BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

X ZB 1/09

vom

29. September 2009

in dem Kostenfestsetzungsverfahren

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: nein

Gebührenanrechnung im Nachprüfungsverfahren

RVG § 15a Abs. 1, Abs. 2, 3. Alt.; RVG-VV Vorbemerkung 3 Abs. 4

Die Geschäftsgebühr, die der Rechtsanwalt für seine Tätigkeit im Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer erhält, ist auf die Verfahrensgebühr des Beschwerdeverfahrens anzurechnen.
Zur Anwendbarkeit des § 15a RVG auf Altfälle.

BGH, Beschluss vom 29. September 2009 - X ZB 1/09 - OLG Düsseldorf

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 29. September 2009 durch den Vorsitzenden Richter Scharen sowie die Richter Asendorf, Gröning, Dr. Berger und Dr. Grabinski

beschlossen:

Die Erinnerung gegen den Kostenfestsetzungsbeschluss des Rechtspflegers beim Oberlandesgericht Düsseldorf vom 26. Juni 2008 wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass sich der von der Antragstellerin an die Antragsgegnerin nebst Zinsen zu erstattende Betrag auf 5.199,94 € beläuft.

Gründe:

1 I. Durch Beschluss vom 14. Mai 2008 wies der vorlegende Vergabesenat auf die sofortige Beschwerde der Antragsgegnerin den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zurück, erlegte ihr die Kosten des Beschwerdeverfahrens auf, verpflichtete die Antragstellerin, der Antragsgegnerin die im Verfahren vor der Vergabekammer entstandenen, zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen zu erstatten, und sprach die Notwendigkeit der Hinzuziehung eines anwaltlichen Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin im erstinstanzlichen Nachprüfungsverfahren aus. Die Antragsgegnerin, die schon erstinstanzlich durch die von ihr im Beschwerdeverfahren bevollmächtigten Rechtsanwälte vertreten worden war, hat, abgesehen von

Post- und Telekommunikationspauschalen sowie Reisekosten, für das Verfahren vor der Vergabekammer eine Geschäftsgebühr nach Nr. 2300 VV RVG sowie für das Verfahren vor dem Vergabesenat eine Verfahrens- sowie eine Terminsgebühr (Nr. 3200 und Nr. 3202 VV RVG) zur Festsetzung gegen die Antragstellerin beantragt. Der Rechtspfleger beim Oberlandesgericht hat die Geschäftsgebühr mit Blick auf die Regelung in Vorbemerkung 3 Abs. 4 VV RVG in Höhe von 0,75 auf die Verfahrensgebühr des Beschwerdeverfahrens angerechnet, den zur Festsetzung begehrten Betrag entsprechend gekürzt und zu Gunsten der Antragsgegnerin zu erstattende Kosten von 5.211,84 € (rechnerisch richtig: 5.199,94 €) festgesetzt. Gegen die anteilige Anrechnung der Geschäftsgebühr in dem Kostenfestsetzungsbeschluss hat die Antragsgegnerin sich mit einem als "sofortige Beschwerde" bezeichneten Rechtsbehelf, den der Vergabesenat als Erinnerung behandelt hat, gewandt.

2 Der vorlegende Vergabesenat hält die Anrechnung für rechtens und möchte die Erinnerung deshalb zurückweisen, sieht sich daran aber durch Entscheidungen des Kammergerichts (VergabeR 2005, 402) und der Oberlandesgerichte München (VergabeR 2009, 106) und Celle (Beschl. v. 23.6.2008 - 13 Verg 10/07) gehindert und hat die Sache deshalb dem Bundesgerichtshof nach § 124 Abs. 2 GWB vorgelegt.

