

Gericht: OLG Düsseldorf Vergabesenat
Entscheidungsdatum: 10.06.2026
Aktenzeichen: Verg 30/25
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2026:0610.Verg30.25.00
Dokumenttyp: Beschluss
Quelle: 

Zitiervorschlag: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10. Juni 2026 – Verg 30/25 –, juris

Tenor

Auf die sofortige Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss der ersten Vergabekammer des Bundes vom 27.06.2025, VK 1 - 48/25 BKartA, aufgehoben.

Der Antragsgegnerin wird aufgegeben, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht das streitgegenständliche Vergabeverfahren in den Stand vor der Absendung der Bekanntmachung zurückzusetzen.

Die Kosten des Nachprüfungsverfahrens vor der Vergabekammer einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin hat die Antragsgegnerin zu tragen.

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten auf Seiten der Antragstellerin wird für notwendig erklärt.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin hat die Antragsgegnerin zu tragen.

Gründe

I.

- 1 Die Antragsgegnerin schrieb mit Bekanntmachung vom ... die Vergabe von Dienstleistungen unter der Bezeichnung „Brieflaufzeitmessung im inländischen Netz des Universaldienstanbieters Post“ für die Jahre 2026 und 2027 - einschließlich Vorbereitungsmaßnahmen im Jahr 2025 - im offenen Verfahren europaweit aus (Bekanntmachungsnummer ...). Es ist eine zweimalige Verlängerungsoption um jeweils ein Jahr (Ziff. 5.1.4) vorgesehen. Zuschlagskriterien sind mit einem Gewicht von jeweils 50 % der Preis und die Qualität (Ziff. 5.1.10).
- 2 Hintergrund der Ausschreibung war, dass mit dem am 19.07.2024 in Kraft getretenen novellierten Postgesetz (PostG) die Aufgaben der Laufzeitmessungen Brief und Paket auf die Antragsgegnerin übertragen worden waren. Die Antragsgegnerin hat seither gemäß § 20 Abs. 2 PostG die Laufzeitvorgaben, die für Universaldienstleister für Briefsendungen nach § 18 Abs. 1 Nr. 1 PostG gelten, durch regelmäßige Laufzeitmessungen unter Berücksichtigung anerkannter Standards zu überprüfen. Für den Fall der Nichteinhaltung der Laufzeitvorgaben durch den Universaldienstleister droht diesem ein Bußgeld nach dem ebenfalls neu eingeführten Bußgeldtatbestand des § 111 Abs. 1 Nr. 9 PostG.

- 3 Ziff. 5.1.9 der Bekanntmachung enthält zu dem Eignungskriterium „Technische und berufliche Leistungsfähigkeit“ einen Verweis auf die „Anlage 05 - Eignungskriterien“. In dieser Anlage wird unter Ziff. 3.4 die Abgabe einer Eigenerklärung zur Unabhängigkeit des Bieters wie folgt gefordert.
- 4 **„Eigenerklärung Unabhängigkeit“**
- 5 *Hohe Anforderungen bestehen an die Unabhängigkeit des zu beauftragenden Unternehmens. Diese Anforderungen gelten auch für möglicherweise im Rahmen des Auftrags mit dem Auftragnehmer kooperierende Unternehmen bzw. Institutionen.*
- 6 *Die Glaubwürdigkeit der Messung und der Messergebnisse können nur durch eine vollständige Unabhängigkeit des Auftragnehmers (Unternehmen, das die Messung durchführt) erzielt werden. Jeglicher Anschein eines Interessenkonflikts des Auftragnehmers zur Durchführung der Brielzeitmessungen ist auszuschließen. Die Richtlinie 97/67/EG verlangt eine unabhängige Leistungskontrolle von Stellen, die nicht mit den Anbietern von Universaldienstleistungen verbunden sind (vgl. Art. 16 Abs. 4).*
- 7 *Die vollständige Unabhängigkeit des Auftragnehmers setzt zunächst „ein für die Überwachung (hier Messung) verantwortliches Organ (hier Auftragnehmer), das (der) außerhalb des überwachten Postbetreibers angesiedelt ist und zu diesem in keinem Eigentum- oder Kontrollverhältnis steht“, voraus (vgl. DIN EN 13850, F.5.2). Auftragnehmer und Universaldienstleister dürfen daher keine verbundenen Unternehmen im Sinne des Artikels 3 Abs. 3 des Anhangs der Empfehlung der Kommission 2003/361/EG sein.*
- 8 *Unabhängigkeit bedeutet zudem, dass der Auftragnehmer keine Laufzeitmessungen im Auftrag des Universaldienstleisters (oder im Auftrag eines mit dem Universaldienstleister verbundenen Unternehmens) durchführt.*
- 9 *Führt der Auftragnehmer zwar keine vergleichbaren Laufzeitmessungen für den Universaldienstleister durch, bestehen aber andere vertragliche Beziehungen, so ist sicherzustellen, dass die Messung für die Bundesnetzagentur organisatorisch, personell und funktional getrennt („berührungsfrei“) von der Erfüllung der vertraglichen Pflichten gegenüber dem Universaldienstleister erfolgt. Es bedarf kein Abfluss von Informationen zu den Messungen, die im Auftrag der Bundesnetzagentur durchgeführt werden, an den Universaldienstleister stattfinden. Ggf. ist durch Informationsbarrieren („Chinese Walls“) zu gewährleisten, dass kein Informationsfluss zwischen den Organisationsbereichen erfolgt. Der Auftragnehmer muss darlegen, wie die Trennung erfolgen soll und mit welchen Maßnahmen ein möglicher Interessenkonflikt ausgeschlossen werden soll.*
- 10 *Kann ein Interessenkonflikt durch die im Angebot dargelegten Maßnahmen nicht zweifelsfrei ausgeschlossen werden, führt dies zum Ausschluss aus bzw. zur Nichtberücksichtigung im weiteren Vergabeverfahren.*
- 11 *Bestätigen Sie, dass die Unabhängigkeit im Rahmen der Leistungserbringung gegeben ist.*
- 12 *Bitte bestätigen Sie außerdem, dass Sie sich derzeit oder in Zukunft nicht in einem scheinbaren, potenziellen oder tatsächlichen Interessenkonflikt im Zusammenhang mit*

dem betreffenden Vergabeverfahren befinden oder geraten könnten und diese Anforderungen bis Vertragsende eingehalten werden.“

