BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

X ZB 5/10

vom

25. Oktober 2011

in dem Vergabenachprüfungsverfahren

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

Gebührenbeschwerde in Vergabesache

GWB §§ 116, 128; GKG § 66 Abs. 8, § 68 Abs. 3

a) Die Bemessung der Gebühr für ihre Amtshandlungen liegt im pflichtgemäßen Ermessen der Vergabekammer. Auszugehen ist hierbei vom Wert des Verfahrensgegenstands, unter dem Gesichtspunkt verminderten oder erhöhten personellen bzw. sachlichen Aufwands abgewandelt werden kann.

b) Gegen die Gebührenentscheidung der Vergabekammer findet die sofortige Beschwerde statt. Die Entscheidung des Beschwerdegerichts ergeht gerichtsgebührenfrei; außergerichtliche Kosten werden nicht erstattet.

BGH, Beschluss vom 25. Oktober 2011 - X ZB 5/10 - OLG Düsseldorf

Vergabekammern des Bundes

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 25. Oktober 2011 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Meier-Beck, die Richter Gröning, Dr. Bacher und Hoffmann sowie die Richterin Schuster

beschlossen:

Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen den Gebührenbeschluss der 1. Vergabekammer des Bundes vom 9. März 2010 - VK 1-95/09 - wird zurückgewiesen.

Die Entscheidung ergeht gerichtsgebührenfrei; außergerichtliche Kosten werden nicht erstattet.

Der Gegenstandswert für das Beschwerdeverfahren wird auf 5.250 € festgesetzt.

Gründe:

1 I. Die Antragstellerin leitete unter dem 29. April 2009 bei der Vergabekammer des Bundes ein Nachprüfungsverfahren gegen die Antragsgegner ein, mit dem sie sich gegen den Abschluss eines am 27. Januar 2009 zwischen den Antragsgegnern und einem Drittunternehmen geschlossenen Mietvertrags wandte. Der Mietvertrag wurde für Teile des früheren Flughafens B. - T. mit einer Fläche von rund 71.000 m^2 über einen Zeitraum von mindestens 10 Jahren geschlossen.

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

2 Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag verworfen und die Kosten des Verfahrens der Antragstellerin auferlegt. Der Beschluss ist bestandskräftig.

3 Mit Beschluss vom 9. März 2010 hat die Vergabekammer für das Nachprüfungsverfahren eine Gebühr von 7.750 € festgesetzt.

4 Hiergegen richtet sich die sofortige Beschwerde der Antragstellerin, mit der sie eine Festsetzung der Gebühr auf 2.500 € begehrt.

5 Das Oberlandesgericht möchte der Beschwerde überwiegend stattgeben und die Kosten des Beschwerdeverfahrens zumindest überwiegend der Bundesrepublik Deutschland als Rechtsträgerin der Vergabekammer auferlegen. An einer solchen Kostenentscheidung sieht es sich jedoch durch Entscheidungen anderer Oberlandesgerichte gehindert, die in analoger Anwendung von § 66 Abs. 8 GKG von einer Kostenentscheidung absehen, und hat deshalb die Beschwerde dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vorgelegt.

6 II. Die Vorlage ist zulässig.

7 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 mit einem die Entscheidung eines anderen Obergerichts oder des Bundesgerichtshofs tragenden Rechtssatz nicht in Einklang steht (vgl. BGH, Beschluss vom 1. Dezember 2008 - X ZB 31/08, BGHZ 179, 84 - Rettungsdienstleistungen; Beschluss vom 8. Februar 2011 - X ZB 4/10, BGHZ 188, 200 - S-Bahn-Verkehr Rhein/Ruhr I). So verhält es sich hier. Das vorlegende Oberlandesgericht möchte die Kosten einer erfolgreichen sofortigen Beschwerde gegen die nach § 128 Abs. 1 GWB erfolgte Festsetzung der Gebühren und Auslagen der Vergabekammer oder der Bundesrepublik Deutschland auferlegen und würde

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

seiner Entscheidung damit einen Rechtssatz zugrunde legen, der jedenfalls mit demjenigen nicht in Einklang stünde, den die Oberlandesgerichte Hamburg (Beschluss vom 3. November 2008 - 1 Verg 3/08), Naumburg (Beschluss vom 25. Februar 2010 - 1 Verg 14/09) und Koblenz (Beschluss vom 16. Februar 2006 - 1 Verg 2/06) in Fällen der vorliegenden Art anwenden, weil sie das Beschwerdeverfahren in entsprechender Anwendung von § 66 Abs. 8 GKG für gebührenfrei erachten und eine Kostenerstattung nicht aussprechen.

