

---

**Datum:** 21.12.2016  
**Gericht:** Oberlandesgericht Köln  
**Spruchkörper:** 17. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 17 U 42/15  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGK:2016:1221.17U42.15.00

---

**Vorinstanz:** Landgericht Aachen, 7 O 357/14

---

**Tenor:**

Die Berufung der Klägerin gegen das am 6. Mai 2015 verkündete Urteil des Einzelrichters der 7. Zivilkammer des Landgerichts Aachen – 7 O 357/14 - wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Berufung fallen der Klägerin zur Last.

Das angefochtene und das jetzige Urteil sind vorläufig vollstreckbar.

Die Klägerin darf die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des (gesamten) vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Zwangsvollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird zugelassen.

---

**Gründe:**

I.

Die Klägerin verlangt von der Beklagten Schadensersatz wegen eines nicht erteilten Auftrages im Rahmen einer Ausschreibung.

Die Beklagte schrieb im Dezember 2013 am Institut für Rationalisierung in Aachen unter Anderem Bodenbelagsarbeiten aus. Der Ausschreibung wurde die VOB/A zugrunde gelegt.

1

2

3

4

Im betreffenden "Leistungsverzeichnis über Bodenbelagsarbeiten" vom 21.11. 2013 (217 ff. GA) bezüglich der ausgeschriebenen Arbeiten lautete die Position 1.30: „Untergrund schleifen, Untergrund zum Ausgleich von geringen Unebenheiten und Kleberesten vollständig abschleifen.“ In Position 1.40 hieß es unter anderem: „Estrich sanieren, Risse erweitern und in 40 cm Abständen senkrechte Querfugen zum Einlegen von Metallstiften anlegen. Querfugen 10 cm lang und bis zur Hälfte des Estrichs tief. Risse im Estrich grundieren, schließen und anschließend mit Quarzsand abstreuen.“ Schließlich enthielt die Position 1.60 unter anderem folgenden Text:“ Untergrund ausgleichen, Unebenheiten des Untergrundes vollständig ausgleichen, einschließlich spachteln und schleifen.“ Wegen der weiteren Einzelheiten des Leistungsverzeichnisses wird auf die zur Akte gereichte Kopie des Leistungsverzeichnisses (= LV) Bezug genommen.

Die Klägerin gab das günstigste Angebot ab. Wegen der Einzelheiten des Ergebnisses der Ausschreibung wird auf die Bekanntgabe der Beklagten vom 19.12.2013 (6 f. GA) verwiesen. In der ihrem Angebot beigefügten Verpflichtungserklärung zur Tarif-treue und Mindestentlohnung nach dem Tariftreue- und Vergabegesetz NRW (13 GA) hatte die Klägerin unter Nr. 3.1. angegeben, dass keine tarifliche Bindung vorliege. Unter Nr. 3.2 gab sie an, dass sie einen Mindestlohn von 10,50 € an ihre Beschäftigten zahle. 5

Mit Schreiben vom 30.12.2013 (8 ff. GA) informierte die Beklagte die Klägerin gemäß § 101a GWB darüber, dass beabsichtigt sei, ihr Angebot nicht zu berücksichtigen, weil der Mindestlohn des Bauhauptgewerbes nicht eingehalten worden sei. Das Gewerk Bodenbelagsarbeiten sei dem Bauhauptgewerbe zuzuordnen; auch die 8. Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen im Bauhauptgewerbe sehe diese Zuordnung vor. Eine Rücksprache mit dem Hauptzollamt sei erfolgt. Der Zuschlag werde einem anderen Bieter (Firma Essers GmbH) erteilt. 6

Dem widersprach die Klägerin mit Rechtsanwaltsschreiben vom 03.01.2014 (11 GA). Mit Schreiben vom 09.01.2014 (12 GA) wiederholte die Beklagte die Gründe für den Ausschluss und teilte der Klägerin mit, dass der Auftrag inzwischen an eine andere Firma vergeben worden sei. 7

Die Klägerin ist der Ansicht, dass im vorliegenden Fall der Mindestlohn des Bauhauptgewerbes nicht eingehalten werden musste, da es sich um reine Bodenbelagsarbeiten im Sinne der DIN 18365 VOB/C handele. Das Schleifen und Spachteln des Untergrundes falle nicht in das Estrichgewerk, sondern sei – ebenso wie die Position 1.40 - eine reine Bodenbelagsarbeit. Dies gehe auch aus Teil 3 der DIN 18365 VOB/C hervor, wonach bei nicht verschlossenen Rissen Bedenken geltend zu machen seien. Dass die betreffenden Positionen Tätigkeiten eines Bodenlegers seien, ginge zudem auch aus § 3 Nr. 11 der Ausbildungsverordnung für Bodenleger hervor. Diese Positionen würden auch allenfalls Hilfstätigkeiten darstellen, die für die Verlegung von Bodenbelägen zwingend erforderlich seien, zumal der zeitliche Aufwand für diese Tätigkeiten verschwindend gering gewesen sei. Die Beklagte könne sich auch nicht darauf berufen, dass dann eine neue Ausschreibung hätte erfolgen müssen, da eben tatsächlich keine weitere Ausschreibung erfolgt sei. Demgemäß hätte die Beklagte der Klägerin – als günstigstem Bieter – den Auftrag erteilen müssen, weshalb die Klägerin nunmehr zum Schadensersatz berechtigt sei. Nach Auffassung der Klägerin, die bezüglich der Höhe des Schadensersatzanspruchs von der vollen Vergütung die Lohn- und Materialkosten sowie das Wagnis als ersparte Aufwendungen abzieht, stehe ihr ein Schadensersatzanspruch in Höhe von 25.684,99 € zu. Wegen der Einzelheiten der Berechnung werde auf die Anlagen K 7a – K 7d (17 - 122 GA) verwiesen. 8

