BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

X ZB 3/11

vom

25. Januar 2012

in dem Vergabenachprüfungsverfahren

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

Rettungsdienstleistungen IV

GWB § 128 Abs. 3 Satz 5, Abs. 4 nF

a) Die Regelungen in § 128 Abs. 3 Satz 4 und 5 GWB in der durch das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts (BGBl. I 2009 S. 779) erhaltenen Fassung sind dahin auszulegen, dass Gebühr und Auslagen der Vergabekammer bei anderweitiger Erledigung des Nachprüfungsverfahrens auch einem anderen Beteiligten als dem Antragsteller auferlegt werden können, wenn dies der Billigkeit entspricht, dass in Fällen der Antragsrücknahme oder anderweitigen Erledigung des Nachprüfungsverfahrens aber stets nur die Hälfte der Gebühr zu entrichten ist.

b) Wird das Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer übereinstimmend für erledigt erklärt, kann eine Erstattung notwendiger Aufwendungen von Beteiligten weiterhin nicht angeordnet werden.

BGH, Beschluss vom 25. Januar 2012 - X ZB 3/11 - OLG Naumburg
2. Vergabekammer beim
Landesverwaltungsamt
Sachsen-Anhalt

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 25. Januar 2012 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Meier-Beck, die Richterin Mühlens und die Richter Gröning, Dr. Grabinski und Hoffmann

beschlossen:

Die sofortigen Beschwerden gegen den Beschluss der 2. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt Sachsen-Anhalt - 2 VK LSA 13/10 werden zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens tragen die Antragstellerinnen und der Antragsgegner je zu einem Drittel.

Der Wert des Gegenstands des Beschwerdeverfahrens wird auf bis zu 22.000 € festgesetzt.

Gründe:

1 I. Der Antragsgegner, eine Gebietskörperschaft, schrieb im offenen Verfahren Rettungsdienstleistungen in zwei geografisch aufgeteilten Losen aus. Die Antragstellerin zu 1 beanstandete die Vergaberechtswidrigkeit der Vergabeunterlagen und beantragte nach zurückgewiesener diesbezüglicher Rüge Vergabenachprüfung, die die zuständige Vergabekammer zunächst in zwei nach den Gebietslosen unterschiedenen Nachprüfungsverfahren durchführte. Kurz darauf teilte der Antragsgegner den Teilnehmern mit, dass das Vergabe-

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

verfahren unterbrochen werde und der Schlusstermin der Angebotsfrist aufgehoben sei. Wegen dieses Vorgehens leitete die Antragstellerin zu 2 nach fruchtloser Rüge ebenfalls ein Nachprüfungsverfahren ein. Die Vergabekammer führte dieses zunächst wiederum getrennt für beide Lose in zwei Verfahren, verband dann aber alle vier Verfahren zu einem einzigen und lud eine Bietergemeinschaft zum Verfahren bei.

2 Nachdem der Antragsgegner sich zunächst gegen die Nachprüfungsanträge verteidigt und unter anderem geltend gemacht hatte, das Vergabeverfahren falle nicht unter die Vorschriften des Vierten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, weil die Rettungsdienstleistungen im Wege einer Dienstleistungskonzession erbracht werden sollten, hob er das Vergabeverfahren später nach § 26 lit. b VOL/A 2006 auf. Daraufhin haben die Antragsteller und der Antragsgegner das Nachprüfungsverfahren übereinstimmend in der Hauptsache für erledigt erklärt und widerstreitende Kostenanträge gestellt.