3 II. Die Vorlage ist in entsprechender Anwendung von § 124 Abs. 2 GWB zulässig.

4 1. Nach dieser Vorschrift legt ein Oberlandesgericht, das über eine sofortige Beschwerde gegen die Entscheidung einer Vergabekammer zu befinden hat, die Sache, sofern sie nicht einen Antrag nach § 118 Abs. 1 Satz 3 GWB oder § 121 GWB zum Gegenstand hat, dem Bundesgerichtshof vor. Die Vorlagepflicht gilt, wie der Senat bereits entschieden hat, auch bei sofortigen Be-

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

schwerden gegen die in Kostenfestsetzungsverfahren ergangenen Entscheidungen der Vergabekammern (Sen.Beschl. v. 23.9.2008 - X ZB 19/07, VergabeR 2009, 39 - Geschäftsgebühr im Nachprüfungsverfahren). Eine solche Konstellation liegt hier allerdings nicht vor. Vielmehr hat der Rechtspfleger beim Beschwerdegericht - wie bundesweit in den Fällen, in denen ein Nachprüfungsverfahren in die Beschwerdeinstanz gelangt ist, üblich - in entsprechender Anwendung von § 104 Abs. 1 Satz 1 ZPO die vor der Vergabekammer entstandenen Kosten (mit-)festgesetzt. Gegen diese Entscheidung ist nicht die sofortige Beschwerde statthaft, sondern die Erinnerung (§ 567 ZPO; § 11 Abs. 1 und 2 RPflG).

5 Die Vorschrift des § 124 Abs. 2 GWB ist auf Erinnerungen gegen Kostenfestsetzungsbeschlüsse des Rechtspflegers beim Oberlandesgericht entsprechend anzuwenden, um eine planwidrige Lücke im Anwendungsbereich von § 124 Abs. 2 GWB zu vermeiden. Der Sinn und Zweck dieser Regelung, eine bundeseinheitliche Rechtsprechung in Vergabesachen zu gewährleisten, schließt, wie der Senat bereits ausgesprochen hat, vergaberechtsbezogene Gebührenfragen ein (Sen., aaO Tz. 5). Dass davon solche Entscheidungen ausgenommen sein sollen, die ein Vergabesenat aufgrund der Regelung in § 11 Abs. 1 und 2 RPflG im Erinnerungsverfahren trifft, ist nicht anzunehmen.

6 2. Die Vorlage ist auch im Übrigen zulässig.

7 Die Voraussetzungen für eine Divergenzvorlage nach § 124 Abs. 2 GWB sind erfüllt, wenn das vorlegende Oberlandesgericht als tragende Begründung seiner Entscheidung einen Rechtssatz zugrunde legen will, der mit einem die Entscheidung eines anderen Oberlandesgerichts tragenden Rechtssatz nicht übereinstimmt (vgl. BGHZ 179, 84 - Rettungsdienstleistungen).

8 So verhält es sich hier. Das Oberlandesgericht Düsseldorf möchte die sofortige Beschwerde mit der Begründung zurückweisen, die Anrechnungsregel in Vorbemerkung 3 Abs. 4 VV RVG finde auch Anwendung, wenn es sich bei der anzurechnenden Geschäftsgebühr um eine solche handelt, die im erstinstanzlichen Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer verdient worden ist. Dieser Rechtssatz kollidierte mit der vom vorlegenden Gericht angeführten Rechtsprechung des Kammergerichts und der Oberlandesgerichte München und Celle.

9 III. Die nach § 11 Abs. 2 RPflG statthafte Erinnerung ist auch sonst zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelegt.

10 IV. In der Sache tritt der Senat der Ansicht des vorlegenden Oberlandesgerichts bei.

11 1. Für die Beantwortung der Divergenzfrage, deretwegen der Vergabesenat die Sache dem Bundesgerichtshof vorgelegt hat, ist zu unterscheiden zwischen dem Problem, ob die Regelung in Vorbemerkung 3 Abs. 4 VV RVG überhaupt Anwendung findet, wenn es um die Anrechnung der vom Rechtsanwalt für seine Tätigkeit im erstinstanzlichen Vergaberechtsnachprüfungsverfahren verdienten Gebühr auf die Verfahrensgebühr des nachfolgenden Beschwerdeverfahrens geht, und - wenn dies bejaht wird - der Frage, wie die Anrechnungsbestimmung in der Kostenfestsetzung zu handhaben ist.