Die Klägerin hat beantragt, 9

die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 25.684,99 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 26.02.2014 zu zahlen.	10
Die Beklagte hat beantragt,	11
die Klage abzuweisen.	12
Die Beklagte ist der Ansicht, aus den Positionen 1.30, 1.40 und 1.60 des Leistungsverzeichnisses gehe hervor, dass die „Bodenbelagsarbeiten in Verbindung mit anderen baulichen Leistungen“ stünden, weshalb nach § 4 des Bundesrahmentarifvertrages in Verbindung mit der 8. Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen im Baugewerbe ein Mindestlohn von 11,05 € einzuhalten gewesen sei. Insofern sei es auch ohne Relevanz, ob die betreffenden Positionen eine untergeordnete Bedeutung hätten, was im Übrigen nicht der Fall sei, da beispielsweise auf 60 laufenden Metern Risse zu bearbeiten gewesen seien. Die Regelungen der Berufsausbildungsverordnung seien für diese Fragestellung nicht heranzuziehen. Nach alledem sei die Klägerin zu Recht von dem Ausschreibungsverfahren ausgeschlossen worden und habe folglich keinen Anspruch auf Schadensersatz. Dies gehe zudem aus dem Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens hervor. Denn selbst wenn die Ansicht der Klägerin richtig sei, hätte die Ausschreibung aufgehoben und mit entsprechender Klarstellung neu durchgeführt werden müssen.	13
Die Beklagte hat die Höhe des seitens der Klägerin berechneten Schadens bestritten. Insbesondere habe die Klägerin in ihrer Schadensberechnung nicht den Nachlass in Höhe von 6,5 % berechnet. Zudem sei die Kalkulation der Klägerin auch nicht konkret genug sowie widersprüchlich und nicht nachvollziehbar, wobei wegen der Einzelheiten dieser Einwände auf die Klageerwiderung vom 20.11.2014 (151 ff. GA) verwiesen wird.	14
Das Landgericht hat die Klage mit dem angefochtenen Urteil vom 6. Mai 2015 (265 – 270 GA) zurückgewiesen. Zur Begründung hat es sich der Ansicht der Beklagten angeschlossen, dass unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts die Einhaltung des Mindestlohns für das Bauhauptgewerbe erforderlich gewesen sei, weil auch andere bauliche Leistungen von der Ausschreibung der Bodenbelagsarbeiten umfasst seien, also der erforderliche „Zusammenhang mit baulichen Leistungen“ (§ 1 Abs. 1 TV Mindestlohn Anhang I Abschnitt V Nr. 38; ebenso der wortgleiche § 1 Abs. 2 Abschnitt V Nr. 38 VTV-Bau) vorliege. Im Übrigen unterliege die Klage auch deshalb der Abweisung, weil die Anspruchshöhe nicht schlüssig dargestellt worden sei. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Entscheidungsgründe des landgerichtlichen Urteils Bezug genommen.	15
Mit ihrer form- und fristgerecht eingelegten Berufung begehrt die Klägerin unter entsprechender Abänderung der angefochtenen Entscheidung weiterhin Schadensersatz in der erstinstanzlich geltend gemachten Höhe (nebst Zinsen), während die Beklagte die Zurückweisung der Berufung beantragt. Wegen der Einzelheiten der Begründungen einschließlich einer neuen Schadensberechnung (308 – 342 GA) wird auf die gewechselten Schriftsätze Bezug genommen.	16
<b>II.</b>	17
Der Senat hat mit Beschluss vom 18. Juli 2016 (356 – 364 GA) folgende Hinweise erteilt:	18
<b>„1.</b>	19
	20

Das Landgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen. Die Klägerin hat keinen Schadensersatzanspruch gemäß § 280 Abs. 1 BGB i.V.m. §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB wegen eines schuldhaften Fehlers beim Vergabeverfahren. Dabei kann sogar letztlich dahinstehen, ob die Beklagte die Klägerin zu Recht wegen Unterschreitung des Mindestlohns vom Verfahren ausgeschlossen und den hier zugrunde zu legenden Mindestlohn zutreffend aufgrund der Auskunft des Hauptzollamtes berechnet hat. Auch kann offen bleiben, ob die Ausschreibung nicht nach § 17 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A wegen Unbestimmtheit hätte aufgehoben werden müssen, wenn der zugrunde zu legende Mindestlohn unzutreffend festgelegt worden wäre, so dass der Klägerin der geltend gemachte Schaden nicht entstanden wäre. Denn jedenfalls trifft die Beklagte kein Verschulden daran, dass die entsprechende Auskunft des Hauptzollamtes – möglicherweise – falsch war.

a)