8 III. Die sofortige Beschwerde ist statthaft und auch sonst zulässig.

9 Nach § 116 GWB ist die sofortige Beschwerde gegen Entscheidungen der Vergabekammer statthaft. Dazu gehören auch Kostenentscheidungen, mit denen die Vergabekammer Gebühren und Auslagen nach § 128 Abs. 1 GWB festgesetzt hat (Dicks in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 116 GWB Rn. 2 mit Fn. 4, 4. Spiegelstrich und weiteren Nachweisen dort). Dieses Ergebnis entspricht dem Verweis in § 128 Abs. 1 GWB auf das Verwaltungskostengesetz. Gemäß § 22 Abs. 1 VwKostG kann die Kostenentscheidung zusammen mit der Sachentscheidung oder selbständig angefochten werden. Auch danach wäre für eine selbständige Anfechtung der Kostenentscheidung und der Gebührenfestsetzung der gleiche Rechtsbehelf gegeben wie für die Anfechtung einer Entscheidung in der Hauptsache, mithin die sofortige Beschwerde gemäß § 116 GWB.

10 IV. Die sofortige Beschwerde ist unbegründet.

11 1. Gemäß § 128 Abs. 1 GWB erhebt die Vergabekammer Kosten (Gebühren und Auslagen) zur Deckung des Verwaltungsaufwandes im Nachprüfungsverfahren, mit denen die Beteiligten nach Maßgabe von § 128 Abs. 3 GWB belastet werden.

12 Die Entscheidung über den Gebührenansatz liegt gemäß § 128 Abs. 2 GWB im pflichtgemäßen Ermessen der Vergabekammer. Auf die Beschwerde wird die Gebührenentscheidung nur auf Ermessensfehler hin überprüft (vgl. OLG Koblenz, Beschluss vom 16. Februar 2006 - 1 Verg 2/06; OLGR Brandenburg 2008, 1011 unter II 2 a; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25. April 2000 - Kart 2/00, unter III 1 b zu § 80 GWB).

13 2. Die Überprüfung deckt keine Bemessungsfehler zum Nachteil der Beschwerdeführerin auf.

14 a) Die Höhe der Gebühr für das Verfahren vor der Vergabekammer ist unter Berücksichtigung ihres Aufwands und der wirtschaftlichen Bedeutung der Sache zu bestimmen (vgl. § 128 Abs. 1, 2 GWB; § 3 Satz 1 VwKostG), wobei, ebenso wie für die Gebühr gemäß § 80 Abs. 2 GWB für das Verfahren vor den Kartellbehörden, vom Wert des Verfahrensgegenstandes auszugehen ist (vgl. OLG Hamburg, Beschluss vom 3. November 2008 - 1 Verg 3/08, juris; zu § 80 GWB: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25. April 2000 - Kart 2/00, juris, unter III 1 c cc). Für beide Vorschriften gilt, dass nicht auf den im Einzelfall entstandenen personellen und sachlichen Aufwand abzustellen ist. Vielmehr soll entsprechend dem in den § 128 Abs. 2, § 80 Abs. 2 GWB zum Ausdruck kommenden Kostendeckungsprinzip die Gesamtheit der in einem bestimmten Zeitabschnitt für die Art der Behördenleistung erhobenen Gebühren den in diesem Zeitabschnitt anfallenden personellen und sachlichen Verwaltungsaufwendungen entsprechen. Im Rahmen dieser Beschränkung kommt es allerdings insoweit auf die Wahrung des Äquivalenzprinzips an, als die Verwaltungsgebühr auch im Einzelfall in einem angemessenen Verhältnis zum Wert der damit bezahlten Behördenleistung, also der wirtschaftlichen Bedeutung des Verfahrensgegenstandes stehen muss (vgl. BVerwGE 12, 162, 165 f. unter 6; OLG Düsseldorf, Beschl. vom 25. April 2000 - Kart 2/00, juris, unter III 1 c aa+bb). Dabei liegt solchen wertabhängigen Gebühren die Erfahrung zugrunde, dass der Auf-

wand der Behörde tendenziell steigt, je gewichtiger die wirtschaftliche Bedeutung der Angelegenheit ist. Wenn der personelle und sachliche Aufwand im Einzelfall außer Verhältnis zum Wert des Verfahrensgegenstandes steht, so dass eine Korrektur geboten erscheint, ist auch der konkrete Aufwand im Einzelfall bei der Gebührenbemessung zu berücksichtigen (vgl. OLG Düsseldorf aaO, unter III 1 c cc+dd).

15 Diesen Grundsätzen trägt die Praxis der Vergabekammern des Bundes Rechnung, indem dem Wert des ausgeschriebenen Auftrags gestaffelt Gebührenbeträge zugeordnet werden, die unter dem Gesichtspunkt verminderten oder erhöhten personellen bzw. sachlichen Aufwands abgewandelt werden können (vgl. zur Gebührenbemessung Brauer in: Kulartz/Kus/Portz, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 2. Aufl. § 128 Rn. 5 ff.).

