der Auftraggeber zwar eine unverbindliche Referenzplanung zur Verfügung gestellt. Der AN übernahm jedoch nach den vertraglichen Regelungen ausdrücklich das Risiko etwaiger Planungsfehler dieser Referenzplanung, soweit er sich diese zu eigen macht. Während der Vertragsdurchführung sah sich der AN mit erheblichen Mehrkosten konfrontiert und verlangte eine Anpassung der Vergütung. Unter anderem stützte er sein Anpassungsverlangen auf Fehler in der vom AG bereitgestellten Referenzplanung sowie auf außergewöhnliche Witterungsverhältnisse.

Das OLG entschied, dass ein Anspruch auf Anpassung der Vergütung nicht bestehe, da die vorgetragene Umstände in die Risikosphäre des Auftragnehmers fielen. Den Vergabeunterlagen sei eindeutig zu entnehmen gewesen, dass der AG nicht für etwaige Fehler seiner Referenzplanung hafte. Das Risiko des AN beschränke sich hierbei nicht auf erkannte bzw. erkennbare Planungsfehler. Eine AGB-Kontrolle der Klausel zur Risikoübernahme komme nicht in Betracht, da es sich hierbei um eine Hauptleistungspflicht des AN handle, die als solche nicht der richterlichen Inhaltskontrolle unterliege. Eine Störung der Geschäftsgrundlage scheidet zudem bereits deswegen aus, weil die durch die Planungsfehler entstandenen Mehrkosten im Verhältnis zum Auftragsvolumen lediglich einen Anteil von etwa 4,2 % darstellten, sodass von einer schwerwiegenden Veränderung der Geschäftsgrundlage nicht auszugehen sei.

#### **Bedeutung für die Praxis**

Nach dem Wegfall des „ungewöhnlichen Wagnisses“ ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass auch erhebliche Risiken auf den AN übertragen werden können. Gerade bei Aufträgen, in denen der Auftragnehmer als Gegenleistung zur Risikoübernahme auch Chancen auf hohe Gewinne erhält, stellt die Rechtsprechung bisher strenge Anforderungen an eine nachträgliche Anpassung der Vergütung zugunsten des AN (so bereits LG Hannover im Verfahren A1 mobil, vgl. Update Vergaberecht 10/2018). Auftraggebern sei daher empfohlen, die Berechtigung von Nachtragsforderungen stets genau zu prüfen. Bei der Ausgestaltung der Vertragsunterlagen ist zudem möglichst eindeutig zu regeln, wie weit die Risikosphären der Vertragsparteien reichen. Im vom OLG München entschiedenen Fall kam es dem Auftraggeber gerade zugute, dass das Risiko etwaiger Planungsfehler unmissverständlich und umfassend auf den AN übertragen wurde.