21

Grundsätzlich steht dem an einer öffentlichen Ausschreibung teilnehmenden Bieter zwar ein Schadensersatzanspruch aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB zu, wenn der Auftraggeber ihn unter Verletzung von Vergabevorschriften vom Verfahren ausschließt. Diesen Anspruch knüpft der BGH nach der Kodifizierung der gewohnheitsrechtlichen Rechtsfigur der culpa in contrahendo durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz in Abkehr von seiner früheren Rechtsprechung nicht mehr daran, dass der Bieter auf die Einhaltung der Vergabevorschriften vertraut hat, sondern stützt ihn auf die Verletzung von Rücksichtnahmepflichten durch Missachtung von Vergabevorschriften (vgl. BGHZ 190, 89 ff. = juris Rn 9, 15; Schraner in Ingenstau/Korbion, VOB, 19. Aufl., vor § 2 VOB/A Rn 2). Zur Geltendmachung dieses Anspruchs, der auch den Ersatz entgangenen Gewinns beinhalten kann, wenn ein grundsätzlich ersatzberechtigter übergangener Bieter ohne den Verstoß und bei auch ansonsten ordnungsgemäßer Vergabe den Zuschlag hätte erhalten müssen (BGH, NZBau 2007, 523 ff. = juris Rn 8 mwN), bedarf es auch nicht der vorherigen Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens im Vergabeverfahren gemäß §§ 102 ff. GWB (OLG Koblenz, BauR 2014, 150 = juris Rn 9 mwN). Ein solcher Anspruch kommt aber nicht in Betracht, wenn das Angebot des Bieters zwingend von der Wertung der Angebote auszuschließen war (BGH, NZBau 2005, 709 = juris Rn 12). Ein Angebot, das nicht auf der Grundlage eines in den Verdingungsunterlagen verbindlich vorgegebenen Mindestlohns kalkuliert ist, so dass die angegebenen Preise angesichts des angesetzten Stundenlohns von vorneherein nicht zutreffen können, ist zwingend von der Wertung auszuschließen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25. April 2007 – Verg 3/07 –, IBR 2007, 701 = juris). Dies hat das Landgericht hier wegen Unterschreitung des Mindestlohns bejaht. Wegen der Einzelheiten wird auf das angefochtene Urteil (S. 4 – 5 UA, Bl. 269 f. GA) Bezug genommen.

22

In ihrer „Verpflichtungserklärung zur Tariftreue und Mindestentlohnung für Dienst- und Bauleistungen unter Berücksichtigung der Vorgaben des Tariftreue- und Vergabegesetzes Nordrhein-Westfalen (TVgG-NRW)“ hat die Klägerin unter dem Datum 18.12.2013 einen Mindeststundenlohn von 10,50 € angegeben (13 – 14 GA). Ob für die hier ausgeschriebenen „Bodenbelagsarbeiten“ gemäß LV vom 21.11.2013 (217 – 230 GA) der Mindestlohn des Bauhauptgewerbes in Höhe von 11,05 € maßgeblich ist, wie die Beklagte und das Landgericht meinen, bedarf allerdings letztlich nicht der Entscheidung. Nur vorsorglich sei daher der folgende Absatz ausgeführt.

23

Voraussetzung des von der Beklagten für maßgeblich erachteten Mindestlohns wäre es, dass die von der Beklagten ausgeschriebenen Leistungen unter Abschnitt V Nr. 38 („**Verlegen von Bodenbelägen in Verbindung mit anderen baulichen Leistungen**“) fallen. Diese Vorschrift ist Teil von „Anhang 1 (Betrieblicher Geltungsbereich des Bundesrahmentarifvertrages für

24

das Baugewerbe – BRTV)“ zu § 1 Satz 1 TV Mindestlohn (= „Rechtsnormen des Tarifvertrags zur Regelung der Mindestlöhne im Baugewerbe im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland“ als „Anlage 1 der Achten Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen im Baugewerbe“ – 8. BauarbbV), wobei diese (bis zum 31.12.2013 gültige) Verordnung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales ihrerseits ihre Grundlage in § 7 Absatz 1 und 2 in Verbindung mit Absatz 4 des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes vom 20. April 2009 (BGBl. I S. 799) hat. Diese Vorschrift stimmt aber mit der seit dem 1. Januar 2014 gültigen Regelung in Anhang 1 zu dem Tarifvertrag zur Regelung der Mindestlöhne im Baugewerbe im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland (TV Mindestlohn) vom 3. Mai 2013 wörtlich überein. Allerdings beträgt der Gesamttarifstundenlohn gemäß § 2 Abs. 3 a) TV Mindestlohn 2014 für den Zeitraum vom 1.1. bis 31.12.2014 bereits 11,10 €.