3 Die Vergabekammer hat das Nachprüfungsverfahren mit dem angefochtenen Beschluss eingestellt, die auf 6.526,83 € festgesetzten Kosten (Gebühren und Auslagen, § 128 Abs. 1 GWB) dem Antragsgegner auferlegt und im Übrigen ausgesprochen, dass die Beteiligten entstandene notwendige Aufwendungen selbst zu tragen haben. Mit ihren dagegen eingelegten sofortigen Beschwerden möchten die Antragstellerinnen erreichen, dass ihre notwendigen Aufwendungen dem Antragsgegner, hilfsweise diesem und der Beigeladenen auferlegt werden, während der Antragsgegner eine Überbürdung der Gebühren und Auslagen auf die Antragstellerinnen erstrebt. Das Beschwerdegericht erachtet die Rechtsmittel für unbegründet, sieht sich aber an der Zurückweisung der sofortigen Beschwerde der Antragstellerinnen durch entgegenstehende Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Dresden gehindert und hat die Sache deshalb dem Bundesgerichtshof nach § 124 Abs. 2 GWB vorgelegt.

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

4 II. Die Vorlage ist zulässig.

5 Die Voraussetzungen des § 124 Abs. 2 Satz 1 GWB liegen nach ständiger Rechtsprechung vor, wenn das vorlegende Oberlandesgericht seiner Entscheidung als tragende Begründung einen Rechtssatz zugrunde legen will, der sich mit einem die Entscheidung eines anderen Oberlandesgerichts tragenden Rechtssatz nicht vereinbaren lässt (BGH, Beschluss vom 8. Februar 2011 - X ZB 4/10, BGHZ 188, 200 Rn. 9 - S-Bahn-Verkehr Rhein/Ruhr I). So verhält es sich hier. Während das Oberlandesgericht Dresden die Auffassung vertreten hat, § 128 Abs. 3 Satz 5 GWB ermögliche eine Ermessensentscheidung auch hinsichtlich der notwendigen Aufwendungen der Beteiligten im Nachprüfungsverfahren (Beschluss vom 10. August 2010 - W Verg 8/10), erkennt das vorlegende Oberlandesgericht im geltenden Recht von vornherein keine Grundlage für die Überwälzung notwendiger Auslagen eines Beteiligten auf einen anderen, wenn das Nachprüfungsverfahren, wie hier, infolge übereinstimmender Erledigungserklärungen eingestellt worden ist.

6 III. Die zulässigen sofortigen Beschwerden der Antragstellerinnen sind in der Sache unbegründet.

7 Die Frage, ob § 128 GWB in der durch das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts vom 20. April 2009 (BGBl. I S. 790) geschaffenen und seit dem 24. April 2009 geltenden Fassung ermöglicht, die einem Beteiligten zur Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung entstandenen notwendigen Aufwendungen einem anderen Beteiligten aufzuerlegen, wenn nach Erledigung der Hauptsache keine Entscheidung der Vergabekammer ergangen ist, ist mit dem vorlegenden Oberlandesgericht zu verneinen.

8 1. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bot § 128 Abs. 4 in seiner bis zum 24. April 2009 geltenden Fassung nur bedingt eine Grundlage

für die Erstattung der notwendigen Aufwendungen der Beteiligten vor der Vergabekammer (vgl. BGH, Beschluss vom 24. März 2009 - X ZB 29/08, VergabeR 2009, 607 Rn. 10 mwN - Antragsrücknahme im Beschwerdeverfahren). Wie für den Fall der Antragsrücknahme gab das Gesetz auch für den hier gegebenen Fall der Einstellung des Nachprüfungsverfahrens nach übereinstimmender Erledigungserklärung keine Handhabe dafür, die notwendigen Aufwendungen eines Beteiligten einem anderen aufzuerlegen, was zur Folge hat, dass diese von jedem selbst zu tragen waren.