- 13 Die Antragstellerin hat mit Schreiben vom 16.05.2025 (Anlage ASt 7) die aufgestellten Anforderungen an die Unabhängigkeit gerügt. Die Vergabestelle habe beurteilungsfehlerhaft einen Interessenkonflikt von Bietern angenommen, die Postlaufmessungen für Universaldienstleister durchführen. Die Auftragsausführung sei nicht nachteilig beeinflusst, wenn Bieter, die Laufzeitmessungen für Universaldienstleister durchführen, den hiesigen Auftrag ausführten. Die Antragstellerin sei auf dem Markt für Laufzeitmessungen für Postdienstleister sowohl in Deutschland als auch weltweit tätig. Sie führe seit 1992 bis heute Messungen unter Berücksichtigung der eigenständigen DIN-Normen für die E. durch.
- 14 Die Antragsgegnerin half der Rüge insofern ab, als sie in Ziff. 3.4 Abs. 4 die Einschränkung „während der Vertragsausführung“ einfügte, so dass Ziff. 3.4 Abs. 4 nunmehr wie folgt lautet:
- 15 *„Unabhängigkeit bedeutet zudem, dass der Auftragnehmer während der Vertragsausführung keine Laufzeitmessungen im Auftrag des Universaldienstleisters (oder im Auftrag eines mit dem Universaldienstanbieter verbundenen Unternehmens) durchführt.“*
- 16 Nachdem die Antragsgegnerin der Rüge im Übrigen mit Schreiben vom 21.05.2025 nicht abgeholfen hatte, hat die Antragstellerin mit Anwaltsschriftsatz vom 26.05.2025 einen Nachprüfungsantrag eingereicht. Sie hat die Ansicht vertreten, die von der Antragsgegnerin aufgestellten Anforderungen an die Unabhängigkeit des Auftragnehmers seien auch weiterhin vergaberechtswidrig, soweit verlangt werde, dass der Auftragnehmer während der Vertragsausführung keine Laufzeitmessungen im Auftrag des Universaldienstleisters (oder im Auftrag eines mit dem Universaldienstanbieter verbundenen Unternehmens) durchführe. Auf § 46 Abs. 2 VgV könne sich die Antragsgegnerin nicht berufen, da sie keine Feststellungen zu einem auftragswiderstreitenden Interesse des zukünftigen Auftragnehmers getroffen und dokumentiert habe.
- 17 Die Vergabekammer hat mit dem angefochtenen Beschluss vom 27.06.2025 den Nachprüfungsantrag zurückgewiesen. Zur Begründung hat sie ausgeführt, bei der kritisierten Anforderung an die Unabhängigkeit des Auftragnehmers handele es sich um ein Eignungskriterium gemäß § 46 Abs. 2 VgV. Der Nachweis, dass kein Interessenkonflikt vorliege, könne grundsätzlich durch eine Eigenerklärung gemäß § 48 Abs. 2 Satz 1 VgV geführt werden. Die Antragsgegnerin habe auch ihren Beurteilungsspielraum bei der Festlegung des Umfangs der Eigenerklärung nicht überschritten, indem sie fordert, der Auftragnehmer dürfe während der Vertragsausführung für die Antragsgegnerin keine Laufzeitmessungen im Auftrag des Universaldienstleisters durchführen. Ihr stehe als öffentlicher Auftraggeber bei der Festlegung der Eignungsanforderungen ein Festlegungsspielraum zu. Die Einschätzung der Antragsgegnerin, dass bei einer parallelen Beauftragung vergleichbarer Laufzeitmessungen durch zwei Auftraggeber eine vollständige Unabhängigkeit des Dienstleisters zweifelhaft sein und die Glaubwürdigkeit der Messungen beeinträchtigen könne, sei nachvollziehbar und bewege sich innerhalb ihres Beurteilungsspielraums. Die Regelung sei auch verhältnismäßig. Insbesondere wäre die Einräumung einer Möglichkeit der Errichtung von Chinese Walls für den Fall des gleichzeitigen Tätigwerdens in Bezug auf denselben Postdienstleister nicht gleichermaßen geeignet. Ein Verstoß gegen die Dokumentationspflicht gemäß § 8 VgV liege nicht vor, denn die Antrags-

gegnerin habe die erforderlichen Erwägungen für die Vermeidung eines Interessenkonflikts nachholen dürfen.

- 18 Gegen diesen Beschluss hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 11.07.2025 - eingegangen am selben Tag - sofortige Beschwerde eingelegt. Sie verfolgt mit der sofortigen Beschwerde ihr ursprüngliches Interesse weiter, im Rahmen der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung für die Antragsgegnerin auch dann als beruflich geeigneter Bieter zur Durchführung von Laufzeitmessungen gemäß Norm EN 13850:2020 angesehen zu werden, wenn sie außer den Messungen für die Antragsgegnerin weiterhin normkonforme Messungen für die E. durchführe. Sie ist der Ansicht, die Antragsgegnerin habe den von ihr verfolgten Ausschluss einer Messtätigkeit ihres künftigen Auftragnehmers für die E. nicht beanstandungsfrei auf vergaberechtliche Normen stützen können. Tatsächlich sei ein auftragswiderstrebendes Interesse der Antragstellerin mit Bezug auf die ausgeschriebene Laufzeitmessung nicht feststellbar und von der Antragsgegnerin auch nicht dokumentiert. Die Vergabekammer habe im Anwendungsbereich des § 46 Abs. 2 VgV auf die Feststellung eines auftragsschädlichen Interesses des Bieter- bzw. Bewerberunternehmens vollständig verzichtet und dieses durch allgemeine Schutzerwägungen im Hinblick auf die Messergebnisse - wie Glaubwürdigkeit der Messung - ersetzt.
- 19 Die Antragstellerin hat innerhalb der Angebotsfrist kein Angebot abgegeben.
- 20 Die Antragstellerin beantragt,
- 21 1. die Entscheidung der Ersten Vergabekammer des Bundes vom 27.06.2025 (Az.: VK 1 - 48/25) aufzuheben und die Antragsgegnerin zu verpflichten, das Eignungskriterium „Unabhängigkeit“ gemäß 3.4 der „Anlage 05_Eignungskriterien_V2“ der bekanntgemachten Vergabeunterlagen dahingehend abzuändern, dass ein bloßes Tätigwerden eines Bieters für den Universaldienstleister E. in der Weise, dass ein Bieter für diesen Universaldienstleister Laufzeitmessungen durchführt, ohne von ihm auf gesellschaftsrechtlicher Basis beherrscht oder kontrolliert zu werden, nicht zur Verneinung der beruflichen Leistungsfähigkeit des Bieters wegen mangelnder Unabhängigkeit des zu beauftragenden Unternehmens führt;
- 22 2. hilfsweise zu Ziffer 1. die Entscheidung der ersten Vergabekammer des Bundes vom 27.06.2025 (Az.: VK 1 - 48/25) aufzuheben und die Antragsgegnerin zu verpflichten, einem Bieter, der für den Universaldienstleister E. Laufzeitmessungen durchführt, ohne von diesem auf gesellschaftsrechtlicher Basis beherrscht oder kontrolliert zu werden, die Möglichkeit einzuräumen, im Rahmen der Darlegung seiner beruflichen Leistungsfähigkeit den Nachweis zu erbringen, dass und aufgrund welcher betriebsinternen Maßnahmen er für die Antragsgegnerin trotz der Tätigkeit für den Universaldienstleister verwertbare und nicht zu beanstandende Leistungsmessungen im Auftrag der Antragsgegnerin meint durchführen zu können,
- 23 3. die Antragsgegnerin zu verpflichten, das Vergabeverfahren in den Stand vor der Veröffentlichung der Auftragsbekanntmachung unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Senats zum Eignungskriterium der Unabhängigkeit gemäß Anträgen zu 1. und 2. Zurückzusetzen;
- 24 4. hilfsweise zu Ziffer 3. die Antragsgegnerin zu verpflichten, nach Änderung des Eignungskriteriums „Unabhängigkeit“ gemäß Anträgen zu 1. und 2. die Frist zur Angebots-