16 b) Die Vergabekammer hat zur Begründung der Gebührenfestsetzung ausgeführt, mangels eines von der Antragstellerin abgegebenen Angebots könne das mit dem Nachprüfungsantrag verfolgte Interesse nur geschätzt werden. Dieses sei auf die Nutzung und den Betrieb der Gebäudeflächen im Flughafen B. -T. gerichtet sowie auf die Unwirksamkeit des bereits abgeschlossenen Mietvertrages. Unter Zugrundelegung der von der Antragstellerin geschätzten Mietkonditionen ergebe sich daraus ein Auftragswert, dem eine Gebühr von 7.750 € zuzuordnen sei. Gründe für eine Herabsetzung oder eine Erhöhung der Gebühr lägen nicht vor.

17 c) Die dagegen gerichteten Angriffe der sofortigen Beschwerde bleiben im Ergebnis ohne Erfolg.

18 aa) In Nachprüfungsverfahren, die eine De-facto-Vergabe betreffen und für die es deshalb regelmäßig an einem konkreten Angebot des Antragstellers fehlt, ist der Wert des Verfahrensgegenstandes grundsätzlich nach dessen Interesse am Ausgang des Verfahrens zu bemessen, welches entsprechend

§ 3 VgV geschätzt werden kann. Dies gilt insbesondere, wenn sich der Antragsteller um eine dem Vertragsgegenstand der Art nach gleiche oder ähnliche Leistung bewerben, hiervon aber nur Teillose anbieten möchte (vgl. BGH, Beschluss vom 19. Juli 2011 - X ZB 4/10 - S-Bahn-Verkehr Rhein/Ruhr II).

19 bb) Mit dem Abstellen auf den Wert des zwischen den Antragsgegnern und der Beigeladenen geschlossenen Vertrags hat die Vergabekammer das ihr zustehende Ermessen gleichwohl nicht überschritten.

20 Die Antragsgegner vermieteten der Beigeladenen für mindestens 10 Jahre Gebäudeflächen des Flughafens T. gegen Miete zum Zweck der Durchführung von zwei Modemessen pro Jahr. Der Mietvertrag besteht dem Mietzweck entsprechend aus mehreren Kurzzeitvermietungen. Die Antragsgegner verpflichteten sich zudem zu einer Reihe von Baumaßnahmen an der Mietsache. Dass die Beschwerdeführerin diesen geschlossenen Vertrag - nach der bestandskräftigen Entscheidung der Vergabekammer zu Unrecht - als eine De-facto-Vergabe angegriffen hat, zwingt nicht - wozu das vorlegende Oberlandesgericht tendiert - dazu, bei der Wertbemessung nur das zu berücksichtigen, was dem Vertrag nach den erfolglos gebliebenen Angriffen der Beschwerdeführerin überhaupt erst das Gepräge eines öffentlichen Auftrags (Dienstleistungsauftrags) verliehen haben soll, nämlich die Beschaffung von Projektentwicklungs- und Maklerleistungen sowie den Betrieb einer Modemesse als "Gegenleistung" für eine günstige Miete bei gleichzeitiger Verpflichtung der Beschwerdegegnerinnen zu baulichen Investitionen, die im Wesentlichen auf den Messebetrieb der Beigeladenen zugeschnitten gewesen seien. Denn wenn ein geschlossener Vertrag von vornherein keinen in den Anwendungsbereich des Vierten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen fallenden Gegenstand hat, ist es nicht geboten, für die Wertbemessung isoliert auf die Elemente abzustellen, auf die sich der Antragsteller im Nachprüfungsverfahren für eine solche Bewertung gestützt hat.

21 Das Interesse der Antragstellerin war nicht auf Teile des mit der Beigeladenen abgeschlossenen Vertrags, sondern auf eine Anmietung der im Wesentlichen gleichen Gebäudeflächen durch den Abschluss eines ganzjährigen dauerhaften Mietvertrages über mehrere Jahre hinweg gerichtet. Selbst wenn insoweit nur ein Zeitraum von wenigen Jahren zu berücksichtigen wäre, würde diese Mietzeit insgesamt deutlich über diejenige hinausgehen, für die die Beigeladene das Mietobjekt zweimal im Jahr kurzzeitig für ihre Modemessen in dem von der Antragstellerin geltend gemachten 10 Jahreszeitraum gemietet hat. Auch unter Berücksichtigung einer Erhöhung der Miete für kurzzeitige Mietzeiträume im Vergleich mit solchen für langfristige Mietverträge durfte die Vergabekammer deshalb die von der Beigeladenen in dem abgeschlossenen Vertrag eingegangene Zahlungsverpflichtung als einen konkreten Anhaltspunkt für die Bemessung des Werts des Verfahrensgegenstands in dem Sinne heranziehen, dass der Wert des Interesses der Antragstellerin an einer dauerhaften Nutzung jedenfalls nicht unter diesem Wert liegt. Die Bemessung der Verfahrensgebühr auf der Grundlage dieses Anhaltspunkts stellt daher keine Ermessensüberschreitung zu Lasten der Antragstellerin dar.

