

---

# KURZMITTEILUNG

## **Schadensersatz wegen nicht erfolgter Bekanntmachung von Eignungskriterien**

Das Vergabeverfahren begründet ein vorvertragliches Schuldverhältnis zwischen dem Auftraggeber und den Bietern mit gegenseitigen Rücksichtnahmepflichten i. S. d. §§ 311 Abs. 2 Nr. 1, 241 Abs. 2 BGB. Für den Auftraggeber sind diese Rücksichtnahmepflichten durch die Bestimmungen des Vergaberechts konkretisiert. Bei Verstößen gegen derartige Bestimmungen kann sich der Auftraggeber mithin schadensersatzpflichtig machen. Die Schadensersatzpflicht kann unter bestimmten Umständen auch über den Ersatz des reinen Vertrauensschadens hinausgehen und das positive Interesse, also den aufgrund des Vergaberechtsverstoßes entgangenen Gewinn, erfassen. Dies gilt sowohl für das ober-schwellige EU-Vergaberecht als auch für das unter-schwellige Haushaltsvergaberecht.

Mit der Frage, ob die fehlende Bekanntmachung eines Eignungskriteriums, konkret einer vorausgesetzten Personalausstattung, einen Verstoß gegen Rücksichtnahmepflichten im Rahmen eines Vergabeverfahrens darstellt, musste sich der Bundesgerichtshof (BGH) in der vorliegenden Entscheidung befassen (Urteil vom 6. Oktober 2020 – XIII ZR 21/19).

### **SACHVERHALT**

Der beklagte Landkreis schrieb Anfang 2016 unterschwellig heizungstechnische Sanierungsarbeiten in einem Kreisklinikum öffentlich aus. Auf das Vergabeverfahren war noch das „alte“ Vergaberecht vor der Vergaberechtsreform 2016 anwendbar; die Ausschreibung erfolgte auf der Grundlage der VOB/A 2012. In der Auftragsbekanntmachung war keine Mindestanforderung an die Personalausstattung der Bieterunternehmen als Eignungskriterium enthalten. Die Klägerin gab daraufhin das günstigste Angebot ab.

In einem Bietergespräch am 1. März 2016 teilte der beklagte Landkreis der Klägerin mit, dass für einzelne Arbeitsabschnitte die parallele Tätigkeit von mindestens vier Gruppen mit je zwei Monteuren erforderlich sei. Die Klägerin ihrerseits wollte das Vorhaben allerdings mit lediglich zwei eigenen Monteuren ausführen und im Übrigen auf Leiharbeiter zurückgreifen, sofern dies erforderlich sein sollte.

Mit Schreiben vom 17. März 2016 setzte der Beklagte die Klägerin darüber in Kenntnis, dass ihr Betrieb wegen unzureichender Personalausstattung für das Bauvorhaben nicht geeignet

sei und deshalb vom Bieterwettbewerb ausgeschlossen werde und der Auftrag einem anderen Bieter erteilt werden sollte.

Die Klägerin wendet dagegen ein, dass sie den Auftrag hätte erhalten müssen und macht im Klageweg einen Teilbetrag von EUR 70.000 zuzüglich Zinsen von einem insgesamt entgangenen Gewinn in Höhe von EUR 90.765,30 geltend.

Das Landgericht Offenburg wies die Klage mit Urteil vom 24. Mai 2017 (6 O 131/16) ab. Die Berufung der Klägerin wurde durch Beschluss gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen. Das Berufungsgericht nahm dabei an, dass das Vergabeverfahren des Beklagten zwar fehlerhaft gewesen sei, weil sich die von ihm als Eignungskriterium angewendete Mindestanforderung zur Personalausstattung der Bieter nicht bereits aus der Auftragsbekanntmachung ergeben habe. Die Klägerin habe jedoch nicht beweisen können, dass sie den Zuschlag in einem fehlerfreien Vergabeverfahren erhalten hätte, weil der Beklagte im Rahmen der nach § 16 Abs. 2 VOB/A 2012 gebotenen Eignungsprüfung hätte festlegen dürfen, dass das Bauvorhaben von mindestens vier Arbeitsgruppen mit je zwei Monteuren durchzuführen sei.