Völlig richtig hat das Landgericht darauf verwiesen, dass es sich insoweit um eine Rechtsfrage handelt. Der genaue Umfang der zu erbringenden Leistungen ergibt sich aus dem ausgeschriebenen Verzeichnis (LV). Dass es hauptsächlich um das Verlegen von Bodenbelägen, nämlich von Linoleumbahnen ging, ist offensichtlich. Notwendige Vorarbeiten waren neben dem Entfernen der vorhandenen Beläge die Vorbereitung des Untergrundes. Diesbezüglich hat das Landgericht zu den Positionen 1.30 (Untergrund schleifen) und 1.60 (Untergrund ausgleichen) unter Hinweis auf ein Urteil des Bundesarbeitsgerichts (vom 12.12.2007 – 10 AZR 995/06 -, RdA 2009, 259 = juris Rn 33) ausgeführt, dass diese Tätigkeiten sowohl in der Berufsausbildung für Boden- als auch für Estrichleger enthalten sind. Bei dem Verlegen von Estrich handelt es sich um eine „andere bauliche Leistung“ im Sinne von Nr. 38 und des BRTV. Ob die unter Pos. 1.40 („Estrich sanieren“) ausgeschriebenen Arbeiten bereits allein dem Gewerk Estrichverlegung zugeordnet werden müssen oder – wie die Klägerin mit der Berufung unter Hinweis auf die Ausbildungsverordnung für Bodenleger (248 – 258 GA) geltend macht – auch zur Tätigkeit eines Bodenlegers zu zählen sind, kann im Ergebnis offen bleiben. Immerhin stellt auch das BAG bei der Abgrenzung, welchem Handwerk (dort: Parkettleger oder Estrichleger) ein Betrieb im Sinne von § 1 Abs. 2 VTV (Tarifvertrag über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe) zuzuordnen ist, u. a. auf den Ausbildungsrahmenplan ab (RdA 2009, 259 = juris Rn 31 f.; ebenso BAG, NZA 2005, 240 = juris Rn 28 für das Aufbringen von Dekorkieselbelägen; NZA 2015, 256 = juris Rn 18 für Raumausstatter) - wobei auch in dieser Vorschrift in Abschnitt V Nr. 38 von „Verlegen von Bodenbelägen in Verbindung mit anderen baulichen Leistungen“ die Rede ist (vgl. auch BAG, aaO Rn 15).

25

Das - bloße - Verlegen von Bodenbelägen wird grundsätzlich nicht vom fachlichen Geltungsbereich der Bautarifverträge umfasst. Nach § 1 Abs. 2 Abschnitt V Nr. 38 VTV wird das Verlegen von Bodenbelägen nur in Verbindung mit anderen baulichen Leistungen selbst zu einer baulichen Leistung. Wird Parkett ohne Verbindung mit anderen baulichen Leistungen – insbesondere dem Erstellen des Untergrunds – verlegt, kann es eine Tätigkeit des Bodenleger-, Parkettleger- und des Raumausstattergewerbes oder des Maler- und Lackiererhandwerks sein (Hessisches Landesarbeitsgericht, Urteil vom 06. Februar 2013– 12 Sa 1873/10 –, juris Rn 24 mwN). Dies gilt für die Abgrenzung im hier vorliegenden Fall beim Verlegen von Linoleum und der Einordnung unter – den wortgleichen - § 1 Abs. 1 TV Mindestlohn Anhang I Abschnitt V Nr. 38 entsprechend. Der Sinn und Zweck dieser Abgrenzung („reine“ Bodenbelegung und Verlegung von Bodenbelägen in Verbindung mit anderen baulichen Leistungen) ist für beide Regelungen derselbe.

26

Zu § 1 Abs. 2 Abschnitt V Nr. 38 VTV-Bau und der Differenzierung, ob Bodenbelagsarbeiten in einem Zusammenhang mit baulichen Leistungen stehen, hat das LAG Frankfurt (Urteil vom 09. Oktober 2015 – 10 Sa 572/15 –, juris Rn 81) ausgeführt:

27

„Die Norm dient nach der langjährigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts der Abgrenzung zu dem Raumausstattergewerbe. Nach dem Sinn und Zweck der Nr. 38 des Beispielskatalogs soll grundsätzlich das Verlegen von Bodenbelägen nicht unter den Geltungsbereich der Tarifverträge des Baugewerbes fallen, da es sich hierbei um typische Aufgaben des Raumausstattergewerbes handelt, für das es ein spezifisches Berufsbild und spezielle Tarifverträge gibt, die der entsprechende Arbeitgeberverband und die entsprechende Gewerkschaft, früher die Gewerkschaft Holz und Kunststoff, heute u.a. die IG Metall, abgeschlossen haben. Diesen Umständen wollten die Tarifvertragsparteien des Baugewerbes in ihrer Regelung ersichtlich Rechnung tragen. Die Tarifvertragsparteien haben einen Teilbereich aus dem Tätigkeitsfeld des Raumausstattergewerbes, nämlich die Verlegung von Bodenbelägen, nur dann im Sinne einer beschränkenden Ausnahmeregelung dem Geltungsbereich der Tarifverträge für das Baugewerbe unterwerfen wollen, wenn derartige Betriebe zugleich bauliche Leistungen erbringen. Zwischen beiden Aufgabenbereichen muss eine Verbindung bestehen, d.h. ein innerer, die Tarifregelung rechtfertigender Zusammenhang (vgl. BAG 27. Oktober 2004 - 10 AZR 119/04 - zu II 3 c bb der Gründe, Juris; BAG 28. September 1988-4 AZR 343/88 - AP Nr. 98 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau).“