9 2. Für die vorliegend gegebene Konstellation besteht die bisherige Rechtslage nach dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts unverändert fort. Die Regelung in § 128 Abs. 3 Satz 5 GWB nF kann entgegen der Auffassung des Oberlandesgerichts Dresden nicht als Grundlage dafür herangezogen werden, die notwendigen Aufwendungen eines Beteiligten einem anderen aufzuerlegen. Sie bezieht sich ausschließlich auf die in Absatz 3 geregelte Kostenlast betreffend die Gebühren und Auslagen für die Amtshandlungen der Vergabekammern (§ 128 Abs. 1 GWB). Das ergibt sich aus der Systematik des Gesetzes. Es hat in seinen Kostenregelungen seit je zwischen der Kostentragungslast für die Gebühren und Auslagen auf der einen und für die notwendigen Aufwendungen der Beteiligten auf der anderen Seite unterschieden und die Ersteren stets in § 128 Abs. 3 GWB und die Letzteren in § 128 Abs. 4 GWB geregelt. Davon ist das Oberlandesgericht Dresden zwar auch ausgegangen. Es meint jedoch, die im Gesetzgebungsverfahren diskutierten Formulierungsalternativen und insbesondere die vom Bundesrat für seinen Änderungsvorschlag gegebene Begründung, welche die Situation bei übereinstimmender Erledigungserklärung betreffe, machten deutlich, dass die dort angestellten Erwägungen zugunsten einer Kostenregelung nach Billigkeitsgrundsätzen für den Fall der Hauptsachenerledigung nicht auf die Gebühren und Auslagen beschränkt, sondern für die Kosten des Nachprüfungsverfahrens insgesamt gelten sollten. Dem kann nicht beigetreten werden.

10 3. Die Gesetzgebungsmaterialien bieten - worauf zurückzukommen sein wird - keine Grundlage dafür, in § 128 Abs. 3 Satz 5 GWB entgegen seinem Wortlaut und losgelöst von seiner systematischen Stellung im Gesetz auch eine auf die notwendigen Aufwendungen der Beteiligten anwendbare Regelung zu sehen. Das Gesetz unterscheidet begrifflich seit je zwischen den zusammenfassend als Kosten bezeichneten Gebühren und Auslagen der Vergabekammer (§ 128 Abs. 1 bis 3 GWB) und den in § 128 Abs. 4 geregelten notwendigen Aufwendungen der Beteiligten. Vor diesem Hintergrund kann aus dem Umstand, dass der Bundesrat modifizierende Vorschläge zu dem Regierungsentwurf für einen geänderten § 128 Abs. 3 GWB unterbreitet und dabei von "Kosten" gesprochen hat, nicht auf einen Regelungswillen betreffend die notwendigen Aufwendungen geschlossen werden. Das gilt umso mehr, als durch das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts auch § 128 Abs. 4 GWB modifiziert werden sollte und worden ist. Während § 128 Abs. 3 Satz 4 GWB nF nach wie vor eine Regelung für die Fälle der Rücknahme und der sonstigen Erledigung des Nachprüfungsantrags vorsieht, ist in § 128 Abs. 4 Satz 3 GWB nF eine Kostenregelung nur für den Fall der Antragsrücknahme getroffen worden. In solchen Fällen soll der Antragsteller die notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners und des Beigeladenen zu tragen haben. Die Regelungen für die Erstattung der Auslagen und Gebühren einerseits und der notwendigen Aufwendungen andererseits sind somit zwar inkongruent, es besteht jedoch nach den Gesetzgebungsmaterialien und den sonstigen Umständen kein Raum dafür, in § 128 Abs. 4 Satz 4 GWB nF eine planwidrige Regelungslücke zu sehen, die durch analoge Anwendung geschlossen werden dürfte. Die divergierenden Kostenfolgen bei Antragsrücknahme einerseits und bei Erledigung der Hauptsache andererseits sind nicht miteinander unvereinbar. Jedenfalls besteht kein Raum, das Gesetz anders als in den Grenzen seines Wortlauts anzuwenden.