abgabe erneut angemessen zu verlängern bzw. der Antragstellerin eine angemessene Frist zur Nachreichung eines Angebotes einzuräumen;

- 25 5. auszusprechen, dass die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten für die Antragstellerin notwendig gewesen ist.
- 26 Die Antragsgegnerin beantragt,
- 27 1. die sofortige Beschwerde der Antragstellerin zurückzuweisen;
- 28 2. die weiteren Anträge unter den Ziff. 2 bis 5 zurückzuweisen und
- 29 3. die Kosten des Verfahrens der Antragstellerin aufzuerlegen.
- 30 Sie verteidigt die Entscheidung der Vergabekammer sowie die von ihr unter Ziff. 3.4 der „Anlage 5 - Eignungskriterien“ aufgestellte Forderung, dass der Auftragnehmer während der Vertragsausführung keine Laufzeitmessungen im Auftrag des Universaldienstleisters (oder im Auftrag einem mit dem Universaldienstleister verbundenen Unternehmens) durchführt. Durch diese Anforderung solle das Erfüllungsinteresse der Antragsgegnerin sichergestellt werden. Das Erfüllungsinteresse bestehe darin, dass die vom Auftragnehmer gelieferten Messergebnisse geeignet seien, von der Antragsgegnerin als Grundlage für behördliche Maßnahmen im Rahmen der Überwachung der Laufzeit von Postprodukten nach § 20 Abs. 2 PostG herangezogen werden zu können. Dies sei nur gewährleistet, wenn der Auftragnehmer unabhängig sei und kein Interessenkonflikt zu Lasten der Antragsgegnerin im Rahmen der Leistungserbringung bestehe. Da Verstöße gegen die Laufzeitvorgaben nunmehr auch nach § 111 Abs. 1 Nr. 9 PostG bußgeldbewehrt seien, sei es unerlässlich, dass sich die Antragsgegnerin auf taugliche Messergebnisse stützen könne. Die Messergebnisse seien aber nur glaubwürdig, wenn sie von einem unabhängigen Messinstitut erhoben würden. Im Falle einer wirtschaftlichen Verbindung in Form einer parallelen Beauftragung eines Auftragnehmers mit der Laufzeitmessung sowohl für den Universaldienstleister als auch für die Antragsgegnerin könne eine vollständige Unabhängigkeit des Dienstleisters zweifelhaft sein und die Glaubwürdigkeit der Messung beeinträchtigen mit der Folge, dass die Messergebnisse nicht geeignet wären, in einem Ordnungswidrigkeitenverfahren herangezogen zu werden. Die Antragstellerin wäre im Falle der Ausführung von parallelen Messungen für zwei unterschiedliche „Interessenlager“ tätig. Auch wenn es sich um zwei selbständige, voneinander unabhängige Messungen handelt, würde die Antragstellerin die gleiche Leistung, nämlich die Durchführung der Laufzeitmessung, für beide Interessenlager durchführen, wobei der Universaldienstleister aufgrund möglicher ihn treffender Bußgelder das Interesse hat, dass die Messung nachweist, dass er die Laufzeitvorgaben einhält, werde die Antragsgegnerin durch das öffentliche Interesse geleitet, eine objektive Überprüfung der Einhaltung der Laufzeitangaben vorzunehmen. Weder die Einhaltung der DIN-Normen noch eine sog. Chinese Wall könnten die Gefahr eines Interessenkonflikts ausschließen und den Anschein eines Interessenkonflikts und somit die Beeinträchtigung der Glaubwürdigkeit der Messergebnisse vermeiden. Bei möglichen unterschiedlichen Messergebnissen müsste derselbe Geschäftsführer diese verteidigen. Die geforderte Unabhängigkeit sei zudem für die politische Rechenschaft notwendig. Als unabhängige Regulierungsbehörde könne sie ihren Aufgaben nicht nachkommen, wenn sie dasselbe Unternehmen beauftrage, das bereits die Laufzeitmessungen für den Universaldienstleister durchführe.

II.