28

Auch im vorliegenden Fall geht es um die „Eingruppierung“ eines Betriebes - wie in § 1 Abs. 2 VTV-Bau -, nämlich ob die Klägerin aufgrund der von ihr nach dem LV zu erbringenden Arbeiten als „Betrieb des Baugewerbes“ im Sinne von Anhang I zu § 1 Satz 1 TV Mindestlohn anzusehen ist, obwohl sie vornehmlich Bodenbelagsarbeiten erbringen sollte. Die Ausbildungsordnung zum Bodenleger weist in § 3 Nr. 11 BodenIAusbV (248 GA) als Gegenstand der Berufsausbildung „Prüfen der Verlegebedingungen, Herstellen von Untergründen“ aus. Dazu ergänzt der Ausbildungsrahmenplan (Anlage zu § 4) für die entsprechenden Fertigkeiten und Kenntnisse, die dafür zu vermitteln seien (255 GA): „c) Untergründe bearbeiten, insbesondere durch Bürsten, Schleifen, Fräsen und Absaugen d) Fugen und Risse bearbeiten“ „f) Fehlstellen in Estrichen ergänzen“. Umfassender lautet § 53 Nr. 12 BauWiAusbV 1999 zum Ausbildungsberufsbild Estrichleger: „Sanieren und Instandsetzen von Estrichen und Belägen“ (näher beschrieben in Anlage 10 zu § 54 BauWiAusbV).

29

Ob diese starke Überschneidung es rechtfertigt, dennoch die Voraussetzungen von § 1 Abs. 1 TV Mindestlohn Anhang I Abschnitt V Nr. 38 zu bejahen, erscheint zweifelhaft. Immerhin hat das Hauptzollamt dies auf Anfrage des Architekten der Beklagten bejaht (197 GA). Von den insgesamt 7 Bietern hatten 2 den entsprechenden Mindestlohn auch eingehalten, während neben der Klägerin 3 weitere Anbieter darunter lagen (und 1 keine Angaben dazu gemacht hatte). Der Senat muss diese Rechtsfrage aber letztendlich nicht entscheiden.

30

**b)**

31

Weiterhin kann offen bleiben, ob die Ausschreibung, wenn die Rechtsansicht der Klägerin zutreffend wäre, nach § 17 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A wegen Unbestimmtheit hätte aufgehoben werden müssen. Auch in diesem Zusammenhang ist lediglich vorsorglich auszuführen, dass der Klägerin der geltend gemachte Schaden dann nicht entstanden wäre (vgl. Schraner, aaO Rn 5 mit Hinweis auf BGH, BauR 1993, 214 = BGHZ 120, 281 ff.). Der grundsätzlich ersatzberechtigte übergangene Bieter kann Ersatz entgangenen Gewinns nur dann verlangen, wenn er ohne den Verstoß und auch bei ansonsten ordnungsgemäßer Vergabe den Zuschlag hätte erhalten müssen (BGH, BauR 2007, 1619 = NZBau 2007, 523 f. = juris Rn 8).

32

33

Die Beklagte ist – wenn die Rechtsansicht der Klägerin zutreffen sollte – bei der Ausschreibung und im Rahmen der Angebotsprüfung aufgrund der Auskunft des Hauptzollamtes von einem „falschen“, nämlich zu hohen Mindestlohn ausgegangen. Erst nach Beginn der Ausschreibung ist ihr bekannt geworden, dass Zweifel an der Höhe des anzuwendenden Mindestlohns bestehen. Diese Zweifel hätte sie ausräumen und bei – nach Rechtsansicht der Klägerin - zutreffender Rechtsanwendung zu dem Ergebnis kommen müssen, dass ein deutlich geringerer Mindestlohn gelten dürfte. Die von der Klägerin eingeholte Auskunft bei der Innung der Parkett- und Bodenleger Köln Bonn Aachen vom 3. Februar 2014 (15 GA) hält einen Stundenlohn von mindestens 8,62 € für zutreffend. Es ist nicht ausgeschlossen, dass bei einer Ausschreibung unter der Prämisse, der Stundenlohn müsse mindestens 8,62 € betragen, sich weitere Anbieter beteiligt hätten, die nach dem bisherigen Ausschreibungstext – wie die Beklagte – vom Mindestlohn des Bauhauptgewerbes ausgegangen sind und sich deshalb – bislang – nicht beteiligt hatten.

**c)** 34

All dies kann aber letztlich offenbleiben, weil ein Schadensersatzanspruch der Klägerin jedenfalls daran scheitert, dass die Beklagte kein Verschulden im Sinne von § 276 BGB daran treffen würde, wenn der von ihr für die Zuschlagsentscheidung zugrunde gelegte Mindestlohn von 11,05 € tatsächlich nicht gegolten hätte. Eine entsprechende Pflichtverletzung hätte sie nicht zu vertreten (§ 280 Abs. 1 Satz 2 BGB). 35

Die Beklagte durfte sich nämlich auf die sachkundige Auskunft des für derartige Fragen zuständigen Hauptzollamtes verlassen. Sie hat die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beachtet, indem sie sich bei der für die Überwachung und Verfolgung von Verstößen gegen den Mindestlohn und sonstige sozialrechtliche Vorschriften in diesem Bereich zuständigen staatlichen Stelle (vgl. § 12 FVG iVm §§ 16 ff. AEntG, 17 f. AÜG, 14 ff. MiLoG; 13, 14, 17 SchwarzArbG; Jung/Deba, NstZ 2015, 258, 259 unter III. 1; Zieglmeier, DStR-Beih 2015, 78 ff. unter 1.1; Maschmann, NZA 2014, 929 ff. unter 1.1) nach dem im konkreten Fall geltenden Mindestlohn erkundigt hat. Die entsprechende amtliche Auskunft durfte die Beklagte ihrer Entscheidung über den Zuschlag zugrunde legen. Eine schuldhafte Pflichtverletzung liegt nicht vor. 36

