


| | |
|----------------------------|---|
| Gericht: | OLG Koblenz Vergabesenat |
| Entscheidungsdatum: | 26.08.2020 |
| Aktenzeichen: | Verg 5/20 |
| ECLI: | ECLI:DE:OLGKOB:2020:0826.VERG5.20.00 |
| Dokumenttyp: | Beschluss |
| Quelle: |  |
| Normen: | § 75 GWB, § 160 Abs 2 S 2 GWB, § 175 Abs 2 GWB, § 182 Abs 4 S 3 GWB, § 241 Abs 2 BGB ... mehr |
| Zitiervorschlag: | OLG Koblenz, Beschluss vom 26. August 2020 – Verg 5/20 –, juris |

Leitsatz

1. Ist ein dem Tatbestand der persönlichen Gebührenfreiheit unterfallender Beteiligter des Nachprüfungsverfahrens im Rahmen einer Kostenentscheidung der Vergabekammer formal als 'Schuldner der Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer (Gebühren und 'Auslagen) ausgewiesen worden, fehlt es dem diese Kostenentscheidung anfechtenden Beteiligten regelmäßig an der erforderlichen Beschwerdebefugnis.
2. Der öffentliche Auftraggeber kann gemäß § 241 Abs. 2 BGB verpflichtet sein, einen Bieter durch eine hinreichende Information vor der Einleitung eines sinnlosen Nachprüfungsverfahrens mit entsprechender Kostenfolge zu bewahren.
3. Nach einer Rücknahme des Nachprüfungsauftrages im Verfahren vor der Vergabekammer scheidet eine 'Auferlegung der antragstellerseits aufgewandten zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Kosten auf den Antragsgegner unter Verschuldensgesichtspunkten aus.
4. Richtet sich ein Rechtsmittel nur gegen die Kostenentscheidung der Vergabekammer (oder einen Teil davon), findet § 50 Abs. 2 GKG keine Anwendung; der Gegenstandswert ist in einem solchen Fall vielmehr in entsprechender Anwendung von § 3 ZPO nach freiem Ermessen festzusetzen.

Verfahrensgang

vorgehend Vergabekammer Rheinland-Pfalz, 23. April 2020, VK 2 - 7/20, Beschluss

Tenor

Die gegen den Beschluss der 2. Vergabekammer Rheinland-Pfalz vom 23. April 2020 - VK 2 - 7/20 - gerichtete sofortige Beschwerde des Antragsgegners wird insoweit als unzulässig verworfen, als sie sich gegen den dortigen Ausspruch zu den Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer (Ziffer 2. Satz 1 des Tenors) richtet.

Im Übrigen wird die gegen den Beschluss der 2. Vergabekammer Rheinland-Pfalz vom 23. April 2020 - VK 2 - 7/20 - gerichtete sofortige Beschwerde des Antragsgegners zurückgewiesen.

Auf die Anschlussbeschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss der 2. Vergabekammer Rheinland-Pfalz vom 23. April 2020 - VK 2 - 7/20 - hinsichtlich seines Ausspruchs zu den zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Kosten des Antragsgegners (Ziffer 3. des Tenors) aufgehoben.

Im Übrigen wird die gegen den Beschluss der 2. Vergabekammer Rheinland-Pfalz vom 23. April 2020 - VK 2 - 7/20 - gerichtete Anschlussbeschwerde der Antragstellerin zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der insoweit zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin werden gegeneinander aufgehoben.

Der Wert des Beschwerdeverfahrens wird auf [...] € festgesetzt. Davon entfallen [...] € auf die sofortige Beschwerde des Antragsgegners sowie weitere [...] € auf das Anschlussrechtsmittel der Antragstellerin.

Gründe

I.