- 31 Die nach §§ 171, 172 GWB zulässige sofortige Beschwerde der Antragstellerin hat in der Sache Erfolg.
- 32 Der aus den zutreffenden Gründen der angefochtenen Entscheidung zulässige Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist begründet.
- 33 Die Regelung Ziff. 3.4 „Eigenerklärung Unabhängigkeit“ in der „Anlage 05 - Eignungskriterien“ ist vergaberechtswidrig und verstößt gegen § 128 Abs. 2 i.V.m. § 127 Abs. 3 GWB, soweit dort gefordert wird, dass der Auftragnehmer zur Wahrung seiner Unabhängigkeit während der Vertragsausführung keine Laufzeitmessungen im Auftrag des Universaldienstleisters oder im Auftrag eines mit dem Universaldienstleister verbundenen Unternehmens durchführt. Die Antragsgegnerin war nicht nach § 46 Abs. 2 VgV berechtigt, eine solche Anforderung zu stellen (vgl. hierzu unter 1.). Auch die Voraussetzungen des § 128 Abs. 2 GWB sind nicht erfüllt (vgl. hierzu unter 2.).
- 34 1. Entgegen den Ausführungen der Vergabekammer war die Antragsgegnerin nicht gemäß § 46 Abs. 2 VgV berechtigt, die in Rede stehende Anforderung an die „Interessenneutralität“ als Eignungskriterium aufstellen. § 46 Abs. 2 VgV enthält eine solche Befugnis nicht.
- 35 Nach § 46 Abs. 2 VgV kann der öffentliche Auftraggeber die berufliche Leistungsfähigkeit des Bewerbers oder Bieters verneinen, wenn er festgestellt hat, dass dieser Interessen hat, die mit der Ausführung des öffentlichen Auftrags im Widerspruch stehen und sie nachteilig beeinflussen.
- 36 a. Die rechtliche Einordnung des im Zuge des Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes in Umsetzung von Art. 58 Abs. 4 UAbs. 2 S. 2 RL 2014/24/EU in die Vergabeverordnung aufgenommenen § 46 Abs. 2 VgV ist unter Beachtung der bisher hierzu ergangenen Rechtsprechung nicht einheitlich.
- 37 In einer ersten Entscheidung vom 14.05.2018 (VK Bund, Beschl. v. 14.05.2018 - VK 1 - 39/18 BKartA, NZBau 2019, 75; zustimmend: *Hölzl*, in: MünchKomm, 4. Aufl., § 46 VgV Rn 7; *von Hoff*, in: Röwekamp/Kus/Marx/Portz/Prieß, VgV, 2. Aufl., § 46 Rn 6 f.) stellte die Vergabekammer Bund fest, dass nach Sinn und Zweck der Regelung des Art. 58 Abs. 4 UAbs. 2 S. 2 RL 2014/24/EU und des § 46 Abs. 2 VgV - und unter Berücksichtigung des offen formulierten Wortlauts - sich diese Vorschrift nicht auf Eignungskriterien, sondern auf einen fakultativen Ausschlussgrund beziehe, der auch in § 124 GWB hätte geregelt werden können. Die Regelung des Art. 58 Abs. UAbs. 2 S. 2 RL 2014/24/EU wie auch des § 46 Abs. 2 VgV zielten darauf ab, dem Auftraggeber eine Handlungsoption zu eröffnen, wenn dieser bereits im Vergabeverfahren feststellt, dass ein Bieter oder Bewerber Interessen hat, die mit der Ausführung des Auftrags im Widerspruch stehen und dessen Ausführung nachteilig beeinflussen können. Dieser offene Regelungszweck entziehe sich gerade aufgrund der Vielgestaltigkeit möglicher Interessenkonflikte einer abschließenden Regelung und gehe daher über eine vorherige Festlegung klar definierter (Mindest-) Eignungskriterien, die nur anhand eines abschließend definierten Katalogs anforderbarer Unterlagen (vgl. § 46 Abs. 3 VgV) belegt werden können, hinaus. Es wäre auch mit dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und dem öffentlichen Interesse an einer effizienten und ausschreibungskonformen Erbringung öffentlicher Aufträge nicht zu vereinbaren, wenn der öffentliche Auftraggeber gezwungen wäre, einen Auftrag an einen Bieter zu vergeben und dabei sehenden Auges nachteilige Auswirkungen für die Leistungserbrin-

gung zu riskieren. Daraus ergebe sich die Einordnung des § 46 Abs. 2 VgV als fakultativen Ausschlussgrund, wobei die Vorschrift selbst allerdings kein Eignungskriterium iSd § 46 Abs. 3 VgV darstelle. Dennoch handele es sich um einen Ausschlussstatbestand auf der Eignungsebene, weil durch die Bejahung der Voraussetzungen der Norm dem Bieter oder Bewerber im Ergebnis die berufliche Leistungsfähigkeit abgesprochen werde (VK Bund, Beschl. v. 14.05.2018 - VK 1 - 39/18 BKartA, NZBau 2019, 75 Rn 49 ff.).

- 38 Demgegenüber erkannte dieselbe Vergabekammer des Bundes wenige Monate später mit Beschluss vom 30.07.2018 in anderer Besetzung, aber ohne von der vorherigen Entscheidung ausdrücklich Abstand zu nehmen, dass - da es sich bei der Regelung des § 46 Abs. 2 VgV um einen fakultativen Ausschlussgrund auf der Eignungsebene handle - die Neutralitätsverpflichtung als zu erfüllendes Eignungskriterium gemäß § 122 Abs. 4 S. 2 GWB in der Auftragsbekanntmachung zu veröffentlichen sei (VK Bund, Beschl. v. 30.07.2018, VK 1 - 61/18 BKartA, NZBau 2019, 72; folgend VK Bund, Beschl. v. 18.01.2020 - VK 2 - 94/19 BKartA, BeckRS 9886 Rn 60 ff.; zustimmend: *Goldbrunner*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 5. Aufl., § 46 VgV Rn 10; *Mager*, in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 2, 4. Aufl., § 46 VgV, Rn 11; *Burgi*, Vergaberecht, 4. Aufl., § 16 Eignungskriterien und Ausschlussgründe, § 16 Rn 9a; *Lück/Radeloff*, in: Leinemann/Otting/Kirch/Homann, VgV/UVgO, 1. Aufl., § 46 VgV Rn 11; *Delcuvé*, Interessenneutralität als Eignungsparameter, VergabeR 2019, 717; kritisch: *Ziegler*, Ausschluss wegen Interessenkonflikt nach § 46 Abs. 2 VgV, NZBau 2019, 498).
- 39 b. Der Senat ist davon überzeugt, dass § 46 Abs. 2 VgV den öffentlichen Auftraggeber im Hinblick auf die technische und berufliche Leistungsfähigkeit des Bewerbers oder Bieters nicht berechtigt, Anforderungen zu stellen, die seine Interessenneutralität sicherstellen. § 46 Abs. 2 VgV regelt vielmehr ausschließlich, unter welchen Voraussetzungen der öffentliche Auftraggeber die berufliche Leistungsfähigkeit aufgrund eines festgestellten Interessenkonflikts verneinen kann, obwohl die nach Absatz 1 aufgestellten und nach Absatz 3 nachgewiesenen Anforderungen an die berufliche Leistungsfähigkeit erfüllt sind. Dies ist das Ergebnis einer Auslegung des Verordnungstextes.
- 40 Maßgebend für die Auslegung von Gesetzen und auch Verordnungen ist der in der Norm zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetz- bzw. Verordnungsgebers, wie er sich aus dem Wortlaut der Vorschrift und dem Sinnzusammenhang ergibt, in den sie hineingestellt ist (vgl. BVerfG, Beschl. v. 26.08.2014 - 2 BvR 2400/13, NJW 2014, 3504; BVerfGE 1, 299, 312 = NJW 1952, 737 Ls.; BVerfGE 11, 126, 130 f. = NJW 1960, 1563; BVerfGE 105, 135, 157 = NJW 2002, 1779). Der Erfassung des objektiven Willens des Gesetz- bzw. Verordnungsgebers dienen die anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung aus dem Wortlaut der Norm, der Systematik, ihrem Sinn und Zweck sowie aus den Gesetzesmaterialien und der Entstehungsgeschichte (vgl. BVerfGE 11, 126, 130 = NJW 1960, 1563; BVerfGE 105, 135, 157 = NJW 2002, 1779).
- 41 aa. Der Wortlaut des § 46 Abs. 2 VgV verhält sich nicht darüber, dass der öffentliche Auftraggeber - so die Formulierungen in § 46 Abs. 1 VgV - „Anforderungen stellen“ kann, „die sicherstellen, dass die Bewerber oder Bieter“ keine Interessen haben, die mit der Ausführung des öffentlichen Auftrags in Widerspruch stehen. Vielmehr heißt es dort, der öffentliche Auftraggeber kann die berufliche Leistungsfähigkeit eines Bewerbers oder Bieters verneinen, wenn er festgestellt hat, dass dieser Interessen hat, die mit der Ausführung des öffentlichen Auftrags im Widerspruch stehen und sie nachteilig beeinflussen könnten. Nach dem Wortlaut soll der öffentliche Auftraggeber also im Einzelfall und zwar nach Eingang eines Teilnahmeantrags oder Angebots entscheiden, ob ein Interessenwi-

