

Gericht:	BGH 13. Zivilsenat
Entscheidungsname:	Ortenau-Klinikum
Entscheidungsdatum:	06.10.2020
Rechtskraft:	ja
Aktenzeichen:	XIII ZR 21/19
ECLI:	ECLI:DE:BGH:2020:061020UXIIIZR21.19.0
Dokumenttyp:	Urteil
Quelle:	
Normen:	§ 6 Abs 3 VOB A 2012, § 12 Abs 1 Nr 2 Buchst u VOB A 2012, § 16 Abs 2 Nr 1 VOB A 2012
Zitiervorschlag:	BGH, Urteil vom 06. Oktober 2020 – XIII ZR 21/19 –, juris

Ortenau-Klinikum

Leitsatz

Ortenau-Klinikum

1. Die Eignung eines Bieters, insbesondere seine für die ordnungsgemäße Leistungserbringung erforderliche Leistungsfähigkeit, darf nur an Kriterien gemessen werden, die der Auftraggeber in den Vergabeunterlagen genannt hat oder die sich unter Berücksichtigung von Art und Umfang der zu erbringenden Leistungen sowie des vorgesehenen Ausführungszeitraums zwingend aus der Sache ergeben.
2. Wegen Nichterfüllung von Anforderungen an die Personalausstattung, die in den Vergabeunterlagen nicht ausdrücklich verlangt werden, darf ein Bieter nur dann als nicht hinreichend leistungsfähig ausgeschlossen werden, wenn aufgrund konkreter Umstände objektiv zumindest ernsthafte Zweifel daran bestehen, ob er mit dem ihm zur Verfügung stehenden Personal den Auftrag ordnungsgemäß und fristgerecht ausführen kann.
3. Schließt der Auftraggeber einen Bieter zu Unrecht wegen Nichterfüllung nichtbekanntgemachter Eignungskriterien als ungeeignet aus und erteilt den Auftrag einem anderen Bieter, steht es dem Schadensersatzanspruch des ausgeschlossenen Bieters nicht entgegen, dass der Auftraggeber die Erfüllung und den Nachweis dieser Eignungskriterien in den Vergabeunterlagen hätte voraussetzen dürfen.

Orientierungssatz

Hinweis der Dokumentationsstelle des Bundesgerichtshofs: Das Urteil ist durch Beschluss vom 28. Oktober 2020 berichtigt worden. Der Berichtigungsbeschluss ist am Ende der Entscheidung angefügt.

Fundstellen

- NSW VOB/A § 6 F.: 2012 (BGH-intern)
- NSW VOB/A § 12 F.: 2012 (BGH-intern)
- NSW VOB/A § 16 F.: 2012 (BGH-intern)

Verfahrensgang

vorgehend OLG Karlsruhe, 12. Dezember 2018, 14 U 111/17

vorgehend LG Offenburg, 24. Mai 2017, 6 O 131/16

Tenor

Auf die Revision der Klägerin wird der Beschluss des Oberlandesgerichts Karlsruhe - 14. Zivilsenat - vom 15. Oktober 2018 aufgehoben.

Die Sache wird zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

- 1 Der beklagte Landkreis schrieb heizungstechnische Sanierungsarbeiten in einem Kreisklinikum öffentlich aus, die in der Zeit vom 1. April bis zum 15. Dezember 2016 ausgeführt werden sollten. Die Klägerin gab am 27. Februar 2016 das günstigste Angebot ab. Erstmals bei einem Bietergespräch am 1. März 2016 teilte der Beklagte der Klägerin seine Auffassung mit, dass für einzelne Arbeitsabschnitte die parallele Tätigkeit von mindestens vier Gruppen mit je zwei Monteuren erforderlich sei. Die Klägerin wollte das Vorhaben dagegen mit lediglich zwei eigenen Monteuren ausführen und im Übrigen, soweit erforderlich, auf Leiharbeiter zurückgreifen. Durch E-Mail vom 17. März 2016 setzte der Beklagte die Klägerin davon in Kenntnis, dass ihr Betrieb wegen einer unzureichenden Personalausstattung für das Bauvorhaben nicht geeignet sei und deshalb vom Bieterwettbewerb ausgeschlossen werde; der Auftrag wurde einem anderen Bieter erteilt.
- 2 Die Klägerin macht geltend, sie hätte den Auftrag erhalten müssen und mit diesem einen Gewinn von 90.765,30 € erzielt. Davon macht sie einen Teilbetrag von 70.000 € zuzüglich Zinsen geltend.
- 3 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung ist durch Beschluss gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen worden. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihren Zahlungsantrag weiter. Der Beklagte tritt dem Rechtsmittel entgegen.

