

Gericht:	Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht Vergabesenat
Entscheidungsdatum:	28.03.2022
Aktenzeichen:	54 Verg 1/22
ECLI:	ECLI:DE:OLGSH:2022:0328.54VERG1.22.00
Dokumenttyp:	Beschluss
Quelle:	
Normen:	§ 107 Abs 1 Nr 4 GWB, § 182 Abs 3 GWB, § 182 Abs 4 GWB, § 107 Abs 1 Nr 4 GWB, § 182 Abs 3 GWB ... mehr
Zitiervorschlag:	Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 28. März 2022 - 54 Verg 1/22 -, juris

1. Zur Kostenentscheidung nach Erledigung des Nachprüfungsverfahrens bei der Vergabekammer.

2. Zur Anwendbarkeit der Bereichsausnahme nach § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB.

Verfahrensgang

vorgehend Vergabekammer Kiel, 9. Februar 2022, VK-SH 13/21

Tenor

Die sofortige Beschwerde der Antragstellerinnen gegen den Beschluss der Vergabekammer Schleswig-Holstein vom 09.02.2022, VK-SH 13/21, wird zurückgewiesen.

Die Antragstellerinnen tragen die Kosten des Beschwerdeverfahrens

Der Wert für das Beschwerdeverfahren wird auf bis zu 40.000,00 € festgesetzt.

Gründe

I.

- 1 Der Antragsgegner beabsichtigte die Vergabe von Aufgaben des Rettungsdienstes im Rahmen eines nationalen Vergabeverfahrens. Die Ausschreibung richtete sich an gemeinnützige Organisationen oder Vereinigungen. Die Antragstellerinnen griffen mit ihrem Nachprüfungsantrag in erster Linie die Wahl der Verfahrensart an. Sie machten gel tend, der Auftrag habe europaweit ausgeschrieben werden müssen. Der Antragsgegner berief sich auf die Bereichsausnahme nach § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB. Nachdem der Antragsgegner mitgeteilt hatte, dass er das Vergabeverfahren aufgehoben habe, weil er die Leistungen durch die von ihm gegründete gemeinnützige X mbH (X) durchführen lassen wolle, erklärten die Beteiligten das Verfahren übereinstimmend für erledigt.
- 2 Die Vergabekammer hat die Kosten des Verfahrens gegeneinander aufgehoben. Sie hat den Antragstellerinnen einen Kostenanteil von 125,00 € auferlegt und entschieden, dass sie ihre außergerichtlichen Kosten selbst tragen müssten. Zur Begründung hat sie im Wesentlichen ausgeführt, nach summarischer Prüfung spreche einiges dafür, dass der Nachprüfungsantrag wegen Unzulässigkeit erfolglos geblieben wäre. Sie sei wohl unzu-