12 a) Die Regelung in Vorbemerkung 3 Abs. 4 VV RVG ist auf die Gebühr, die der Rechtsanwalt für seine Tätigkeit im Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer erhält, anzuwenden. Nach dieser Regelung wird, soweit wegen desselben Gegenstands eine Geschäftsgebühr nach den Nrn. 2300 bis 2303 entsteht, diese Gebühr zur Hälfte, jedoch höchstens mit einem Gebührensatz

von 0,75, auf die Verfahrensgebühr des gerichtlichen Verfahrens angerechnet. Im Verfahren vor der Vergabekammer verdient der Rechtsanwalt in Ermangelung eines konkreten Gebührentatbestands eine Geschäftsgebühr nach Teil 2 Abschn. 3 des Vergütungsverzeichnisses zum Rechtsanwaltsvergütungsgesetz (Sen.Beschl. v. 23.9.2008 - X ZB 19/07, aaO; allg. Ansicht), namentlich nach den Gebührentatbeständen 2300 und 2301.

13 b) Das Oberlandesgericht München vertritt die Ansicht, Vorbemerkung 3 Abs. 4 VV RVG sei schon nicht anzuwenden, weil die Regelung nur Fälle betreffe, in denen ein Verwaltungsverfahren dem erstinstanzlichen gerichtlichen Verfahren vorausgegangen sei (VergabeR 2009, 106). Dem kann nicht beigetreten werden. Eine solche Geltungsbeschränkung ist der Regelung nicht zu entnehmen. Der Gebührentatbestand von Nr. 2300 VV RVG betrifft grundsätzlich die gesamte außergerichtliche Tätigkeit des Rechtsanwalts (vgl. Hartung/Römermann/Schons, RVG, 2. Aufl., Vertrag 2300 Rdn. 1; Sermond in: Lutje/v. Seltmann, Beck'scher Online-Komm. z. RVG, VV 2300 Rdn. 1). Die gesetzliche Regelung sieht lediglich eine einschränkende Modifikation des Gebührenrahmens von Nr. 2300 VV RVG vor, wenn eine Tätigkeit im Verwaltungsverfahren vorausgegangen ist, die nach der Rechtsprechung des Senats auch bei Vertretung im vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren anzuwenden ist, die aber nichts daran ändert, dass diese Gebühr dem Geltungsbereich von Vorbemerkung 3 Abs.4 VV RVG unterliegt.

14 c) Eine Nichtanwendung der ihrem Wortlaut nach einschlägigen Regelung käme danach nur in Betracht, wenn die Rechtsfolge aus der Anwendung der Norm in planwidrigem Widerspruch zu sonstigen gesetzlichen Regelungen oder zu von der Rechtsordnung anerkannten allgemeinen Grundsätzen stünde,

deren weitere Geltung der Gesetzgeber offensichtlich nicht antasten wollte. Das ist indes nicht der Fall.

15 aa) Die Anrechnung der im Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer verdienten Geschäftsgebühr auf die Verfahrensgebühr des Beschwerdeverfahrens vor dem Vergabesenat wird in der Rechtsprechung, von der das vorlegende OLG Düsseldorf abweichen möchte, und in der Fachliteratur im Wesentlichen mit der Begründung abgelehnt, beim Beschwerdeverfahren handle es sich der Sache nach um ein Rechtsmittelverfahren gegen die Entscheidung in einem kontradiktorisch und gerichtsähnlich ausgestalteten Verfahren vor der Vergabekammer, welches seinerseits mit einem herkömmlichen Verwaltungsverfahren nicht zu vergleichen sei (KG, OLG München, OLG Celle, aaO; Rojahn, VergabeR 2004, 454, 456 f.; Wiese in Kulartz/Kus/Portz, Komm. zum GWB-Vergaberecht § 128 Rdn. 51; Noelle in Byok/Jaeger, Komm. zum Vergaberecht, 2. Aufl. Rdn. 1450p).