Entscheidungsgründe

- 4 I. Das Berufungsgericht hat angenommen, das Vergabeverfahren des Beklagten sei zwar fehlerhaft, weil sich die von ihm als Eignungskriterium angewendete Mindestanforderung zur Arbeitnehmersausstattung der Bieter nicht bereits aus der Auftragsbekanntmachung ergeben habe. Die Klägerin habe aber nicht bewiesen, dass ihr der Zuschlag in einem verfahrensfehlerfreien Vergabeverfahren hätte erteilt werden müssen. Bei der auch dann nach § 16 Abs. 2 VOB/A 2012 gebotenen Eignungsprüfung hätte der Beklagte festlegen dürfen, dass das Bauvorhaben durch mindestens vier Arbeitsgruppen mit je zwei Monteuren durchzuführen sei. Die Klägerin habe nicht hinreichend dargelegt, diese An-

forderung unter Einbeziehung von Leiharbeitnehmern erfüllen zu können. Sie könne deshalb keinen entgangenen Gewinn verlangen.

- 5 II. Die zulässige Revision der Klägerin ist begründet.
- 6 1. Die Ausschreibung fand in der ersten Jahreshälfte 2016 statt und hatte ein Volumen deutlich unter dem Schwellenwert, den § 106 GWB für Bauleistungen vorsieht. Sie unterlag daher gemäß § 31 Abs. 2 GemHVO BW in der bis 27. Februar 2019 geltenden Fassung i.V.m. Nr. 2.1.1 VwV des Innenministeriums über die Vergabe von Aufträgen im kommunalen Bereich den Bestimmungen des Abschnitts 1 der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Teil A, in der Fassung 2012 (VOB/A 2012; zur unmittelbaren Geltung der VOB/A vgl. auch BGH, Urteil vom 17. Februar 1999 - X ZR 101/97, NJW 2000, 137, juris Rn. 18).
- 7 2. Zutreffend nimmt das Berufungsgericht an, dass der Beklagte bestimmte Mindestanforderungen an die Personalausstattung der Bieter nicht nachträglich als Eignungskriterium einführen durfte.
- 8 a) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs muss aus den Vergabeunterlagen für die Bieter eindeutig und unmissverständlich hervorgehen, welche Voraussetzungen sie erfüllen müssen, um den Auftrag erhalten zu können, und welche Erklärungen und Nachweise hierzu von ihnen verlangt werden. Die Vergabestelle trifft die Verpflichtung, die Vergabeunterlagen klar und eindeutig zu formulieren und Widersprüche zu vermeiden (vgl. BGH, Urteil vom 3. April 2012 - X ZR 130/10, VergabeR 2012, 724 Rn. 9 mwN).
- 9 Nach § 6 Abs. 3 Nr. 1 VOB/A 2012 sind zum Nachweis ihrer Eignung die Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit der Bieter zu prüfen. Dazu kann der Auftraggeber über die in § 6 Abs. 3 Nr. 2 VOB/A 2012 genannten Angaben hinaus nach Nummer 3 dieser Bestimmung auch auf den konkreten Auftrag bezogene zusätzliche Angaben verlangen. Die Nachweise, die hierzu mit dem Angebot vorzulegen sind oder deren spätere Anforderung vorbehalten wird, sind nach § 6 Abs. 3 Nr. 5 VOB/A 2012 in der Aufforderung zur Angebotsabgabe zu bezeichnen und nach § 12 Abs. 2 Nr. 2 i.V.m. Abs. 1 Nr. 2 Buchst. u VOB/A 2012 bekanntzumachen. Hierdurch wird gewährleistet, dass mit der Bekanntmachung für jeden (potentiellen) Bieter feststeht, welche Anforderungen er erfüllen muss, um den Auftrag ausführen zu können, und welche Eignungsnachweise der Auftraggeber hierzu von ihm verlangt (vgl. OLG Frankfurt a.M., ZfbR 2009, 86, juris Rn. 46; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26. März 2012 - VII-Verg 4/12, juris Rn. 36 aE; OLG München, NZBau 2012, 460; Summa in Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl., § 16b VOB/A 2016 Rn. 16, 30; Völlink in Ziekow/Völlink, VergabeR, 4. Aufl. 2020, VOB/A § 12 Rn. 31 und VgV § 37 Rn. 23; MünchKommWettbR/Stollhoff, 2. Aufl., § 12 VOB/A Rn. 28).
- 10 Demgemäß ist die Eignungsprüfung nach § 16 Abs. 2 Nr. 1 VOB/A 2012 (§ 16b Abs. 1 VOB/A 2019) anhand der verlangten und in Übereinstimmung mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe vorgelegten Nachweise durchzuführen. Nur hierdurch kann erreicht werden, dass in einem wettbewerblichen Verfahren nach transparenten und diskriminie-