**d)** 37

Da die Berufung schon aus den vorgenannten Gründen keine Aussicht auf Erfolg hat, kann die Frage, ob die Klägerin ihren Schaden substantiiert dargelegt hat, offen bleiben. Der Senat teilt die von der Beklagten in der Berufungserwiderung im Einzelnen dargelegten Bedenken (354 – 355 GA). 38

**2.** 39

Entgegen der Ansicht der Klägerin hat das Landgericht auch keine Verfahrensfehler begangen. Insbesondere liegt keine Überraschungsentscheidung oder eine Verletzung der Hinweispflicht aus § 139 ZPO vor. 40

In der mündlichen Verhandlung vom 25. Februar 2015 hat der Einzelrichter die verschiedenen Probleme der einzelnen Tatbestandsmerkmale ausführlich erörtert und konkrete Hinweise erteilt, die sowohl den Grund als auch die Höhe des geltend gemachten Schadensersatzanspruches betrafen (215R GA). Wörtlich ist in diesem Zusammenhang der Hinweis ergangen, dass „möglicherweise“ noch ein Sachverständigengutachten zu der Frage, ob die hier ausgeschrieben Leistungen andere bauliche Leistungen im Sinne der TV 41

Mindestlohn darstellen, einzuholen sein „könnte“. Diese sprachliche Fassung weist ganz eindeutig darauf hin, dass sich das Gericht zu dieser Frage noch keine endgültige Meinung gebildet hatte. Allein die „Möglichkeit“ einer entsprechenden Begutachtung wurde angesprochen, wobei die Verwendung des Irrealis bereits darauf hinweist, dass dies eher nicht in Betracht kommt – sonst hätte man es ausgedrückt mit „dürfte einzuholen sein“ oder „einzuholen sein wird“. Auf keinen Fall hat das Landgericht darauf hingewiesen, dass – auf jeden Fall – ein Sachverständigengutachten einzuholen „ist“ oder dies geschehen „wird“, wie die Klägerin dies in ihrer Berufungsbegründung darstellt.

Ein weitergehender Hinweis, dass der Einzelrichter nach nochmaliger Überlegung zu der Auffassung gekommen ist, tatsächlich kein Gutachten einzuholen, war angesichts des eindeutigen Wortlauts auf keinen Fall erforderlich. Die Klägerin konnte angesichts der Erläuterungen und Hinweise des Gerichts nicht darauf vertrauen, dass es bei dem Verkündungstermin auf keinen Fall zu einem (endgültigen) Urteil kommen werde, mit dem die Klage abgewiesen würde. Es kommt nämlich hinzu, dass bereits die Beklagte ausführlich dargelegt hatte, dass und warum der Mindestlohn des Bauhauptgewerbes gelte und die ausgeschriebenen Bodenbelagsarbeiten andere bauliche Leistungen im Sinne der entsprechenden Verordnung darstellten. Außerdem hatte die Klägerin aufgrund der bewilligten Schriftsatzfrist nach § 283 ZPO von insgesamt 6 Wochen (bis zum 8. April 2015 – bei der Jahreszahl 2014 im Protokoll handelt es sich um ein offensichtliches Versehen) ausreichend Zeit, zu dem Sachvortrag der Gegenseite und den erteilten Hinweisen des Gerichts Stellung zu nehmen, zumal sie selbst durch den sofortigen Widerruf des im Termin geschlossenen Vergleichs statt Ausnutzung der Widerrufsfrist von 3 Wochen bis zum 25. März 2015 den vollen Zeitraum zur Verfügung hatte. Schließlich hat das Landgericht diese Stellungnahmefrist antragsgemäß noch einmal bis zum 15. April 2015 verlängert. Die Klägerin ist auch auf die Frage der Anwendbarkeit des Bundesrahmentarifvertrages für das Bauhauptgewerbe ausführlich eingegangen (243 – 247 GA). Dazu hat das Landgericht im angefochtenen Urteil dezidiert Stellung genommen – und die Ansicht der Klägerin zurückgewiesen (s. oben).“

Auf diesen Hinweis hat die Klägerin unter Anderem auf eine Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 30. September 2010 – C 314/09 – (VergabeR 2011, 71 ff.) und die Richtlinie des Rates vom 21. Dezember 1989 Nr. 89/665 EWG in der Fassung der Richtlinie Nr. 92/50 EWG vom 18. Juni 1992 sowie ein Urteil des Bundesgerichtshofs vom 9. Juni 2011 – X ZR 143/10 – (BGHZ 190, 89 ff.) hingewiesen. Wegen der weitergehenden Begründung wird auf den Schriftsatz vom 29. August 2016 (388 – 397 GA) nebst Anlagen Bezug genommen.