16 bb) Das rechtfertigt die Nichtanwendung von Vorbemerkung 3 Abs. 4 VV RVG nicht.

17 Es trifft zwar zu, dass das Nachprüfungsverfahren vor den Vergabekammern Rechtsschutz in einem gerichtsähnlich ausgestalteten Verfahren gewährleisten soll. Gleichwohl handelt es sich dabei, wie der Senat bereits ausgesprochen hat, um ein in die Exekutive eingebettetes Verwaltungsverfahren (Sen.Beschl. v. 9.12.2003 - X ZB 14/03, VergabeR 2004, 414). Kostenrechtlich ist es, wie sich aus der Regelung in § 128 Abs. 4 Satz 4 GWB n.F. ergibt, dem verwaltungsrechtlichen Widerspruchsverfahren gleichgesetzt (vgl. auch Sen.Beschl. v. 23.9.2008, aaO Tz. 11).

18

d) Dass die Vergabekammern eine streitentscheidende Tätigkeit ausüben und diese kostenrechtlich gleichwohl als Verwaltungstätigkeit behandelt und nicht einem Gerichtsverfahren gleichgesetzt wird, steht im Übrigen in Einklang mit allgemeiner verwaltungsrechtlicher Anschauung. Auch außerhalb des Vierten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen werden bisweilen unparteiische, aber ebenfalls in die Exekutive eingebundene Stellen in ähnlicher Weise tätig wie die Vergabekammern, indem sie im Konflikt zwischen Bürgern und Behörden in einem möglichst gerichtsähnlichen Verfahren durch gestaltenden, streitentscheidenden Verwaltungsakt eine Regelung treffen, ohne dass der Charakter dieser Entscheidungen als Maßnahmen der Exekutive angezweifelt und die gerichtliche Überprüfung solcher streitentscheidenden Verwaltungsakte als justizielles Rechtsmittelverfahren aufgefasst würde (vgl. Stelkens in Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 7. Aufl., § 35 Rdn. 221).

19 e) Das Verhältnis zwischen der Vergabekammer und dem Vergabesenat lässt sich auch nicht deswegen demjenigen zwischen einem Eingangs- und einem Rechtsmittelgericht gleichsetzen, weil kostenrechtlich für das Verfahren vor dem Vergabesenat die für das Berufungsverfahren erhobenen Gebühren gelten (Vorbemerkung 3.2.1 Abs. 1 Nr. 4 VV RVG). Diese Bestimmung gilt nämlich nicht nur für Beschwerden nach § 116 GWB, sondern gleichermaßen für Beschwerden gegen erlassene oder unterlassene Verfügungen der Kartellbehörden (§ 63 Abs. 1 und 2 GWB). Die Kartellbehörde wird im Kartellverwaltungsverfahren nicht streitentscheidend, sondern originär als Organ der vollziehenden Gewalt tätig und erlässt eine Abschlussverfügung durch Verwaltungsakt oder unterlässt es, eine Einzelfallregelung zu treffen. Die Beschwerde dagegen tritt an die Stelle der Klage vor dem Verwaltungsgericht (vgl. Immenga/Mestmäcker, WettbR - GWB, 4. Aufl., § 63 Rdn. 1). Die gebührenrechtliche Regelung in Vorbemerkung 3.2.1 Abs. 1 Nr. 4 VV RVG erklärt sich dement-

sprechend nicht aus der vermeintlichen Natur des Beschwerdeverfahrens als eines Rechtsmittelverfahrens, sondern vielmehr durch den Umstand, dass das (erstinstanzliche) gerichtliche Verfahren vor einem Gericht im Range eines Oberlandesgerichts stattfindet.