derspruch bei einem konkreten Bewerber oder Bieter besteht. Anforderungen an die Eignung werden hingegen mit der Auftragsbekanntmachung für die zu diesem Zeitpunkt noch gar nicht bekannten Bewerber oder Bieter aufgestellt.

- 42 bb. Dieses Verständnis wird durch die Systematik der Verordnung bestätigt. Das zeigt sowohl der unmittelbare Vergleich mit den Regelungen in § 46 Abs. 1 und 3 VgV als auch der Vergleich mit der ähnlichen Regelung im § 73 Abs. 3 VgV.
- 43 (1) Zwar findet sich die Regelung zum Interessenwiderspruch im § 46 VgV, der insgesamt Regelungen zur technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit und damit zur Eignung enthält. Doch anders als § 46 Abs. 1 VgV, der ausdrücklich regelt, dass der öffentliche Auftraggeber im Hinblick auf die technische und berufliche Leistungsfähigkeit der Bewerber oder Bieter Anforderungen stellen kann, die sicherstellen, dass die Bewerber oder Bieter über die erforderlichen personellen und technischen Mittel sowie ausreichende Erfahrungen verfügen, enthält § 46 Abs. 2 VgV eine vergleichbare Formulierung nicht. Zudem korrespondieren allein die Regelungen in Abs. 1 mit denen in Abs. 3. Ein Bezug zu Abs. 2 findet sich nicht. Der Bieter hat die nach § 46 Abs. 1 VgV aufgestellten Anforderungen an die technische und berufliche Leistungsfähigkeit nachzuweisen, indem er die nach Absatz 3 vom Auftraggeber geforderten Belege vorlegt. Die in Frage kommenden Belege sind in Abs. 3 enumerativ aufgezählt. Ein Beleg für aufgestellte Anforderungen an die Interessenneutralität des Bewerbers oder Bieters findet sich indes nicht, wäre aber zu erwarten, wenn der Auftraggeber nach § 46 Abs. 2 VgV Anforderungen an die Interessenneutralität im Sinne von Abs. 1 stellen dürfte. Ein Unterschied zwischen der Regelung in Abs. 1 und der in Abs. 2 besteht auch im Hinblick auf die Feststellungslast. Die nach Abs. 1 aufgestellten Anforderungen an die technische und berufliche Leistungsfähigkeit hat der Bewerber oder Bieter durch die nach Abs. 3 geforderten Belege nachzuweisen. Gelingt ihm das nicht, ist sein Angebot gemäß § 57 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 VgV mangels Eignung auszuschließen. Anders ist die Sachlage im Absatz 2. Dort hat der öffentliche Auftraggeber das Bestehen eines im Widerspruch zur Auftragsausführung stehenden Interesses festzustellen. Die Nachweis- und Feststellungslast für das Vorliegen eines Interessenwiderspruchs liegt - genauso wie bei den Ausschlussgründen nach §§ 123 und 124 GWB - beim öffentlichen Auftraggeber (vgl. so auch *Goldbrunner*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 5. Aufl., § 46 VgV Rn 10). Gelingt ihm eine solche Feststellung nicht, bleibt das Angebot in der Wertung.
- 44 (2) Aufschlussreich in diesem Zusammenhang ist ferner die rechtliche Einordnung der Regelung in § 73 Abs. 3 VgV. Nach dieser Vorschrift sollen Aufträge über Architekten- und Ingenieurleistungen unabhängig von Ausführungs- und Lieferinteressen vergeben werden. Nach herrschender Meinung handelt es sich bei dieser Regelung um einen Ausschlussgrund (Geitel in RKMPP, VgV, 2. Aufl., § 73 Rn. 59; Schneider in Beck'scher Vergaberechtskommentar, VgV, § 73 Rn. 59; Haug/Panzer in juris PK-Vergaberecht, 7. Aufl. 2024, § 73 VgV Rn. 37). Wenn dies aber so ist, dann deutet dies darauf hin, dass nach dem Willen des Ordnungsgebers in § 46 Abs. 2 VgV ebenfalls ein Ausschlussgrund geregelt ist und zwar in dem Sinne, dass bei Vorliegen eines Interessenkonflikts die technische und berufliche Leistungsfähigkeit entfällt und das Angebot nach § 57 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 VgV auszuschließen ist.
- 45 cc. Die Verordnungshistorie bestätigt diesen Befund.

