

BUNDESSOZIALGERICHT



Beschluss in dem Rechtsstreit

Az: B 3 KR 7/09 S

17 Verg 2/08 (OLG Rostock)

.....,

Antragstellerin,

Prozessbevollmächtigte:

.....,

g e g e n

AOK Mecklenburg-Vorpommern - Die Gesundheitskasse,
Am Grünen Tal 50, 19063 Schwerin,

Antragsgegnerin und Beschwerdeführerin,

Prozessbevollmächtigte:

.....,

beigeladen:

.....,

Prozessbevollmächtigte:

.....

Der 3. Senat des Bundessozialgerichts hat am 8. April 2010 durch den
Vorsitzenden Richter Dr. H a m b ü c h e n sowie die Richter S c h r i e v e r
und Dr. S c h ü t z e
beschlossen:

Die Gegenvorstellung der Antragsgegnerin gegen die Festsetzung des Streitwerts für
das Beschwerdeverfahren auf 80.000 Euro gibt keine Veranlassung, den Beschluss vom
22. April 2009 zu ändern.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



Kosten dieses Verfahrens sind nicht zu erstatten.

G r ü n d e :

- 1 Der erkennende Senat hat den Streitwert für das vergaberechtliche Beschwerdeverfahren B 3 KR 2/09 D über die von der Antragsgegnerin ausgeschriebene Versorgung ihrer Versicherten in Mecklenburg-Vorpommern mit Elektrostimulationsgeräten nach § 50 Abs 2 Gerichtskostengesetz (GKG) auf 80.000 Euro festgesetzt (Beschluss vom 22.4.2009, RdNr 37). Nach dieser Vorschrift beträgt der Streitwert in Verfahren über die Beschwerde gegen eine Entscheidung der Vergabekammer (§ 116 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen <GWB>) 5 % der Bruttoauftragssumme. Die Auftragssumme war hier von der Antragsgegnerin, bezogen auf die zweijährige Laufzeit der ausgeschriebenen Versorgung, mit netto 1,6 Millionen Euro veranschlagt worden. Für die gleichzeitig ausgeschriebene Verlängerungsoption von zweimal einem Jahr hatte sie keinen zusätzlichen Auftragswert angegeben.
- 2 Gegen die Streitwertfestsetzung wendet sich die Antragsgegnerin mit ihrer Beschwerde vom 4.12.2009. Sie beantragt, den Streitwert für das Beschwerdeverfahren auf 190.400 Euro festzusetzen. Wegen der Verlängerungsoption sei der Nettoauftragswert von 1,6 Millionen Euro zu verdoppeln. Auf den Wert von 3,2 Millionen Euro entfielen 19 % Mehrwertsteuer, so dass sich eine Bruttoauftragssumme von 3.808.000 Euro ergebe. 5 % davon seien als Streitwert nach § 50 Abs 2 GKG anzusetzen, was einem Betrag von 190.400 Euro entspreche.
- 3 Dem Neufestsetzungsantrag konnte nicht stattgegeben werden.
- 4 1. Als Beschwerde wäre die Eingabe der Antragsgegnerin vom 4.12.2009 unstatthaft, weil dieses Rechtsmittel bei der Festsetzung des Streitwerts durch ein oberstes Bundesgericht nicht vorgesehen ist. Dies folgt für vor dem Bundessozialgericht (BSG) betriebene Verfahren aus § 177 SGG. Die Beschwerde kann jedoch in solchen Fällen als Gegenvorstellung ausgelegt werden (vgl. *Hartmann, Kostengesetze*, 39. Aufl 2009, § 68 GKG RdNr 23, 38; *BVerfG NJW* 2002, 3387), wenn sich aus den Ausführungen des Beschwerdeführers ein entsprechender Wille entnehmen lässt. Das ist hier der Fall.
- 5 2. Die Gegenvorstellung ist fristgerecht erhoben worden. Die für Beschwerden gegen Streitwertfestsetzungen vorgesehene - und für die Gegenvorstellung ebenfalls geltende (*Hartmann, aaO*, § 68 GKG RdNr 27, 28) - Frist von sechs Monaten gemäß § 68 Abs 1 Satz 3 iVm § 63 Abs 3 Satz 2 GKG ist hier gewahrt worden. Sie begann mit der am 4.6.2009 erfolgten Zustellung des ohne mündliche Verhandlung erlassenen Beschlusses vom 22.4.2009 und endete am 4.12.2009. An diesem Tage ist die Beschwerde beim BSG eingegangen.