11 IV. Zu Recht hat die Vergabekammer die durch ihre Inanspruchnahme festgesetzten Gebühren und Auslagen dem Antragsgegner auferlegt. Die ge-

setzliche Grundlage für diese nach billigem Ermessen getroffene Entscheidung ist in § 128 Abs. 3 Satz 5 GWB nF zu sehen, wonach die Entscheidung, wer die Kosten, das heißt die Gebühren und Auslagen, zu tragen hat, nach billigem Ermessen zu treffen ist.

12 1. Allerdings bedarf die gesetzliche Neuregelung in § 128 Abs. 3 GWB der Auslegung, weil in dem modifizierten Teil des jetzigen Satzes 4 der Bestimmung und dem neu eingefügten Satz 5 widersprüchliche Normbefehle unvermittelt nebeneinanderstehen. Danach soll bei Rücknahme oder anderweitiger Erledigung des Nachprüfungsantrags einerseits dem Antragsteller die Hälfte der Gebühr auferlegt werden, andererseits soll die Entscheidung, wer die Kosten zu tragen hat, nach billigem Ermessen erfolgen. Die zuletzt genannte Regelung ist, wie auch das vorlegende Oberlandesgericht zu Recht meint, maßgeblich. Der widersprüchliche Wortlaut der gesetzlichen Regelung beruht ersichtlich auf Missverständnissen zwischen den Gesetzgebungsorganen im Gesetzgebungsverfahren. Nach § 128 Abs. 3 Satz 3 GWB aF war angeordnet, dass bei Rücknahme oder anderweitiger Erledigung des Nachprüfungsantrags vor Entscheidung der Vergabekammern nur die Hälfte der Gebühr zu entrichten ist. Diese Regelung wollte der Regierungsentwurf durch den jetzigen § 128 Abs. 3 Satz 4 GWB, wonach in solchen Fällen "der Antragsteller" die Hälfte der Gebühr zu entrichten habe, ersetzen. Eine Begründung hierfür wurde nicht gegeben. Die diesem Vorschlag zugeordnete Erläuterung im Begründungsteil des Regierungsentwurfs bezieht sich offensichtlich auf die Regelung in § 128 Abs. 4 Satz 2 GWB nF (vgl. BT-Drucks. 16/10117, S. 25 zu Nr. 23 Buchst. bb). In seiner Stellungnahme zu RegE für § 128 Abs. 4 Satz 4 GWB schlug der Bundesrat vor: "Nach Satz 4 (neu - gemeint ersichtlich: "alt") wird folgender Satz eingefügt: 'Die Entscheidung, wer die Kosten zu tragen hat, erfolgt nach billigem Ermessen'". Zur Begründung wies der Bundesrat darauf hin, dass es in bestimmten Konstellationen unbillig sein könne, dem Antragsteller die Kosten aufzuerlegen (vgl. BT-Drucks. 16/10117, S. 39 Nr. 32). In der Gegenäußerung der Bundesre-

gierung hierzu ist ausgeführt, dass dem Anliegen des Bundesrates dadurch Rechnung getragen werden könne, dass § 128 Abs. 3 Satz 4 (neu) GWB dahin gefasst wird, dass die Entscheidung über die Kostentragungslast nach billigem Ermessen erfolgt, wenn sich der Antrag vor Entscheidung der Vergabekammer durch Rücknahme oder anderweitig erledigt hat (aaO S. 43 zu Nr. 32). Danach ist offensichtlich, dass der Wortlaut des Gesetzes redaktionell verunglückt ist. Ausdrücklich übereinstimmend gewollt war die Gesetz gewordene Regelung in § 128 Abs. 4 Satz 5 GWB nF. Unberührt bleiben sollte ebenfalls die Gebührenreduktion auf die Hälfte bei Antragsrücknahme. Insoweit ist es bei der Fassung des Gesetzes aber zu einem redaktionellen Versehen gekommen, indem gleichzeitig der Vorschlag für die Modifizierung von § 128 Abs. 4 Satz 4 GWB gemäß dem Regierungsentwurf und die Anregung des Bundesrats übernommen wurden. Der Wille der Gesetzgebungsorgane ging insoweit ersichtlich dahin, dass in Fällen der Rücknahme oder sonstiger Erledigung des Nachprüfungsverfahrens vor einer Instanz beendenden Entscheidung nach wie vor nur die hälftige Gebühr zu entrichten sein sollte. Die Worte "hat der Antragsteller" gemäß dem Änderungsvorschlag im Regierungsentwurf wären dementsprechend wieder durch das Wort "ist" zu ersetzen gewesen. In diesem Sinne ist die gesetzliche Regelung anzuwenden (i. Erg. ebenso Summa in jurisPK-VergR § 128 GWB Rn. 36 ff.; Kompaktkommentar Vergaberecht/Hardraht, 2. Aufl., 14. Los, § 128 GWB Rn. 38 mwN in Fn. 69).