- ständig gewesen, weil wegen Eingreifens der Bereichsausnahme nach § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB der 4. Teil des GWB nicht anwendbar gewesen sei. Der Auftrag habe Dienstleistungen zur Gefahrenabwehr betroffen. Er habe sich an gemeinnützige Organisationen oder Vereinigungen gerichtet. Nach § 5 Abs. 1 S. 3 SHRDG seien das solche, die die Voraussetzungen des § 52 AO erfüllten. Die Vorschrift des § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB sei europarechtskonform auszulegen. Sie sei nur europarechtswidrig, soweit sie bei der Nennung gemeinnütziger Organisationen im 2. Halbsatz nicht sicherstelle, dass nur solche ohne Gewinnerzielungsabsicht erfasst würden.
- 3 Andererseits sei zu würdigen, dass der Antragsgegner sich zur Aufhebung des Verfahrens entschlossen habe, um die Dienstleistung selbst durch die HLR zu erbringen. Er habe sich dadurch einer nicht bloß summarischen Prüfung der durch den Nachprüfungsantrag aufgeworfenen Rechtsfragen entzogen.
- 4 Zur Begründung ihrer frist- und formgerecht eingelegten und begründeten sofortigen Beschwerde führen die Antragstellerinnen im Wesentlichen aus, nach billigem Ermessen habe der Antragsgegner die Kosten zu tragen, weil er sich durch die Abhilfeentscheidung freiwillig in die Rolle des Untergebenen begeben habe. Bei einfacher Sach- und Rechtslage komme es auf den prognostizierten Verfahrensausgang an. Unter dem Gesichtspunkt der Billigkeit sei im Einzelfall davon abzuweichen, etwa, wenn der Auftraggeber der Rüge doch noch abhelfe. Der Antragsgegner habe dem Nachprüfungsverfahren die Grundlage entzogen, indem er das Vergabeverfahren aufgehoben habe. Sie hätten damit ihr Ziel erreicht, dass das ohne ihre Beteiligung begonnene Vergabeverfahren nicht mit einem Zuschlag an eine anerkannte Hilfsorganisation beendet worden sei. Das sei für sie kein Zufallsgewinn, weil der Antragsgegner aus opportunistischen Gründen der Klärung der Rechtsfragen aus dem Weg gegangen sei.
- 5 Zudem sei zu berücksichtigen, dass die Ausschreibung zu früh erfolgt sei. Der Antragsgegner sei zum Zeitpunkt der Ausschreibung noch mit der Planung seines Vorgehens befasst gewesen. Noch nach Ausschreibung sei im Haupt- und Innenausschuss über die Errichtung einer AöR für die Qualitätssicherung im Rettungsdienst diskutiert worden. Durch die Ausschreibung vor endgültiger Feststellung der Beschaffungsabsicht sei gegen das vorvertragliche Vertrauensverhältnis verstoßen worden. Aus den Mitteilungen des Antragsgegners zur Begründung der Aufhebung der Ausschreibung ergebe sich, dass er lediglich seine Meinung geändert habe.
- 6 Jedenfalls sei der Nachprüfungsantrag zulässig und begründet gewesen. Die Bereichsausnahme nach § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB sei wegen Europarechtswidrigkeit nicht anzuwenden. Nach der Stellungnahme der Europäischen Kommission zur Vertragsverletzung komme es nicht darauf an, ob eine richtlinienkonforme Auslegung möglich sei. Der zweite Halbsatz sei irreführend, weil nicht sichergestellt sei, dass die dort genannten Organisationen im Sinne der Richtlinie gemeinnützig seien. Ob ein Rückgriff auf § 52 AO möglich sei, sei in der Rechtsprechung ungeklärt.
- 7 Die Antragstellerinnen beantragen,
- 8 den Beschluss der Vergabekammer Schleswig-Holstein (Az. VK-SH 13/21) vom 9. Februar 2022 teilweise aufzuheben und wie folgt abzuändern:
- 9 Ziffer 2. und 3. des Beschlusses werden dahingehend abgeändert, dass der Antragsgegner die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer zu tragen hat;

- 10 Ziffer 6. des Beschlusses wird dahingehend abgeändert, dass der Antragsgegner die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerinnen zu tragen hat, einschließlich der Kosten für die Beiziehung eines Verfahrensbevollmächtigten. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragstellerinnen wird für notwendig erklärt;
- 11 die Kosten des Beschwerdeverfahrens dem Antragsgegner aufzuerlegen.

II.

- 12 Die zulässige sofortige Beschwerde der Antragstellerinnen hat in der Sache keinen Erfolg. Die Kostenentscheidung der Vergabekammer ist nicht zu beanstanden.
- 13 1. Die Entscheidung über die sofortige Beschwerde der Antragstellerinnen kann ohne mündliche Verhandlung getroffen werden.
- 14 Entgegen §§ 175 Abs. 1, 65 Abs. 1 GWB kann ohne mündliche Verhandlung entschieden werden, wenn nicht die Entscheidung in der Hauptsache betroffen ist. So kann bei sofortigen Beschwerden gegen Nebenentscheidungen der Vergabekammer, etwa die Kostenentscheidung, im schriftlichen Verfahren entschieden werden (OLG Brandenburg, Beschluss vom 03.01.2019, 19 Verg 5/18, Rn. 12 bei juris; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.07.2018, Verg 61/17, Rn. 14 bei juris; OLG München, Beschluss vom 29.06.2005, Verg 10/05, Rn. 8 bei juris; OLG Jena, Beschluss vom 04.04.2003, 6 Verg 4/03, Rn. 8 bei juris; Wiese in: Röwekamp/Kus/ Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, 5. Aufl., § 175, Rn. 12; Frister in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl., § 175 GWB, Rn. 5; Wilke in: MKVergabeR I, 2. Aufl., § 175 GWB, Rn. 18; Vavra in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl., § 175 GWB, Rn. 10).
- 15 2. Die sofortige Beschwerde ist zulässig. Sie ist insbesondere statthaft. Die Kostenentscheidung der Vergabekammer kann isoliert angegriffen werden (BGH, Beschluss vom 25.10.2011, X ZB 5/10, Rn. 9 bei juris; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.07.2018, Verg 61/17, Rn. 14 bei juris; OLG München, Beschluss vom 29.06.2005, Verg 10/05, Rn. 8 bei juris; OLG Jena, Beschluss vom 04.04.2003, 6 Verg 4/03, Rn. 8 bei juris).
- 16 3. Die sofortige Beschwerde ist nicht begründet. Die Antragstellerinnen zeigen keine Ermessensfehler der Entscheidung der Vergabekammer auf. Das Ermessen der Vergabekammer bei der Kostenentscheidung nach Billigkeit ist durch die Beschwerdeinstanz nur eingeschränkt auf Ermessensfehler zu überprüfen (OLG München, Beschluss vom 10.04.2019, Verg 8/18, Rn. 37 bei juris).
- 17 a) Nach § 182 Abs. 3 S. 5, Abs. 4 S. 3 GWB sind die Verfahrenskosten und die zur Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen nach billigem Ermessen zu verteilen, wenn sich das Nachprüfungsverfahren vor einer Entscheidung erledigt hat. Maßgebend ist dabei in der Regel der prognostizierbare Verfahrensausgang, wobei die Sach- und Rechtslage summarisch zu prüfen ist. Die Kostenentscheidung dient nicht der Entscheidung schwieriger Rechtsfragen. Ist der Verfahrensausgang offen, ist eine Kostenaufhebung angezeigt (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 24.01.2019, Verg 30/18, Rn. 43 bei juris; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.02.2018, Verg 55/17, Rn. 24 bei juris).
- 18 In Ausnahmefällen kann die Kostenverteilung anders erfolgen, etwa wenn der Auftraggeber nach Einleitung des Nachprüfungsverfahrens der Rüge des Antragstellers doch noch