20 2. Für die Frage der Anrechnung der Geschäftsgebühr im vorliegenden Kostenfestsetzungsverfahren gilt Folgendes:

21 a) Nach der gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs wird die Geschäftsgebühr auf die Verfahrensgebühr angerechnet und nicht umgekehrt (grundlegend BGH, Urt. v. 7.3.2007 - VIII ZR 86/06, NJW 2007, 2049 und - in Auseinandersetzung mit gegenteiligen Ansichten - Beschl. v. 22.1.2008 - VIII ZB 57/07, NJW 2008, 1323; v. 30.4.2008 - III ZB 8/08, NJW-RR 2008, 1095; v. 25.9.2008 - IX ZR 133/07; v. 2.10.2008 - I ZB 30/08, WRP 2009, 75). Nach der Rechtsprechung des VIII., des III. und des I. Zivilsenats ist diese Anrechnungsregel auch im Außenverhältnis zum Prozessgegner in der Kostenfestsetzung anzuwenden (BGH NJW 2008, 1323; NJW-RR 2008, 1095; WRP 2009, 75). Auf der Grundlage dieser Rechtsprechung entsteht die Verfahrensgebühr nur in der um den Anrechnungsbetrag verminderten Höhe. Danach erweist die Berechnung des Rechtspflegers sich - abgesehen von einem Rechnungsfehler, den der Senat, wie aus dem Tenor ersichtlich, entsprechend § 319 Abs. 1 ZPO berichtigt hat - als richtig. Wegen der Übergangsregelung in § 60 Abs. 1 RVG kommt hiernach ein Rückgriff auf den erst nachträglich durch Art. 7 Abs. 4 des Gesetzes zur Modernisierung von Verfahren im anwaltlichen und notariellen Berufsrecht, zur Errichtung einer Schlichtungsstelle der Rechtsanwaltschaft sowie zur Änderung sonstiger Vorschriften (BGBl. I S. 2449) in das Rechtsanwaltsvergütungsgesetz eingefügten § 15a RVG nicht in Betracht.

22

b) Demgegenüber hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs nunmehr die Auffassung vertreten, die Anrechnungsregel in Vorbemerkung 3 Abs. 4 VV RVG wirke sich im Verhältnis zu Dritten, also namentlich im Kostenfestsetzungsverfahren, grundsätzlich nicht aus. Das Verfahren nach § 132 Abs. 2, 3 GVG zu beschreiten hat der II. Zivilsenat nicht für erforderlich erachtet, weil seiner Meinung nach der Gesetzgeber das Rechtsanwaltsvergütungsgesetz bezüglich der Anrechnung nicht geändert, sondern lediglich die auch nach Ansicht des Gesetzgebers vor Einfügung von § 15a RVG bestehende Gesetzeslage in dem Sinne klargestellt hat, dass sich die Anrechnung gemäß Vorb. 3 Abs. 4 VV RVG grundsätzlich im Verhältnis zu Dritten, also insbesondere im Kostenfestsetzungsverfahren, nicht auswirken soll (Beschl. v. 2.9.2009 - II ZB 35/07 Tz. 8).

23 c) Der beschließende Senat hat durchgreifende Zweifel, dieser Auffassung beizutreten. Der II. Zivilsenat mag zwar darauf verweisen können, dass ausweislich einer Pressemitteilung das Bundesministerium der Justiz die Meinung geäußert hat, durch § 15a RVG werde klargestellt, dass sich die Anrechnung im Verhältnis zu Dritten nicht auswirke. Die Presserklärung des zuständigen Ministeriums lässt jedoch keine tragfähigen Rückschlüsse auf den Willen des Gesetzgebers im Sinne der historischen Auslegungsmethode zu. Dass der Gesetzgeber die seiner Ansicht nach bereits bestehende Gesetzeslage (lediglich) hat klarstellen wollen, lässt sich den Gesetzgebungsmaterialien, auf die der II. Zivilsenat ferner verweist, nicht entnehmen. Vielmehr wird dort das Anliegen artikuliert, für den bisher im Gesetz nicht definierten Begriff der Anrechnung eine Legaldefinition zu schaffen bzw. diesen Begriff inhaltlich zu bestimmen (BT-Drucks. 16/12717, S. 2 und 68). Dass die vom VIII. Zivilsenat aufgrund seines Verständnisses der Anrechnungsregel in Vorbemerkung 3 Abs. 4 RVG für das Kostenfestsetzungsverfahren gezogenen Konsequenzen der bisherigen