- 1 Der Antragsgegner schrieb mit Auftragsbekanntmachung vom [...] 2019 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union Rohbauarbeiten nebst begleitenden Gewerken im offenen Verfahren europaweit aus. Dabei wurde als einziges Zuschlagskriterium der Preis benannt. Neben Eignungsanforderungen an den Bieter selbst verlangte der Auftraggeber in Ziffer 8.1 der Teilnahmebedingungen zusätzlich, dass auf gesondertes Verlangen auch von den als Nachunternehmer einzusetzenden Unternehmen Eigenerklärungen beziehungsweise die Präqualifikationsnummer zum Nachweis der Eignung des jeweiligen Nachunternehmers abzugeben waren.
- 2 Auf die Ausschreibung gaben drei Bieter ein Angebot ab, darunter die Antragstellerin. Diese lag mit ihrem Angebotspreis von [...] € an zweiter Stelle und kam damit in die engere Wahl. Das Ausschreibungsergebnis wurde ihr seitens des Antragsgegners unter dem 20. Januar 2020 mitgeteilt.
- 3 Wie auch das erstplatzierte Unternehmen beabsichtigte die Antragstellerin, bei Durchführung des Auftrags Nachunternehmer einzusetzen. Im Hinblick darauf wurden beide Unternehmen - sowohl die Antragstellerin als auch das erstplatzierte Unternehmen - am 21. Januar 2020 unter anderem aufgefordert, die entsprechenden Nachunternehmer zu benennen sowie entsprechende Eignungsnachweise vorzulegen. Dem kamen beide Unternehmen hinsichtlich der die Eignung ihrer Nachunternehmer belegenden Unterlagen nicht vollständig nach. Dies nahm der Antragsgegner zum Anlass, sowohl das Angebot der Antragstellerin als auch dasjenige des bis dahin erstplatzierten Unternehmens mit Schreiben vom 18. Februar 2020 von der Wertung auszuschließen. Mit demselben Schreiben teilte der Antragsgegner überdies mit, den Zuschlag [...] auf das Angebot des bis dahin drittplatzierten Bieters erteilen zu wollen.

- 4 Den Ausschluss rügte die Antragstellerin mit Schreiben vom 19. Februar 2020. Dabei kündigte sie für den Fall der Nichtabhilfe ausdrücklich einen Nachprüfungsantrag an. Die Rüge wurde antragsgegnerseits indes mit Schreiben vom 25. Februar 2020 zurückgewiesen.
- 5 Die Antragstellerin hat daraufhin mittels eines am 27. Februar 2020 bei der Vergabekammer eingegangenen anwaltlichen Schriftsatzes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens beantragt. Insoweit hat sie zunächst das Ziel verfolgt, eine Untersagung der beabsichtigten Zuschlagserteilung sowie die Verpflichtung des Antragsgegners zur Wiederholung der Angebotswertung unter Berücksichtigung ihres Angebots nach Maßgabe der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu erreichen. Lediglich hilfsweise hat sie um geeignete Maßnahmen zur Beseitigung der festgestellten Rechtsverletzungen nachgesucht.
- 6 Der Antragsgegner hat in seiner Antragserwiderung unter anderem mitgeteilt, dass er auch das Angebot des zunächst erstplatzierten Unternehmens ausgeschieden habe, weil dieses - wie die Antragstellerin - der Aufforderung, Eignungsnachweise für die benannten Nachunternehmer vorzulegen, nicht vollständig nachgekommen sei. Dies war der Antragstellerin bis dahin nicht bekannt. Die Antragstellerin hat daraufhin bei der Vergabekammer die Gewährung von Akteneinsicht beantragt, um verifizieren zu können, ob beide vorliegend in Rede stehenden Angebotsausschlüsse tatsächlich auf identischen Gründen beruhten. Für den Fall nachvollzogener Identität der Ausschlussgründe hat die Antragstellerin gleichzeitig die Beendigung des Nachprüfungsverfahrens angekündigt. Dem entsprechend hat sie - nachdem ihr die beantragte Akteneinsicht gewährt worden war - mit Schriftsatz vom 31. März 2020 die Rücknahme des Nachprüfungsantrags erklärt.
- 7 Die Vergabekammer hat darauf hin mit Beschluss vom 23. April 2020 das Nachprüfungsverfahren eingestellt. Des Weiteren hat sie ausgesprochen, dass der Antragsgegner die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer (Gebühren und Auslagen) trägt, die Gebühr für das Verfahren vor der Vergabekammer [...] festgesetzt und festgestellt, dass der Antragsgegner persönlich gebührenbefreit ist. Weiter hat die Vergabekammer mit der vorbezeichneten Entscheidung der Antragstellerin die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Kosten des Antragsgegners auferlegt und ausgesprochen, dass die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch den Antragsgegner nicht notwendig war.
- 8 Gegen diesen ihm - über seine Verfahrensbevollmächtigten - am 29. April 2020 zugestellten Beschluss wendet sich der Antragsgegner mit seiner am 8. Mai 2020 beim Oberlandesgericht eingegangenen Beschwerde. Zur Stellungnahme auf diese ist der Antragstellerin eine Frist bis zum 17. Juni 2020 gesetzt worden. Mittels eines am 16. Juni 2020 beim Oberlandesgericht eingegangenen Schriftsatzes hat die Antragstellerin unter anderem Anschlussbeschwerde eingelegt.
- 9 Der Antragsgegner trägt vor,
- 10 der Umstand, dass er der Antragstellerin nicht vor Einleitung des Nachprüfungsverfahrens den Grund für den Ausschluss des bis dahin erstplatzierten Angebots mitgeteilt habe, sei für den Nachprüfungsantrag nicht ursächlich geworden. Hätte er der Antragstellerin den Grund für den Ausschluss des Bestbieters mitgeteilt, bevor das Nachprüfungsverfahren angestrengt worden ist, hätte dies an der Rechtsauffassung der Antragstellerin