- abhilft (OLG München, Beschluss vom 02.05.2019, Verg 5/19, Rn. 35 bei juris; OLG München, Beschluss vom 10.04.2019, Verg 8/18, Rn. 41 bei juris; VK Berlin, Beschluss vom 12.05.2021, VK - B 2 - 57/20, Rn. 12 f. bei juris; von Werder in: MKWettbR, 4 Aufl., § 182 GWB, Rn. 10; Krohn in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl., § 182 GWB, Rn. 30, 39).
- 19 b) Die Vergabekammer hat danach bei der Kostenentscheidung zu Recht berücksichtigt, welcher der Beteiligten bei summarischer Prüfung der Sach- und Rechtslage unterlegen wäre. Nicht zu beanstanden ist die Annahme, dass die Antragstellerinnen voraussichtlich unterlegen wären, weil der Nachprüfungsantrag unzulässig war.
- 20 Die Ausschreibung wandte sich ausschließlich an gemeinnützige Organisationen und Vereinigungen nach § 107 Abs. 2 Nr. 4 GWB. Durch die Bezugnahme auf § 5 Abs. 1 SHR-DG war klargestellt, dass darunter solche Organisationen und Vereinigungen zu verstehen sein sollten, die die Voraussetzungen des § 52 AO erfüllten.
- 21 Der vierte Teil des GWB einschließlich der Regelungen über den Rechtsschutz dürfte so wegen des Eingreifens der Bereichsausnahme nach § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB unanwendbar sein. Danach sind Dienstleistungen unter anderem der Gefahrenabwehr, die von gemeinnützigen Organisationen oder Vereinigungen erbracht werden, ausgenommen. Diese Vorschrift stimmt, mit Ausnahme des 2. Halbsatzes, mit der Vorschrift des Art. 10 lit. h der Richtlinie 2014/24/EU überein. Unter den Begriff der Dienstleistungen der Gefahrenabwehr fallen unter anderem Rettungsdienstleistungen (EuGH, Urteil vom 21.03.2019, C-465/17, Rn. 28 ff. bei juris).
- 22 Fraglich ist nur, wie der Begriff der gemeinnützigen Organisation oder Vereinigung auszulegen ist. Nach der Entscheidung des EuGH in einem Vorabentscheidungsverfahren ist die fehlende Gewinnerzielungsabsicht entscheidend. Gemeinnützige Organisationen oder Vereinigungen sind solche, deren Ziel in der Erfüllung sozialer Aufgaben besteht, die nicht erwerbswirtschaftlich tätig sind und die etwaige Gewinne reinvestieren, um das Ziel der Organisation oder Vereinigung zu erreichen. Die Vorschrift des § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB ist gemeinschaftsrechtswidrig, soweit durch den zweiten Halbsatz nicht sichergestellt ist, dass Organisationen ohne Gewinnerzielungsabsicht gemeint sind. Es ist Sache des nationalen Gerichts zu prüfen, ob eine richtlinienkonforme Auslegung in Verbindung mit § 52 AO infrage kommt (EuGH, Urteil vom 21.03.2019, C-465/17, Rn. 52 ff. bei juris).
- 23 Eine solche richtlinienkonforme Auslegung ist in der Folgezeit für möglich gehalten worden, weil der EuGH gegen die Anwendung des 1. Halbsatzes keine Bedenken gehabt habe (OLG Hamburg, Beschluss vom 16.04.2020, 1 Verg 2/20, Rn. 64 f. bei juris; OLG München, Beschluss vom 21.10.2019, Verg 13/19, Rn. 37 ff. bei juris; Vergabekammer Hamburg, Beschluss vom 12.02.2020, VgK FB 1/20, Rn. 35 ff. bei juris; Friton/Wolf in: BeckOK Vergaberecht, 23. Ed., § 107 GWB, Rn. 39; grundsätzlich für eine Anwendbarkeit auch OLG Celle, Beschluss vom 25.06.2019, 13 Verg 4/19, Rn. 17 bei juris; Wende in: MKWettbR, 4. Aufl., § 107 GWB, Rn. 24).
- 24 Nach Auffassung des Senats dürfte eine richtlinienkonforme Auslegung der Vorschrift angezeigt sein. Die Europarechtswidrigkeit des zweiten Halbsatzes zwingt nicht dazu, die im Übrigen der Richtlinie entsprechende Vorschrift nicht anzuwenden. Eine solche Konsequenz hat der EuGH gerade nicht gezogen, sondern eine richtlinienkonforme Ausle-