Rechtslage entsprechen, wird in den Materialien nicht infrage gestellt, sondern es wird darin lediglich der Wille zum Ausdruck gebracht, die bestehende Rechtslage zu modifizieren. Das spricht dafür, dass auch § 15a RVG - wie bei Gesetzesänderungen üblich - eine neue Gesetzeslage geschaffen hat. Im Übrigen hat der Senat Bedenken, die Materialien zu einem Gesetzgebungsverfahren im Rahmen der historischen Auslegungsmethode nicht nur zur Auslegung der Neuregelung heranzuziehen, sondern auch des bisherigen, insbesondere des in einer früheren Legislaturperiode verabschiedeten Rechts.

24 Angesichts der wiedergegebenen Gesetzesbegründung bestehen ebenfalls Bedenken, die Anwendbarkeit des § 15a RVG auch auf am 5. August 2009 noch nicht abgeschlossene Kostenfestsetzungsverfahren aus dem Grundsatz herzuleiten, dass bei Verfahrensrecht eine Gesetzesänderung ab deren Inkrafttreten gilt (vgl. Müller-Rabe, NJW 2009, 2913, 2916 und die dortigen Nachw.). Denn ausgehend von der Auslegung des bisherigen Rechts, die auf die Rechtsprechung des VIII. Zivilsenats zurückgeht, kann kaum davon gesprochen werden, dass § 15a RVG ausschließlich verfahrensrechtliche Fragen (neu) regele.

25 d) Im Streitfall bedürfen die Meinungsverschiedenheiten über das richtige Verständnis des bisherigen Rechts keiner abschließenden Klärung. Auch bei Anwendung des § 15a RVG könnte die Antragsgegnerin nicht mehr als das, was zu ihren Gunsten bereits festgesetzt ist, beanspruchen, weil ein Fall des § 15a Abs. 2, 3. Alt. RVG vorliegt. Im Streitfall werden die Geschäftsgebühr und die Verfahrensgebühr in demselben Verfahren geltend gemacht. "Dasselbe Verfahren" i.S. von § 15a Abs. 2 RVG ist hier das vorliegende Kostenfestsetzungsverfahren. Die Antragstellerin kann sich auf die Anrechnung berufen, weil die Antragsgegnerin aufgrund des in der Beschwerdeentscheidung des Vergabesenats enthaltenen Kostenausspruchs die Erstattung der Geschäftsgebühr zwar

grundsätzlich verlangen kann, diese Gebühr aber aus den dargelegten Gründen (oben IV 1) auf die Verfahrensgebühr anzurechnen ist und die Antragsgegnerin jedenfalls in einem solchen Fall nach allen Auffassungen nur den um den Anrechnungsbetrag verminderten Gesamtbetrag der beiden Gebühren geltend machen kann (vgl. auch das eine gleichgelagerte Konstellation betreffende Beispiel bei Müller-Rabe NJW 2009, 2913, 2914 unter IV 2 d, 2. Spiegelstrich).

Scharen Richter Asendorf ist wegen Urlaubs gehindert, den Beschluss zu unterschreiben Scharen Gröning

Berger Grabinski

Vorinstanz:
OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 26.01.2009 - VII-Verg 17/08 -