rungsfreien Kriterien das günstigste, von einem geeigneten Bieter unterbreitete Angebot ermittelt werden kann.

- 11 b) Da die Auftragsbekanntmachung nach den Feststellungen des Berufungsgerichts keine bestimmten Anforderungen an die Personalausstattung der Bieter stellte, durfte der Beklagte mithin nicht nachträglich eine personelle Ausstattung, die die parallele Tätigkeit von vier Gruppen mit jeweils zwei Monteuren erlaubte, als Kriterium für die Eignung eines Bieters anwenden.
- 12 3. Zutreffend hat das Berufungsgericht weiter angenommen, dass sich der Schadensersatzanspruch wegen einer verfahrensfehlerhaft durchgeführten Ausschreibung grundsätzlich auf den Ersatz des Vertrauensschadens beschränkt und nur ausnahmsweise dann den Ersatz entgangenen Gewinns umfasst, wenn der übergangene Bieter den Auftrag bei ordnungsgemäßer Vergabe hätte erhalten müssen und ein Zuschlag tatsächlich erteilt worden ist (BGH, Urteil vom 17. Februar 1999 - X ZR 101/97, NJW 2000, 137, juris Rn. 24; Urteil vom 3. April 2007 - X ZR 19/06, VergabeR 2007, 750 Rn. 7 f.). Die zuerst genannte Voraussetzung verlangt, dass dem klagenden Bieter bei objektiv richtiger Anwendung der bekanntgemachten Vergabekriterien unter Beachtung des der Vergabestelle gegebenenfalls zukommenden Wertungsspielraums der Zuschlag hätte erteilt werden müssen (BGH, Urteil vom 1. August 2006 - X ZR 115/04, VergabeR 2007, 73 Rn. 26).
- 13 4. Im Streitfall ist der Zuschlag tatsächlich erteilt worden. Die weitere Voraussetzung eines auf das positive Interesse gerichteten Schadensersatzanspruchs, dass dieser Zuschlag statt dem Mitbewerber der Klägerin hätte erteilt werden müssen, hat das Berufungsgericht mit unzutreffender Begründung verneint.
- 14 a) Es hat angenommen, der Zuschlag hätte der Klägerin bei fehlerfreier Durchführung des Vergabeverfahrens nicht erteilt werden müssen, weil nicht hinreichend sicher sei, dass der Beklagte in diesem Fall die Eignung der Klägerin hätte bejahen müssen. Der Beklagte habe auch in einem fehlerfreien Vergabeverfahren als Eignungsvoraussetzung fordern dürfen, dass das Bauvorhaben durch mindestens vier Arbeitsgruppen mit je zwei Monteuren durchgeführt werden solle. Der Auftraggeber verfüge insoweit über eine weite Einschätzungsprärogative. Zwar spreche der Umstand, dass die Klägerin lediglich über zwei eigene Monteure verfüge und erklärt habe, ergänzend auf Leiharbeiter zurückgreifen zu wollen, für sich genommen noch nicht gegen eine Eignung der Klägerin. Jedoch müsse wegen der fehlenden eigenen Kapazität der Klägerin das von ihr benannte Leiharbeitsunternehmen in die Eignungsprüfung einbezogen werden. Die Klägerin habe aber schon nicht ausreichend dargelegt, dass ihr Leiharbeiter dieses Unternehmens nach einer Auftragserteilung tatsächlich zur Verfügung gestanden hätten.
- 15 b) Damit hat das Berufungsgericht einen fehlerhaften Maßstab angelegt. Es hat nicht geprüft, ob der Klägerin bei fehlerfreier Fortsetzung des tatsächlich zu Ende geführten Vergabeverfahrens der Zuschlag zu erteilen gewesen wäre, sondern hat diese Prüfung durch die Prüfung ersetzt, ob die Klägerin in einem hypothetischen neuen Vergabeverfahren, in dem der Beklagte - zulässigerweise - andere oder zusätzliche Eignungskriteri-

en formuliert und entsprechende Nachweise verlangt hätte, in der Lage gewesen wäre, diese Eignungsvoraussetzungen zu erfüllen und nachzuweisen.