Der Senat hat daraufhin mündliche Verhandlung anberaumt und mit Beschluss vom 07.09.2016 einen weiteren Hinweis erteilt (401 – 402 GA), in dem es unter Anderem heißt:

„Die Klägerin wird darauf **hingewiesen**, dass der Senat auch unter dem Eindruck des Schriftsatzes der Klägerin vom 29. August 2016 bei der in seinem Beschluss vom 18. Juli 2016 vertretenen Rechtsansicht bleibt. Insbesondere gilt dies für die Frage, ob die Beklagte schuldhaft gehandelt haben muss, damit der Kläger einen Anspruch auf Ersatz des entgangenen Gewinns geltend machen kann.

Die Entscheidung des EuGH vom 30.09.2010 – C-314/09 – (NZBau 2010, 773 ff.), auf die sich die Klägerin stützt, betrifft nur Verstöße gegen Vergabevorschriften. Im deutschen Recht ist dies durch § 126 GWB umgesetzt. Diese Vorschrift gewährt einen verschuldensunabhängigen Schadensersatzanspruch nur auf das negative Interesse.

*Im hier vorliegenden Fall dürfte es jedoch nicht um einen Verstoß gegen das Vergaberecht gehen, sondern um einen Fehler bei der Ermittlung des zutreffenden Mindestlohns, der eine Voraussetzung für die Teilnahme am Vergabeverfahren war. Dabei dürfte es sich um eine Vorschrift handeln, die lediglich wirtschaftspolitische Zwecke verfolgt und nicht dem Schutz eines Unternehmens dient (vgl. Dippel in jurisPK-Vergaberecht, 4. Aufl. 2013, § 126 GWB Rn 9; Stockmann in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2014, § 126 GWB Rn 7, 9; Dreher/Motzke, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 2. Auflage 2013, § 126 GWB Rn 8 f.). Außerdem verlangt die Klägerin hier nicht den nach § 126 Satz 1 GWB zu erstattenden Vertrauensschaden, also das negative Interesse, sondern das positive Interesse (vgl. Stockmann, aaO Rn 6, 15, 23, 25; Dreher/Motzke, aaO Rn 1, 17 f.).*

Weiterhin ist der für eine Anwendung von § 126 Satz 1 GWB erforderliche Schwellenwert (s. § 2 VGV) nicht erreicht (s. dazu Stockmann, aaO Rn 6). 48

Ansprüche nach § 126 Satz 2 GWB setzen hingegen Verschulden voraus (Dreher/Motzke, aaO Rn 30; Stockmann, aaO Rn 29 f.). Dies ergibt sich für die Schadenersatzansprüche gemäß §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2, 3 BGB aus dem Gesetz (vgl. OLG Naumburg, BauR 2015, 1030 = juris Rn 28; OLG Hamm, IBR 2013, 42 = juris Rn 36).“ 49

III. 50

Die zulässige, insbesondere form- und fristgerecht eingelegte und begründete Berufung der Klägerin hat keinen Erfolg. 51

Der Senat kann auf die in seinen Hinweisbeschlüssen vom 18. Juli (256 – 364 GA) und 7. September 2016 (401 – 402 GA) ausführlich dargelegten Gründe Bezug nehmen. 52

1. 53

Eine Haftung ohne Verschulden kommt auch nach der Rechtsprechung des EuGH nur bei einem „Verstoß des öffentlichen Auftraggebers gegen Vergaberecht“ in Betracht. Gerade in der von der Klägerin angeführten Entscheidung vom 30. September 2010 – C 314/09 – (VergabeR 2011, 71 ff.) spricht der EuGH von Schadensersatz „im Fall eines Verstoßes gegen Vergabevorschriften“ (aaO, juris Rn 39). Die Umsetzung der Richtlinie in das deutsche Recht ist durch die Regelung in § 126 Satz 1 GWB erfolgt, und zwar im vorliegenden Fall in der vom 30. Juni 2013 bis zum 17. April 2016 geltenden Fassung. Die Vorschrift lautet: 54

**§ 126 Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens** 55

1Hat der Auftraggeber gegen eine den Schutz von Unternehmen bezweckende Vorschrift verstoßen und hätte das Unternehmen ohne diesen Verstoß bei der Wertung der Angebote eine echte Chance gehabt, den Zuschlag zu erhalten, die aber durch den Rechtsverstoß beeinträchtigt wurde, so kann das Unternehmen Schadensersatz für die Kosten der Vorbereitung des Angebots oder der Teilnahme an einem Vergabeverfahren verlangen. 2Weiterreichende Ansprüche auf Schadensersatz bleiben unberührt. 56

Wenn die Beklagte bei ihrer Vergabeentscheidung – was gerade nicht erwiesen ist – von einem unzutreffenden, nämlich zu hohen Mindestlohn ausgegangen sein sollte, hätte sie gegen die Vorschriften zur Ermittlung und Festsetzung des – für die ausgeschriebene Tätigkeit anzuwendenden – zutreffenden Mindestlohns verstoßen. Die Vorschriften zum Mindestlohn dienen vor allem dem Schutz der jeweiligen Arbeitnehmer (vgl. z.B. § 1 des seit 2014 geltenden MiLoG und die verschiedenen Rechtsnormen in den Tarifverträgen zur 57

Regelung eines Mindestlohns) und haben wirtschaftspolitische Zielsetzungen. Das Tatbestandsmerkmal Verstoß „gegen eine den Schutz von Unternehmen bezweckende Vorschrift“ in § 126 Satz 1 GWB (a.F.) ist nicht erfüllt.