Die Klägerin habe in diesem Kontext nicht ausreichend dargelegt, dass sie diese Anforderungen durch Beiziehung von Leiharbeitern habe erfüllen können. Mithin stehe ihr kein entgangener Gewinn zu. Die Klägerin verfolgte ihren Zahlungsanspruch im Wege der Revision vor dem BGH weiter.

## **ENTSCHEIDUNG**

Die Revision war erfolgreich. Nach dem BGH sei das Berufungsgericht zunächst zutreffend davon ausgegangen, dass der Beklagte bestimmte Mindestanforderungen an die Personalausstattung der Bieter nicht nachträglich als Eignungskriterium einführen dürfe. Denn aus den Vergabeunterlagen müsse für die Bieter eindeutig und unmissverständlich hervorgehen, welche Voraussetzungen sie zu erfüllen haben, um den Auftrag erhalten zu können, und welche Erklärungen und Nachweise hierzu von ihnen verlangt werden. Die Vergabestelle treffe mithin die Verpflichtung, die Vergabeunterlagen klar und eindeutig zu formulieren, so dass Widersprüche vermieden werden.

Nach § 6 Abs. 3 Nr. 1 VOB/A 2012 seien zum Nachweis für die Eignung eines Bieters die Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit zu prüfen (heute § 6a Abs. 1 Satz 1 VOB/A 2019). Dazu könne der Auftraggeber auch zusätzliche, auf den konkreten Auftrag bezogene Angaben verlangen. Die geforderten Nachweise seien in der Aufforderung zur Angebotsabgabe zu bezeichnen (heute § 6a Abs. 4 Satz 1 VOB/A 2019) und bekanntzumachen (heute § 12 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. w VOB/A 2019). Hierdurch werde gewährleistet, dass mit der Bekanntmachung für jeden (potenziellen) Bieter feststeht, welche Anforderungen er erfüllen müsse, um den Auftrag erhalten und ausführen zu können. Demgemäß sei auch die

Überprüfung der Eignung anhand der verlangten und in Übereinstimmung mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe vorgelegten Nachweise durchzuführen. Nur so könne erreicht werden, dass in einem fairen wettbewerblichen Verfahren das günstigste Angebot eines geeigneten Bieters bezuschlagt werde.

Da nach den Feststellungen des Berufungsgerichts die Auftragsbekanntmachung keine Anforderungen an die Personalausstattung der Bieter stellte, dürfe der Auftraggeber mithin nicht nachträglich eine personelle Ausstattung, die die parallele Tätigkeit von vier Gruppen mit je zwei Monteuren voraussetze, als Kriterium der Eignung eines Bieters anwenden.

Ein Schadensersatzanspruch beschränke sich laut BGH aber grundsätzlich nur auf den Ersatz des Vertrauensschadens. Entgangener Gewinn könne nur dann geltend gemacht werden, wenn der übergangene Bieter bei ordnungsgemäßer Durchführung des Vergabeverfahrens den Zuschlag hätte erhalten müssen und ein Zuschlag tatsächlich erteilt worden ist. Die zuerst genannte Voraussetzung verlange, dass dem klagenden Bieter bei objektiv richtiger Anwendung der bekanntgemachten Vergabekriterien unter Beachtung des der Vergabestelle gegebenenfalls zukommenden Wertungsspielraumes der Zuschlag hätte erteilt werden müssen.

Zwar sei ein Zuschlag vorliegend tatsächlich erteilt worden. Das Berufungsgericht habe jedoch mit unzutreffender Begründung verneint, dass die Klägerin den Zuschlag hätte erhalten müssen. Es habe angenommen, dass der Zuschlag auch bei ordnungsgemäßem Ablauf des Vergabeverfahrens nicht der Klägerin habe erteilt werden müssen, weil diese nicht darlegte, dass sie die (Eignungs-)Anforderungen hätte erfüllen können. Zwar spreche der Umstand, dass ihre eigene Leistungsfähigkeit nicht ausreiche, um die Anforderungen zu erfüllen, noch nicht gegen ihre Eignung. Sie hätte jedoch das von ihr benannte Leiharbeiterunternehmen in die Eignung mit einbeziehen und dabei nachweisen müssen, dass die Leiharbeiter nach Erteilung des Zuschlags tatsächlich zur Verfügung gestanden hätten.