- 16 aa) Es kann dahinstehen, ob eine solche Prüfung dann angezeigt gewesen wäre, wenn der Beklagte, obwohl er dies nicht getan und den Auftrag tatsächlich einem anderen Bieter zugeschlagen hat, das durchgeführte Vergabeverfahren zwingend hätte abbrechen müssen und den Auftrag in diesem Verfahren weder der Klägerin noch dem anderen oder sonst einem Bieter hätte erteilen dürfen. Denn dafür ist nichts festgestellt, und dies liegt auch fern.
- 17 Da andere Aufhebungsgründe erst recht fernliegen, wäre eine Aufhebung der Ausschreibung hier allein wegen eines "schwerwiegenden Grundes" in Betracht gekommen. Bei diesem in § 17 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A 2012 - wie auch für Aufträge oberhalb der Schwellenwerte in § 63 Abs. 1 Nr. 4 VgV - geregelten Aufhebungsgrund muss es sich um einen der Vergabestelle erst nachträglich, also erst nach Beginn der Ausschreibung, bekannt gewordenen Umstand handeln. Die nachträgliche Einführung von Eignungskriterien im Wege der Aufhebung einer Ausschreibung betrifft indes nicht nachträglich aufgetretene, bei Abfassung der Ausschreibung und der Vergabeunterlagen nicht erkennbare Umstände. Dies schließt eine Aufhebung der Ausschreibung wegen der unterbliebenen Berücksichtigung von Eignungskriterien bei der Ausschreibung schon regelmäßig aus (vgl. BGH, Urteil vom 25. November 1992 - VIII ZR 170/91, BGHZ 120, 281, juris Rn. 16; Urteil vom 17. Februar 1999 - X ZR 101/97, WuW/E Verg 2013, juris Rn. 28); erst recht ist eine solche Aufhebung nicht zwingend.
- 18 bb) Der bei der Prüfung des Schadensersatzanspruchs der Klägerin angewandte Maßstab des Berufungsgerichts ist mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs unvereinbar, nach der nicht nachträglich weitere Vergabekriterien eingeführt werden dürfen (BGH, NJW 2000, 137, juris Rn. 24; BGH, Urteil vom 1. August 2006 - X ZR 115/04, VergabeR 2007, 73 Rn. 26). Für die Prüfung eines auf das positive Interesse gerichteten Schadensersatzanspruchs eines Bieters kommt es auf die objektiv richtige Beurteilung der Angebote anhand der in der Bekanntmachung geforderten Eignungsnachweise und der dort mitgeteilten Vergabekriterien an, wobei gegebenenfalls ein der Vergabestelle zukommender Wertungsspielraum zu beachten ist.
- 19 5. Die Entscheidung des Berufungsgerichts kann mithin keinen Bestand haben. Da es nicht geprüft hat, ob der Klägerin der Zuschlag zu erteilen gewesen wäre und ob sie in diesem Fall den geltend gemachten Gewinn erzielt hätte, ist die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.
- 20 III. Für das wiedereröffnete Berufungsverfahren weist der Senat auf Folgendes hin:
- 21 1. Das Berufungsgericht wird zunächst zu prüfen haben, ob die Klägerin bei der im Rahmen einer fehlerfreien Vergabe durchzuführenden Eignungsprüfung gemäß § 16 Abs. 2 VOB/A 2012 auszuschließen gewesen wäre.