- gung für möglich gehalten. Der Rückgriff auf § 52 AO, wie er in § 5 Abs. 1 SHRDG vorgesehen ist, stellt sicher, dass Organisationen ohne Erwerbsinteresse erfasst werden.
- 25 Auch das Vertragsverletzungsverfahren der Europäischen Kommission steht der richtlinienkonformen Auslegung nicht grundsätzlich entgegen. Es richtet sich nicht gegen die gesamte Regelung, sondern nur gegen die Definition der gemeinnützigen Organisationen. Die Europäische Kommission hält eine richtlinienkonforme Auslegung für nicht ausreichend, weil Interessenten durch die im zweiten Halbsatz genannten Beispiele irreführt werden und auf eine Teilnahme an einer Ausschreibung verzichten könnten (mit Gründen versehene Stellungnahme, S. 4 f., Bl. 13 f. d. A.). Abgesehen davon, dass die Aufzählung im zweiten Halbsatz nicht abschließend ist, besteht die Gefahr einer Irreführung jedenfalls dann nicht, wenn durch die Nennung weiterer Vorschriften klargestellt wird, welche gemeinnützigen Organisationen angesprochen werden sollen. Das ist hier durch die Nennung des § 5 Abs. 1 SHRDG der Fall.
- 26 Die weiteren Bedenken der Europäischen Kommission, ausländische Bewerber könnten ausgeschlossen werden, weil die Voraussetzungen, um als gemeinnützig anerkannt zu werden, im deutschen Steuerrecht festgelegt und daher nur auf Organisationen anwendbar seien, die dem deutschen Steuerrecht unterliegen (mit Gründen versehene Stellungnahme, S. 3, Bl. 12R d. A.), greifen ebenfalls nicht durch. Denn durch die richtlinienkonforme Auslegung unter Bezug auf § 52 AO wird nur auf die Definition der Gemeinnützigkeit zurückgegriffen. Es ist nicht notwendig, dass die Bewerber in Deutschland als gemeinnützig anerkannt sind. So wird in § 5 Abs. 1 SHRDG nur formuliert, dass die Organisationen die Voraussetzungen des § 52 AO erfüllen müssen.
- 27 Zumindest wäre der Ausgang des Verfahrens offen gewesen. Auch dann wären die Kosten gegeneinander aufzuheben gewesen.
- 28 c) Eine Ausnahme von der Maßgeblichkeit des voraussichtlichen Verfahrensausgangs greift nicht ein, weil sich der Antragsgegner durch die Aufhebung des Vergabeverfahrens nicht freiwillig in die Rolle des Unterlegenen begeben hat. Weder hat er der Rüge der Antragstellerinnen abgeholfen noch haben diese ihr Rechtsschutzziel erreicht.
- 29 Eine Aufhebung des Vergabeverfahrens nach Einleitung des Nachprüfungsverfahrens ist für die Kostenverteilung nach billigem Ermessen nicht erheblich, wenn der Auftraggeber seinen Rechtsstandpunkt nicht aufgegeben hat (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.02.2018, Verg 55/17, Rn. 27 bei juris). Das ist hier der Fall.
- 30 Der Antragsgegner hat das Vergabeverfahren nicht aufgehoben, um die von den Antragstellerinnen erstrebte europaweite Ausschreibung durchzuführen, sondern um den Auftrag an eine von ihm gegründete Gesellschaft zu vergeben. Die Antragstellerinnen haben dadurch ihr Ziel, sich an einer auch an gewerbliche Unternehmen gerichteten Ausschreibung beteiligen zu können, nicht erreicht. Mit dem Ziel, die Beauftragung einer anerkannten Hilfsorganisation zu verhindern, hätten sie keinen zulässigen Nachprüfungsantrag stellen können. Es hätte dann nämlich an der Darlegung eines möglichen eigenen Schadens im Sinne des § 160 Abs. 2 S. 2 GWB gefehlt.
- 31 d) Ein etwaiges schuldhaftes Verhalten des Antragsgegners führt weder aus Gründen der Billigkeit noch nach § 182 Abs. 3 S. 3 GWB zu seiner vollen Kostentragungspflicht.
- 32 Es ist bereits zweifelhaft, ob der Antragsgegner die Ausschreibung schuldhaft zu einem Zeitpunkt durchgeführt hat, als die Beschaffungsabsicht noch nicht abschließend geklärt