Laut BGH habe das Berufungsgericht damit jedoch einen fehlerhaften Maßstab angelegt. Es habe nämlich nicht geprüft, ob der Klägerin bei ordnungsgemäßem Ablauf des Vergabeverfahrens der Zuschlag hätte erteilt werden müssen, sondern vielmehr, ob die Klägerin in einem neuen – hypothetischen – Vergabeverfahren, in welchem der Beklagte andere Eignungskriterien formuliert hätte, in der Lage gewesen wäre, diese Eignungsvoraussetzungen zu erfüllen. Der vom Berufungsgericht angelegte Prüfungsmaßstab sei schon deswegen falsch, weil es eine theoretische Aufhebung des Vergabeverfahrens impliziere, für die es vorliegend an einem Aufhebungsgrund fehle.

Für die Prüfung eines auf das positive Interesse gerichteten Schadensersatzanspruchs komme es vielmehr allein auf die Beurteilung der Angebote anhand der in der Bekanntma-

chung geforderten Eignungsnachweise und der mitgeteilten Vergabekriterien an, wobei gegebenenfalls ein der Vergabestelle zukommender Wertungsspielraum zu berücksichtigen sei.

Laut BGH sei zu prüfen, ob die Klägerin nach erfolgter Eignungsprüfung hätte ausgeschlossen werden müssen. Im Rahmen dieser Prüfung dürfe die Eignung nur an denjenigen Kriterien gemessen werden, die der Auftraggeber in den Vergabeunterlagen genannt habe.

### **PRAXISTIPP**

Die Entscheidung des BGH verdeutlicht nochmals eindrucksvoll, wie wichtig es für den Auftraggeber ist, sich auch im Unterschwellenbereich vor der Bekanntmachung eines Vergabeverfahrens intensiv mit der Auswahl der Eignungskriterien und -nachweise zu beschäftigen. Dabei muss er bei der Festlegung der geforderten Eignungskriterien genau abwägen, welche (Mindest-)Anforderungen er an die Eignung der Bieter stellen möchte. Besonderen Wert sollte der Auftraggeber dabei auch auf die korrekte Erstellung der Auftragsbekanntmachung legen. Dies gilt bisher oft als Formalität; allerdings ist die Auftragsbekanntmachung das rechtlich maßgebende Dokument. Dies gilt ganz besonders auch für etwaige Mindestanforderungen an die Eignung (im EU-Bekanntmachungsformular „Mindeststandards“ genannt) sowie nach neuester Rechtsprechung auch für die Abschichtungskriterien zwecks Reduzierung des Teilnehmerfelds nach dem Teilnahmewettbewerb (vgl. VK Nordbayern, Beschluss vom 22. Oktober 2020 – RMF-SG 21-3194-5-33).

Ein Ausschluss eines Bieters ist – wie die BGH-Entscheidung zeigt – nur bei einem fehlenden Nachweis über tatsächlich bekanntgemachte Eignungskriterien möglich. Sonst kann sich die Frage der Schadensersatzpflicht stellen, die unter Umständen auch den entgangenen Gewinn umfassen kann und daher unbegrenzt ist. Einem Schadensersatzanspruch steht es jedenfalls nicht entgegen, dass der Auftraggeber die Eignungskriterien bei hypothetischer Betrachtung hätte wählen dürfen, wenn er dies anfangs in der Auftragsbekanntmachung kommuniziert hätte. Im Nachhinein, d. h. ohne die vorherige Festlegung auf bestimmte Eignungskriterien, kann der Auftraggeber einem Bieter grundsätzlich nicht – jedenfalls nicht folgenlos – die Eignung absprechen, selbst wenn die entsprechenden Eignungskriterien ursprünglich ihre Berechtigung gehabt hätten. Entscheidend ist nur das, was tatsächlich in der Auftragsbekanntmachung steht. Ist das Kind erstmal in den Brunnen gefallen, bleibt dem Auftraggeber regelmäßig nur die Möglichkeit, sich bestimmter Vertragsinstrumente wie einer Kündigung zu bedienen, wenn der bezuschlagte Bieter nicht in der Lage ist, den Auftrag ordnungsgemäß und anforderungsgerecht zu erfüllen.

[Christopher Theis](#)