- 22 a) Bei der Eignungsprüfung sind anhand der vorgelegten Nachweise die Angebote der Bieter auszuwählen, die die erforderliche Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit besitzen und über ausreichende technische und wirtschaftliche Mittel verfügen. Die Eignung eines Bieters, insbesondere seine für die ordnungsgemäße Leistungserbringung erforderliche Leistungsfähigkeit, darf dabei nur an Kriterien gemessen werden, die der Auftraggeber in den Vergabeunterlagen genannt hat oder die sich unter Berücksichtigung von Art und Umfang der zu erbringenden Leistungen sowie des vorgesehenen Ausführungszeitraums zwingend und für die Bieter transparent aus der Sache ergeben.
- 23 b) Da die Beklagte von der Möglichkeit, konkrete Anforderungen an Anzahl, Qualifikation und Verfügbarkeit der benötigten Arbeitskräfte zu stellen, keinen Gebrauch gemacht, insbesondere die im Nachhinein für erforderlich erklärte Verfügbarkeit von mindestens vier Gruppen mit jeweils zwei Monteuren nicht vorausgesetzt hat, wird die Leistungsfähigkeit der Klägerin nur dann verneint werden können, wenn Art und Umfang der angebotenen Leistungen sowie der vorgesehene Ausführungszeitraum objektiv zumindest ernsthafte Zweifel daran wecken, ob die Klägerin mit dem ihr zur Verfügung stehenden Personal den Auftrag ordnungsgemäß und fristgerecht ausführen konnte.
- 24 aa) Zur Feststellung des Personalbedarfs wird die vom Berufungsgericht - aufgrund seines abweichenden rechtlichen Ausgangspunkts - für hinreichend und nachvollziehbar erachtete Darlegung, warum der Beklagte die vier Monteursgruppen für erforderlich hielt, nicht genügen. Vielmehr wird das Berufungsgericht - gegebenenfalls mit sachverständiger Hilfe - zu prüfen haben, welcher Mindestpersonalbedarf aus Ex-ante-Sicht objektiv erforderlich und erkennbar war. Dafür kommt es allein auf personelle Anforderungen an, deren Nichterfüllung einer ordnungsgemäßen Auftragserfüllung objektiv schlechthin entgegensteht. Nicht mitgeteilte, aus der Natur des Auftrags begründete personelle Anforderungen können dagegen nicht mit Zweckmäßigkeitserwägungen begründet werden, wie etwa der Minimierung von Betriebsstörungen. Dem Auftraggeber steht es frei, seine Vorstellungen von einer zweckmäßigen Auftragsdurchführung transparent in den Vergabeunterlagen mitzuteilen.
- 25 bb) Auch bei einem höheren Personalbedarf spricht, wie das Berufungsgericht zutreffend erkannt hat, der Umstand, dass die Klägerin lediglich über zwei eigene Monteure verfügte und im Bedarfsfall ergänzend auf Leiharbeiter zurückgreifen wollte, noch nicht gegen eine Eignung der Klägerin, zumal auch nach Auffassung des Beklagten ein Personaleinsatz von mindestens vier Gruppen mit je zwei Monteuren nur für einzelne Arbeitsabschnitte, insbesondere die Umstellung der Heizanlage in den Häusern B, C und D des Klinikums, erforderlich gewesen sein soll.
- 26 Die Darlegungs- und Beweislast für in den Vergabeunterlagen nicht mitgeteilte Anforderungen an die Personalausstattung, die sich objektiv zwingend aus Art und Umfang der angebotenen Leistungen sowie dem vorgesehenen Ausführungszeitraum ergeben, liegt bei dem Beklagten. Dagegen trifft die Klägerin die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass sie mit ihrem Angebot zulässige Eignungsanforderungen erfüllt hat. Dazu gehört im Streitfall gegebenenfalls die Verfügbarkeit von Arbeitskräften, die die Klägerin von anderen Unternehmen hinzuziehen wollte.

- 27 2. Sollte die Klägerin nicht ausgeschlossen werden dürfen und ihr der Auftrag zu erteilen gewesen sein, wird das Berufungsgericht die von seinem Rechtsstandpunkt nicht erforderlichen Feststellungen zur Schadenshöhe nachzuholen haben.

Meier-Beck

Kirchhoff

Tolkmitt

Rombach

Linder

Berichtigungsbeschluss vom 28. Oktober 2020

Das Urteil des Senats vom 6. Oktober 2020 wird im Tenor wegen einer offensichtlichen Unrichtigkeit dahingehend berichtigt, dass auf die Revision der Klägerin der Beschluss des Oberlandesgerichts Karlsruhe - 14. Zivilsenat - vom **12. Dezember** 2018 aufgehoben wird.

Meier-Beck

Kirchhoff

Tolkmitt

Rombach

Linder