Denn § 126 Satz 1 GWB schafft eine Anspruchsgrundlage zur Geltendmachung von Schadensersatz, wenn bieterschützende Vergabevorschriften verletzt wurden (Glahs in Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 3. Auflage 2011, § 126 GWB Rn 2; Stockmann in Immenga/Mestmäcker, 5. Aufl. 2014, § 126 GWB Rn 9), also Vorschriften, die dem Vergaberecht zugehörig sein müssen (Dippel in jurisPK-Vergaberecht, 4. Aufl. 2013, § 126 GWB Rn 6; Antweiler in Dreher/Motzke, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 2. Auflage 2013, § 126 GWB Rn 8) und wettbewerbschützenden Charakter haben (Stockmann, aaO Rn 7; Dippel, aaO Rn 9). Dazu gehören grundsätzlich Vorschriften des vierten Teils des GWB, der Vergabeverordnung (VgV), der Sektorenverordnung (Sekt-VO) und der Verordnung über die Vergaben im Bereich der Verteidigung und Sicherheit (VSVgV) sowie der Verdingungsordnungen (Dippel, aaO; Glahs, aaO Rn 16).

58

Ausgehend von der bisherigen EuGH-Rechtsprechung sind jedenfalls die Vorschriften über die Teilnahme, die Publizität des Verfahrens und die Chancengleichheit im Verfahren zum Schutz des Bieters bestimmt. Hierzu gehören Vorschriften über die Erforderlichkeit der Ausschreibung, über die Grundsätze der Vergabe, Bekanntmachungsvorschriften, Vorschriften über Angebots- und Bewerbungsfristen, das Nachverhandlungsverbot, Vorschriften über die Bewertung der Angebote u. ä. (Glahs, aaO Rn 19). Nicht dazu gehören z. B. Vorschriften mit ordnungsrechtlicher oder gesamtwirtschaftspolitischer Zielsetzung (Antweiler, aaO Rn 9; Dippel, aaO Rn 9; Stockmann, aaO Rn 7 aE).

59

Es kann deshalb auch dahinstehen, ob nicht der in NRW für Kartellsachen zuständige Senat beim OLG Düsseldorf für einen derartigen Anspruch zuständig wäre (vgl. zu dieser Frage Stockmann, aaO Rn 22; Dippel, aaO Rn 29; anders wohl Antweiler, aaO Rn 21).

60

## 2.

61

Außerdem kann die Klägerin den im vorliegenden Verfahren geltend gemachten Anspruch deshalb nicht auf § 126 Satz 1 GWB stützen, weil dieser Schadensersatzanspruch auf die Kosten der Vorbereitung des Angebots oder der Teilnahme an dem Vergabeverfahren, mit anderen Worten auf den Vertrauensschaden oder das negative Interesse beschränkt ist (Glahs, aaO Rn 2; Stockmann, aaO Rn 1, 4, 8 und 15; Dippel, aaO Rn 24; Antweiler, aaO Rn 1, 5, 17). Die Klägerin berechnet ihren Schaden aber nach dem positiven Interesse. Sie will so gestellt werden, wie sie stehen würde, wenn sie aufgrund der Ausschreibung den Auftrag erhalten hätte. Dies kann sie, wie die Überschrift von § 126 GWB (a.F.) zeigt (Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens), über diese Anspruchsgrundlage nicht erreichen.

62

## 3.

63

Schließlich ist auch der für eine Anwendung von § 126 Satz 1 GWB erforderliche Schwellenwert (s. § 2 Nr. 3 und 6 VgV) nicht erreicht (vgl. Stockmann, aaO Rn 6; Antweiler, aaO Rn 47).

64

## 4.

65

Ein Anspruch auf Ersatz des von der Klägerin geltend gemachten positiven Interesses wäre gemäß § 126 Satz 2 GWB aufgrund der §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2, 3 BGB möglich (vgl. Dippel, aaO Rn 43; Stockmann, aaO Rn 31 f.; Antweiler, aaO Rn 1, 35). Das

66

dafür jedenfalls erforderliche Verschulden (vgl. Dreher/Motzke, aaO Rn 30) liegt aber angesichts der vom Hauptzollamt erteilten (amtlichen) Auskunft über die Höhe des hier geltenden Mindestlohns nicht vor. Vielmehr durfte sich die Beklagte, die insoweit in keiner Weise sachkundig ist, auf die fachliche Auskunft des für derartige Fragen zuständigen Hauptzollamtes verlassen.

III.	67
Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.	68
Der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10 (Satz 2), 711 ZPO.	69
Die Revision wird zugelassen, da es sich um eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung handelt. Ob die Bundesrepublik Deutschland die Richtlinien Nr. 665/89 und 50/92 mit den Vorschriften in § 126 GWB und im BGB in ausreichender Weise umgesetzt hat bzw. die vom Senat vorgenommene Auslegung den europarechtlichen Anforderungen entspricht, ist bislang – soweit ersichtlich – höchstrichterlich noch nicht entschieden. Diese Rechtsfrage kann auch für weitere Fälle eine Rolle spielen und ist von allgemeiner Bedeutung.	70
Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird wie angekündigt auf <b>25.684,99 €</b> festgesetzt.	71