- 46 § 46 Abs. 2 VgV wurde im Zuge des Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes in Umsetzung von Art. 58 Abs. 4 UAbs 2 S. 2 RL 2014/24/EU in die Vergabeverordnung aufgenommen.
- 47 Nach der bis dahin geltenden Rechtslage waren öffentliche Aufträge gemäß § 97 Abs. 4 S. 1 GWB a. F. an fachkundige, leistungsfähige sowie gesetzestreue und zuverlässige Unternehmen zu vergeben. Ein Unternehmen, das Interessen verfolgte, die im Widerspruch zur Auftragsausführung standen, konnte nach der alten hierzu ergangenen Rechtsprechung wegen mangelnder Zuverlässigkeit vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden (vgl. nur OLG Brandenburg, Beschl. v. 16.01.2007 - Verg W 7/06, ZfBR 2007, 294). Mit Inkrafttreten des Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes sowie der Vergaberechtsmodernisierungsverordnung sind öffentliche Aufträge nach § 122 Abs. 1 GWB an fachkundige und leistungsfähige (geeignete) Unternehmen zu vergeben. Die Zuverlässigkeit ist als Eignungskategorie entfallen und in dem Katalog der Ausschlussgründe von § 123 und § 124 GWB aufgegangen (vgl. Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/6281, zu § 122 (Eignung), zu Absatz 1, S. 100). Ein Ausschlussgrund wegen widerstreitender Interessen findet sich in den in §§ 123, 124 GWB aufgeführten Ausschlussgründen nicht. Der Verordnungsgeber hat diese Fallgestaltung vielmehr in § 46 Abs. 2 VgV verortet und vorgesehen, dass der öffentliche Auftraggeber in einem solchen Fall die berufliche Leistungsfähigkeit verneinen kann. Anders als die Ausschlussgründe des § 124 Nr. 5 und Nr. 6 GWB knüpft § 46 Abs. 2 VgV nämlich nicht an Interessenkonflikte vor oder während eines Vergabeverfahrens, sondern an einen Interessenkonflikt bei der Ausführung des Auftrags an (vgl. auch *Goldbrunner*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 5. Aufl., § 46 Rn 9). Der Gesetzgeber ist bei der Verortung des § 46 Abs. 2 VgV der Systematik der Vergaberichtlinie gefolgt, die ebenfalls unter Art. 58 Abs. 4 RL 2014/24/EU - der Regelung zur technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit - als Unterabsatz 2 S. 2 eine entsprechende Regelung enthält. Art. 58 Abs. 4 UAbs 2 S. 2 RL 2014/24/EU lautet wörtlich: „*Ein öffentlicher Auftraggeber kann davon ausgehen, dass ein Wirtschaftsteilnehmer nicht über die erforderliche berufliche Leistungsfähigkeit verfügt, wenn der öffentliche Auftraggeber festgestellt hat, dass der Wirtschaftsteilnehmer kollidierende Interessen hat, die die Auftragsvergabe negativ beeinflussen können.*“ Eine Festlegung von Anforderungen an die kollidierenden Interessen durch den öffentlichen Auftraggeber ist auch in Art. 58 Abs. 4 UAbs 2 S. 2 RL 2014/24/EU nicht vorgesehen.
- 48 Entsprechend regelt § 46 Abs. 1 VgV für die technische und berufliche Leistungsfähigkeit die von dem öffentlichen Auftraggeber festzulegenden Anforderungen ausweislich der Verordnungsbegründung abschließend. Dort heißt es ausdrücklich, dass die öffentlichen Auftraggeber im Rahmen der Eignungsprüfung keine anderen materiellen Anforderungen an die technische und berufliche Leistungsfähigkeit der Bewerber und Bieter stellen dürfen, als Anforderungen an die erforderlichen personellen und technischen Mittel sowie an erforderliche Erfahrungen (BT-Drs. 18/7318, zu § 46, S. 183). Anforderungen an Interessenneutralität werden nicht genannt. Nach der einleitenden Verordnungsbegründung zum Unterabschnitt 5 führen die §§ 44 bis 46 VgV zur Eignung detailliert aus, welche Eignungskriterien einer der drei Eignungskategorien (Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung, wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit sowie berufliche und technische Leistungsfähigkeit) zulässigerweise vom jeweiligen öffentlichen Auftraggeber für die Vergabeverfahren festgelegt werden können (BT-Drs. 18/7318, zu Unterabschnitt 5 (Anforderungen an Unternehmen; Eignung), S. 182).