22 IV. Diese Entscheidung ergeht gerichtsgebührenfrei; außergerichtliche Kosten werden nicht erstattet.

23 Mangels positiver Regelung im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der - auch im Streitfall anzuwendenden - bis zum 24. April 2009 geltenden Fassung ist über die Kosten des Beschwerdeverfahrens in Vergabenachprüfungssachen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs grundsätzlich in analoger Anwendung der §§ 91 ff. ZPO zu entscheiden (BGH, Beschluss vom 19. Dezember 2000 - X ZB 14/00, BGHZ 146, 202, 216). Diese auf ein kontradiktorisches Streitverfahren zugeschnittenen Bestimmungen eignen sich indessen nicht für ein Beschwerdeverfahren, das wie im Streitfall die Höhe der Gebühren betrifft, die die erstinstanzlich wie ein Gericht entscheidende Stel-

le für ihr Tätigwerden festgesetzt hat. Eine analoge Anwendung dieser Bestimmungen entspräche nicht den für vergleichbare Konflikte in gerichtlichen Verfahren vorgesehenen Regelungen.

24 Die Gebührenfestsetzung nach § 128 Abs. 1 GWB wirkt sich wirtschaftlich für den betroffenen Beteiligten wie eine Streitwertfestsetzung aus, nach der sich die Höhe der Gerichtsgebühren bestimmt. Wird gegen die Festsetzung des Streitwerts Beschwerde eingelegt, sind die Verfahren gebührenfrei und Kosten nicht zu erstatten (§ 68 Abs. 3 GKG). Das Gleiche gilt für Erinnerungen und Beschwerden gegen den Kostenansatz (§ 66 Abs. 8 GKG). Daher erscheint die von den Oberlandesgerichten Koblenz und Naumburg und dem Hanseatischen Oberlandesgericht Hamburg befürwortete analoge Anwendung dieser Regelungen auf eine sofortige Beschwerde, mit der die Gebührenfestsetzung bekämpft wird, sachgerecht. Sie verbietet sich demgegenüber auch nicht deshalb, weil nur das Beschwerdegericht, nicht aber auch die Vergabekammer Gericht im Sinne von Art. 92 GG ist. Denn die Vergabekammer erlässt in grundsätzlich kontradiktorisch ausgetragenen Verfahren streitentscheidende Verwaltungsakte, die funktional gerichtlichen Entscheidungen entsprechen und auch wie solche - vor einem Rechtsmittelgericht - anzufechten sind. Auch dass § 128 GWB die Anwendung des Verwaltungskostengesetzes vorsieht und § 22 Abs. 2 VwKostG bestimmt, dass das Rechtsbehelfsverfahren bei der selbständigen Anfechtung einer Kostenentscheidung kostenrechtlich als selbständiges Verfahren zu behandeln ist, gebietet nicht eine Auslegung, derzufolge der erfolglose Beschwerdeführer in einem gegen die Gebührenfestsetzung gerichteten Beschwerdeverfahren Gerichtsgebühren entrichten und gegebenenfalls die außergerichtlichen Kosten anderer Beteiligter übernehmen müsste. Denn die in § 22 Abs. 2 VwKostG angesprochene kostenrechtliche Selbstständigkeit bezieht sich auf Rechtsbehelfsverfahren, also auf Fälle, in denen die in einem Verwaltungsakt enthaltene Kosten(grund)entscheidung (isoliert) im Wider-

spruchsverfahren angefochten wird. Das präjudiziert nicht die hier zu beantwortende Frage, ob in einem danach angestrengten gerichtlichen Verfahren zur Überprüfung der Gebührenfestsetzung durch die einer Widerspruchsbehörde ähnelnden, aber streitentscheidende Verwaltungsakte erlassenden Vergabekammer Gerichtsgebühren entstehen und der im Beschwerdeverfahren unterliegenden Seite aufzubürden sind. Auch aus dem Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 23. September 2008 (X ZB 19/07, VergabeR 2009, 39 - Geschäftsgebühr im Nachprüfungsverfahren) ergibt sich Solches nicht. Diese Entscheidung befasst sich nur mit einem speziellen Aspekt der Erstattung von Anwaltsgebühren.

Meier-Beck Gröning Bacher

Hoffmann Schuster

Vorinstanz:
OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 12.07.2010 - VII-Verg 17/10 -