- 6 3. Die Gegenvorstellung ist aber bereits unzulässig. Nach dem Schriftsatz vom 4.12.2009 ist sie ausdrücklich "namens und in Vollmacht der Antragsgegnerin" erhoben worden. Die Prozessbevollmächtigten der Antragsgegnerin haben somit nicht selbst und aus eigenem Recht Gegenvorstellung erhoben, was nach § 32 Abs 2 Rechtsanwaltsvergütungsgesetz (RVG) möglich gewesen wäre. Die nicht nur für Beschwerden, sondern auch für Gegenvorstellungen notwendige Beschwer (*Hartmann, aaO, § 68 GKG RdNr 5, 24*) liegt nur dann bei einem Verfahrensbeteiligten (§§ 69, 70 SGG) selbst, wenn für die letzte Instanz eine Herabsetzung des festgesetzten Streitwerts erstrebt wird, weil sich dann die Kostenlast verringert. Geht es hingegen - wie hier - um das Begehren einer Streitwerterhöhung, liegt die Beschwer nur bei dem Prozessbevollmächtigten, dessen Interesse an einer höheren Vergütung durch § 32 Abs 2 RVG gesichert wird.
- 7 4. Selbst wenn unterstellt würde, die Gegenvorstellung sei auch durch den Prozessbevollmächtigten der Antragsgegnerin im eigenen Namen erhoben worden, würde sich im Ergebnis nichts ändern. Auch in diesem Fall gäbe die Gegenvorstellung keinen Anlass, den Streitwertbeschluss vom 22.4.2009 zu ändern, weil der Wert von 80.000 Euro zutreffend ist.
- 8 a) Das in der Ausschreibung vom 30.11.2007 genannte Netto-Auftragsvolumen von 1,6 Millionen Euro entspricht zwar, unter Hinzurechnung von 19 % Mehrwertsteuer (304.000 Euro), einer Bruttoauftragssumme von rund 1,9 Millionen Euro. Da aber die Antragstellerin ein außerordentlich "günstiges", von realistischen Preisen bei der Folgeversorgung gravierend abweichendes Angebot unterbreitet hatte, erschien es angemessen, einen Abschlag von rund 20 % vorzunehmen und dementsprechend von einem Bruttoangebotsvolumen der Antragstellerin von maximal 1,6 Millionen Euro auszugehen. Maßgebend ist nämlich der Betrag, für den der Antragsteller den Auftrag erhalten will, solange dieser - wie hier - noch nicht erteilt worden ist (*vgl Wiese in: Kulartz/Kus/Portz, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 2. Aufl 2009, § 128 GWB RdNr 56 mwN*). Die Schätzung der ausschreibenden Stelle kann nur maßgeblich sein, wenn der Antragsteller noch gar kein mit Preisen versehenes Angebot abgegeben hat (*vgl Wiese, aaO*).
- 9 b) Die Verlängerungsoption wirkt im vorliegenden Fall nicht streitwerterhöhend. Eine Verlängerungsoption kann nur dann den Streitwert erhöhen, wenn sie dem Bieter zusteht (*vgl Wiese, aaO, RdNr 60*), nicht aber, wenn sie dem Auftraggeber eingeräumt ist, weil es dann nicht in der Verfügungsmacht des Bieters steht, das Auftragsvolumen zu bestimmen und es somit völlig ungewiss ist, ob sich die ursprüngliche "Bruttoauftragssumme" (§ 50 Abs 2 GKG) jemals durch Vertragsverlängerung erhöhen wird. Hier stand die Verlängerungsoption allein der Antragsgegnerin als Auftraggeberin zu.



- 10 5. Die Kostenentscheidung beruht auf der entsprechenden Anwendung des § 68 Abs 3 GKG. Danach ist das Verfahren gebührenfrei (*vgl auch Hartmann, aaO, § 68 GKG RdNr 28 am Ende*), und außergerichtliche Kosten sind nicht zu erstatten.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)