- 49 dd. Die teleologische Auslegung kommt zu keinem anderen Ergebnis.
- 50 Sinn und Zweck der Regelung des § 58 Abs. 4 UAbs. 2 S. 2 RL 2014/24/EU sowie des darauf beruhenden § 46 Abs. 2 VgV ist es, dem öffentlichen Auftraggeber eine Handlungsoption zu eröffnen, wenn dieser bereits in Vergabeverfahren feststellt, dass ein Bieter oder Bewerber Interessen hat, die mit der Ausführung des Auftrags im Widerspruch stehen und dessen Ausführung nachteilig beeinflussen können. Es wäre mit dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und dem öffentlichen Interesse an einer effizienten und ausschreibungskonformen Erbringung öffentlicher Aufträge nicht zu vereinbaren, wenn der öffentliche Auftraggeber gezwungen wäre, einen Auftrag an einen Bieter zu vergeben und dabei sehenden Auges nachteilige Auswirkungen für die Leistungserbringung zu riskieren.
- 51 2. Rechtliche Grundlage für die Forderung der Antragsgegnerin, dass der Auftragnehmer während der Auftragsausführung keine Laufzeitmessungen für die E. durchführen darf, ist § 128 Abs. 2 GWB, worauf der Senat bereits vor der mündlichen Verhandlung hingewiesen hat. Allerdings ist die in Rede stehende Ausführungsbedingung vergaberechtlich als unverhältnismäßig zu kritisieren.
- 52 a. Nach § 61 VgV i. V. m. § 128 Abs. 2 GWB können öffentliche Auftraggeber besondere Bedingungen für die Ausführung eines Auftrags (Ausführungsbedingungen) festlegen, sofern diese mit dem Auftragsgegenstand entsprechend § 127 Abs. 3 GWB in Verbindung stehen. Nach § 128 Abs. 2 S. 3 GWB können sie insbesondere wirtschaftliche, innovationsbezogene, soziale oder beschäftigungspolitische Belange oder den Schutz der Vertraulichkeit von Innovationen umfassen. Diese Aufzählung ist nicht abschließend, was sich bereits aus dem Wortlaut („insbesondere“) ergibt (vgl. auch Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/6281, Zu § 128 (Auftragsausführung) Zu Absatz 2, S. 114). Regelungstechnisch handelt es sich bei den zusätzlichen Bedingungen für die Auftragsausführung um Vertragsbedingungen (Senat, Beschl. v. 25.06.2014 - VII Verg 39/13, BeckRS 2014, 16549; Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/6281, S. 114), die erst nach der Zuschlagserteilung zur Geltung kommen sollen und in die Zukunft gerichtet sind (vgl. *Opitz*, in: *Burgi/Dreher/Opitz*, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 4. Aufl., § 128 Rn 15). Der öffentliche Auftraggeber kann sich die Einhaltung der Ausführungsbedingung bei Angebotsabgabe durch eine gesonderte Erklärung des Bieters oder Bewerbers zusichern lassen (Senat, Beschl. v. 25.06.2014 - VII Verg 39/13, BeckRS 2014, 16549; Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/6281, Zu § 128 (Auftragsausführung) Zu Absatz 2, S. 113; *Ziekow*, in: *Ziekow/Völlink*, Vergaberecht, 5. Aufl., § 128 Rn 19).
- 53 b. Die Vorgabe, keine Laufzeitmessungen während der Vertragsausführung im Auftrag des Universaldienstleisters durchzuführen, stellt eine Ausführungsbedingung dar, da sie eine besondere Bedingung für die spätere Ausführung des Auftrags festlegt und in die Zukunft gerichtet ist. Sie ist in der Bekanntmachung benannt worden. Dass die Antragsgegnerin diese Ausführungsbedingung in der „Anlage 5 Eignungskriterien“ unter Ziff. 4.3 aufgeführt und nicht ausdrücklich als Ausführungsbedingung bezeichnet hat, steht dem nicht entgegen, zumal ein Verstoß gegen den Transparenzgrundsatz nicht geltend gemacht worden ist.
- 54 c. Der Senat hat schon Zweifel, ob die in Rede stehende Ausführungsbedingung den nach § 128 Abs. 2 S. 1 Hs. 2 GWB erforderlichen Auftragsbezug aufweist. Jedenfalls ist die aufgestellte Anforderung aber unverhältnismäßig.

- 55 aa. Nach § 128 Abs. 2 S. 1 Hs. 2 GWB müssen die von dem öffentlichen Auftraggeber festgesetzten Ausführungsbedingungen mit dem Auftragsgegenstand entsprechend § 127 Abs. 3 GWB in Verbindung stehen. Das setzt sowohl einen zeitlichen als auch einen sachlichen Auftragsbezug voraus. Anforderungen in Bezug auf eine allgemeine Unternehmenspolitik sind nicht zulässig (Erwägungsgrund 104 RL 2014/24 EU; Gesetzesbegründung VergRModG 2016, BT-Drs. 18/6281, Zu § 128 (Auftragsausführung) Zu Absatz 2, S. 114), etwa wenn dem Unternehmen eine zur Auftragsausführung nicht erforderliche Gestaltung des Produktionsprozesses vorgegeben werden soll (vgl. OLG Schleswig, Beschl. v. 25.01.2013 - 1 Verg 6/12, juris Rn 67 f.), oder dem Auftragnehmer die Verpflichtung zur Zahlung einer Abgabe auferlegt wird, die nicht im geringsten mit der ausgeschriebenen Leistung in Verbindung steht (OLG Koblenz, Beschl. v. 28.11.2012 - 1 Verg 6/12 - PPK, juris Rn 44 f.). Zudem weisen Ausführungsbedingungen die erforderliche Verbindung zum Auftrag nur dann auf, wenn sie sich auf den Zeitraum der Auftragsausführung und die mit der Auftragsausführung betrauten Mitarbeiter beziehen (vgl. Senat, Beschl. v. 17.01.2013 - VII Verg 35/12, NZBau 2013, 329, zum fehlenden Auftragsbezug nur sozialversicherungspflichtiges Personal einzusetzen; vgl. auch OLG Schleswig, Beschl. v. 25.01.2013 - 1 Verg 6/12, juris Rn 67 f. zum fehlenden Auftragsbezug bei gefordertem Weiterbetrieb einer Frankiermaschine zur personalpolitisch gewollten Integration von Schwerbehinderten, wenn Frankierleistungen zur Auftragsausführung nicht erforderlich sind, vgl. auch *Wiedemann*, in: Röwekamp/Kus/Portz/Friton, GWB-Vergaberecht, § 128 GWB Rn 35 unter Bezugnahme auf BVerfG, Beschl. v. 11.07.2006 - 1 BvL 4/00 - Berliner Vergabegesetz).
- 56 bb. Nach Maßgabe dieser Voraussetzungen bestehen bereits Zweifel, ob vorliegend der erforderliche Sachbezug angenommen werden kann. Zwar liegt in zeitlicher Hinsicht ohne Zweifel eine Verbindung mit dem Auftragsgegenstand vor, weil das Verbot einer parallelen Laufzeitmessung für die E. und die Antragsgegnerin auf die Dauer der Vertragsausführung beschränkt ist. Zweifel bestehen aber insofern, als sämtliche Mitarbeiter des Bieterunternehmens von dem Verbot erfasst sind und nicht nur diejenigen, die zur Auftragsausführung eingesetzt werden. Ob hierdurch bereits der Auftragsbezug Unter Zugrundelegung dieser Grundsätze erscheint es dem Senat schon mehr als fragwürdig, ob die von der Antragsgegnerin aufgestellte Anforderung, während der Vertragsausführung keine Laufzeitmessungen für den Universaldienstleister durchzuführen, den erforderlichen Auftragsbezug aufweist. Ob hierdurch bereits der Auftragsbezug, kann aber letztlich dahingestellt bleiben, weil die in Rede stehende Forderung der Antragsgegnerin unverhältnismäßig ist.
- 57 Die grundsätzlich im Ermessen des öffentlichen Auftraggebers liegende Möglichkeit, Ausführungsbedingungen festzulegen findet ihre Grenze im Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gemäß § 97 Abs. 1 S. 2 GWB (KG Berlin, Beschl. v. 01.03.2024 - Verg 11/22, juris Rn 164; *Wiedemann*, in: Röwekamp/Kus/Portz/Friton, GWB Vergaberecht, 6. Aufl., § 128 Rn 2626, 31 ff.; *Opitz*, in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 4. Aufl., § 128 Rn 27; *Gabriel/Bärenbrink*, in: BeckOK Vergaberecht, 39. Aufl., § 128 GWB Rn 39) sowie Art. 18 Abs. 1 RL 2014/24/EU, Art. 26 Abs. 1 RL 2014/25/EU und Art. 3 Abs. 1 RL 2014/23/EU. Eine Ausführungsbedingung ist verhältnismäßig, wenn sie einem sachlich gerechtfertigten und legitimen Zweck dient und zur Erreichung oder Förderung dieses Zwecks geeignet und erforderlich ist. Zudem dürfen die mit der Ausführungsbedingung verbundenen Belastungen für die Unternehmen und die wettbewerblichen Auswirkungen

nicht außer Verhältnis zu den positiven Effekten stehen, die mit der Ausführungsbedingung erstrebt werden (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne).