war. Aus der Beschlussvorlage des Haupt- und Innenausschusses vom 26.04.2021 ergibt sich nur, dass neben der Option der Ausschreibung der Leistungen auch die Option der Eigenerbringung geprüft wurde, nicht aber, dass die Entscheidung zurzeit der Ausschreibung noch nicht getroffen war. In den von den Antragstellerinnen vorgelegten Artikeln werden nachträgliche Gründe für die Aufhebung der Ausschreibung genannt. Die Antragstellerinnen äußern sich selbst widersprüchlich, da sie geltend machen, der Antragsgegner habe sich nachträglich umentschieden.

- 33 Jedenfalls ist der geltend gemachte Schaden nicht durch eine etwa verfrühte Ausschreibung verursacht worden. Denn die Antragstellerinnen durften sich nicht herausgefordert fühlen, einen voraussichtlich unzulässigen Nachprüfungsantrag zu stellen.
- 34 4. Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 175 Abs. 2, 71 S. 2 GWB.
- 35 5. Der Streitwert richtet sich nach dem Anteil der Gebühren in Höhe von 125,00 €, die den Antragstellerinnen auferlegt worden sind, und ihren Rechtsanwaltskosten, deren Ersatz sie erstreben. Insgesamt schätzt der Senat das Kosteninteresse der Antragstellerinnen auf bis zu 40.000,00 €.
- 36 Die Rechtsanwaltskosten können nicht genau bestimmt werden, weil der Gegenstandswert des Nachprüfungsverfahrens unbekannt ist. Es liegt weder eine Kostenschätzung des Antragsgegners noch ein Angebot der Antragstellerinnen vor.
- 37 Ein Anhaltspunkt für die Höhe der außergerichtlichen Kosten ist, dass die Antragstellerinnen nach einem verwaltungsgerichtlichen Verfahren im Wege des Schadensersatzes die Erstattung von Rechtsanwaltskosten in Höhe von 50.000,00 € verlangt haben (S. 7 der Antragserwiderung).
- 38 Ein weiterer Anhaltspunkt ist, dass in der von den Antragstellerinnen vorgelegten Berichterstattung (Bl. 7R d. A.) von einem Auftragswert von 60 Mio. € die Rede ist. Das würde unter Zugrundelegung von § 50 Abs. 2 GKG (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 08.02.2006, Verg 85/05, Rn. 3 bei juris) zu einem Gegenstandswert von 3.000.000,00 € führen. Eine Gebühr beläuft sich danach auf 13.439,00 € (3.539,00 + 9.900,00 (50 x 198,00)). In der Regel kann wegen der Schwierigkeit der Materie eine Gebühr von 2,0 abgerechnet werden (Krohn in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl., § 182 GWB, Rn. 49). Dazu kommen 0,3 für einen weiteren Auftraggeber, sodass die Gebühr 2,3 x 13.439,00 = 30.909,70 € beträgt. Zuzüglich Auslagenpauschale (20,00 €) und Umsatzsteuer (5.876,64 €) ergeben sich 36.806,34 €.