13 2. Das vorlegende Oberlandesgericht befürwortet, die Gebühren und Auslagen dem Antragsgegner aufzuerlegen, wie dies bereits die Vergabekammer entschieden hat. Dem ist beizutreten. Das Oberlandesgericht hat dazu zutreffend ausgeführt, dass sich die Billigkeitsentscheidung über die Kostentragungslast zwar grundsätzlich an dem bei summarischer Prüfung voraussichtlichen Verfahrensausgang orientiert und bei offenem Ausgang regelmäßig eine Kostenteilung naheliegen wird, dass aber nach den Umständen des Einzelfalls unter dem Gesichtspunkt der Billigkeit von diesem Schema abgewichen werden

kann. Das Oberlandesgericht hat im Ergebnis auch zu Recht angenommen, dass im Streitfall solche Umstände die Belastung des Antragsgegners mit den Gebühren und Auslagen rechtfertigen. Diese sind darin zu sehen, dass der Antragsgegner selbst sich vor der Vergabekammer darauf berufen hat, gar nicht verpflichtet gewesen zu sein, die fraglichen Rettungsdienstleistungen als Dienstleistungsauftrag im offenen Verfahren nach der VOL/A auszuschreiben, weil sie im Rahmen einer nicht dem Vergaberecht unterliegenden Dienstleistungskonzession zu erbringen gewesen wären; das Vergabeverfahren sei nur "rein vorsorglich" durchgeführt worden. Mit der Ankündigung der Ausschreibung im offenen Verfahren nach der VOL/A im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften einschließlich der Benennung der Vergabekammer als der für ein Nachprüfungsverfahren zuständigen Stelle hat der Antragsgegner jedoch zumindest den Rechtsschein eines dem Vierten Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen unterliegenden Vergabeverfahrens gesetzt und den am Auftrag Interessierten durch den von ihm gesetzten Rahmen eines üblichen Vergabeverfahrens Veranlassung gegeben, sich bei vermeintlichen Vergabeverstößen in der für solche Verfahren vorgesehenen Weise an die Vergabekammer zu wenden. An der Setzung dieses Rechtsscheins muss sich der Antragsgegner billigerweise - auch unter Kausalitätsgesichtspunkten - festhalten lassen, wenn er dem Nachprüfungsverfahren durch Aufhebung der Ausschreibung nachträglich die Grundlage entzieht.

14 V. Die Kostenentscheidung hinsichtlich des Beschwerdeverfahrens folgt aus § 78 GWB und orientiert sich am Verhältnis des gegenseitigen Obsiegens und Unterliegens unter Berücksichtigung der Höhe der Gebühren und Auslagen einerseits und der zu erstattenden Rechtsanwaltskosten anderseits nach einem Geschäftswert von 1.050.000 € (von der Vergabekammer mitgeteilten Auftragssumme).

Meier-Beck Mühlens Gröning

Grabinski Hoffmann

Vorinstanz:
OLG Naumburg, Entscheidung vom 14.04.2011 - 2 Verg 2/11 -