- 58 Das Verbot einer parallelen Laufzeitmessung im Auftrag der Antragsgegnerin und zugleich im Auftrag der E. als zu überprüfendes Unternehmen dient einem legitimen Zweck, denn hierdurch soll ein möglicher Interessenkonflikt vermieden und die Anforderungen des § 20 Abs. 2 PostG und Art. 16 Abs. 4 S. 1 RL 97/67/EG erfüllt werden. Es ist auch zum Erreichen dieses Zwecks geeignet, weil die Auftragnehmer dann ausschließlich für die Antragsgegnerin tätig sind. Allerdings kommt entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin ein für den Auftragnehmer weniger belastendes aber ebenso taugliches Mittel in Betracht, um dieses Ziel zu erreichen. So können Maßnahmen gefordert und getroffen werden, wonach die Messungen für die Antragsgegnerin einerseits und die für die E. andererseits organisatorisch, personell und funktional getrennt voneinander erbracht werden sollen (sog. Chinese Walls). Einem möglichen Interessenkonflikt könnte auf diese Weise wirksam entgegengetreten werden, ohne dass eine nach Art. 16 Abs. 4 S. 1 RL 97/67/EG zu gewährleistende unabhängige Leistungskontrolle in Frage steht; der Auftragnehmer würde hingegen in einem deutlich geringeren Umfang in seiner unternehmerischen Tätigkeit eingeschränkt.
- 59 So ist bereits die Gefahr, dass der Auftragnehmer bei einer parallelen Laufzeitmessung im Auftrag der E. und zugleich im Auftrag der Antragsgegnerin Interessen hat, die mit der Ausführung des Auftrags für die Antragsgegnerin in Widerspruch stehen, äußerst gering. Für die in Rede stehenden Laufzeitmessungen gelten die verbindlichen Vorgaben der DIN EN 13850. Danach können die Auftraggeber einer Laufzeitmessung lediglich das Messdesign - wie etwa die Verteilung der Messgegenstände auf urbane oder ländliche Gebiete sowie das Briefformat - vorgeben. Die Verantwortung für das Messsystem trägt hingegen allein das Messinstitut. Eine Einflussnahme des Auftraggebers auf die Messgegenstände und die Messergebnisse ist nach der in der DIN-Norm ausgeschlossen und würde der ebenfalls nach der DIN-Norm vorgesehenen Zertifizierung der Messung durch Auditoren entgegenstehen. Bei dieser Sachlage ist nicht ersichtlich und von der Antragsgegnerin auch nicht dargetan, welche Möglichkeiten und welches Interesse ein Messinstitut haben sollte, die Laufzeitmessung zu Gunsten der E. und zum Nachteil der Antragsgegnerin zu beeinflussen, zumal dann die eigene Glaubwürdigkeit des Messinstituts in Frage stehen würde. Hinzu kommt, dass nach dem unwidersprochenen Vortrag der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung die Messergebnisse bei identischen Vorgaben des Auftraggebers nur einen schmalen Varianzbereich aufweisen, also die statistische Schwankungsbreite gering und für das Messergebnis ohne Relevanz ist. Hieraus folgt, dass die Gefahr von widersprechenden Gutachten bei identischen Vorgaben nahezu ausgeschlossen ist, mithin das von der Antragsgegnerin dargestellte Szenario im Falle eines von ihr angestrebten Ordnungswidrigkeitenverfahrens nach § 111 Abs. 1 Nr. 9 PostG gering einzustufen ist. Sollte es dennoch zu widersprüchlichen Messergebnissen im Auftrag der E. und im Auftrag der Antragsgegnerin kommen, ist damit ein gerichtliches Bußgeldverfahren nicht zum Scheitern verurteilt. Die zuständige Verwaltungsbehörde beziehungsweise das Gericht hätte die Belastbarkeit der Gutachten zu prüfen, wie sie es auch in sonstigen Fällen bei der Vorlage widerstreitender Gutachten tun würde.
- 60 Soweit die Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung geltend gemacht hat, ihre politische und rechtliche Glaubwürdigkeit stehe auf dem Spiel, wenn sie als überprüfende Behörde dasselbe Unternehmen mit der Laufzeitmessung beauftragen würden wie das zu prüfende Unternehmen, kann sie mit diesem Argument nicht durchdringen. Die

politische Glaubwürdigkeit des Auftraggebers ist bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung ohne Belang. Die rechtliche Glaubwürdigkeit, mit der wohl die Belastbarkeit und Verwertbarkeit der Messergebnisse gemeint ist, ist aufgrund des soeben dargestellten Regelungskontext der einschlägigen DIN EN 13850 und der Möglichkeit der Errichtung von Chinese Walls nicht in Frage gestellt.

- 61 3. Auf die Frage des Vorliegens eines Dokumentationsmangels nach § 8 VgV kommt es für die Entscheidung des Verfahrens nicht mehr an.

III.

- 62 Die Kosten des Nachprüfungsverfahrens hat die Antragsgegnerin nach § 182 Abs. 3 S. 1, § 182 Abs. 4 S. 1 GWB zu tragen.
- 63 Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin war nach § 182 Abs. 4 S. 4 GWB i. V. m. § 80 VwVfG notwendig.
- 64 Die Kostenentscheidung betreffend das Beschwerdeverfahren beruht auf § 175 Abs. 2 i.V.m. § 71 GWB. Die Antragsgegnerin hat als unterliegende Partei die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu tragen.
- 65 Die Festsetzung des Beschwerdewerts bleibt einem gesonderten Beschluss vorbehalten.