rin nichts geändert. Sie hätte dann vermutlich immer noch die Auffassung vertreten, der Ausschluss - nunmehr beider Bieter - sei rechtswidrig erfolgt und dies von der Vergabekammer nachprüfen lassen.

11 Der Antragsgegner beantragt,

12 unter Abänderung des Beschlusses vom 23.04.2020

13 1. die Kosten des Verfahrens der Antragstellerin aufzuerlegen und

14 2. die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch ihn für notwendig zu erklären.

15 Die Antragstellerin beantragt insoweit,

16 die sofortige Beschwerde zurückzuweisen.

17 Im Wege der Anschlussbeschwerde beantragt sie zudem,

18 1. unter Abänderung des Beschlusses der Vergabekammer Rheinland-Pfalz vom 23.04.2020 - VK 2 - 7/20 - dem Antragsgegner ihre zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auflagen aufzuerlegen;

19 2. festzustellen, dass die Hinzuziehung ihres Bevollmächtigten notwendig war.

20 Der Antragsgegner beantragt insoweit,

21 die Anschlussbeschwerde zurückzuweisen.

22 Sie trägt vor,

23 wäre ihr vor Einleitung des Nachprüfungsverfahrens der Grund für den Ausschluss des Bestbieters mitgeteilt worden, hätte sie keinen Nachprüfungsantrag gestellt.

24 Ergänzend wird auf den gesamten Inhalt der Akten des Verfahrens vor der Vergabekammer sowie die vorliegenden Gerichtsakten im Übrigen Bezug genommen.

II.

25 Die sofortige Beschwerde des Antragsgegners ist insoweit bereits unzulässig, als sie sich gegen den Ausspruch der Vergabekammer zu den Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer (Ziffer 2. Satz 1 des Tenors der angefochtenen Entscheidung) richtet, und im Übrigen zwar zulässig aber unbegründet. Die Anschlussbeschwerde der Antragstellerin ist zwar insgesamt zulässig aber nur teilweise begründet.

26 Die gegen den Beschluss der 2. Vergabekammer Rheinland-Pfalz vom 23. April 2020 - VK 2 - 7/20 - gerichtete sofortige Beschwerde des Antragsgegners ist insoweit bereits unzulässig, als sie sich gegen den dortigen Ausspruch zu den Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer (Ziffer 2. Satz 1 des Tenors) richtet. Mit diesem hat die Vergabekammer dem Antragsgegner die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Verfahrens vor der Vergabekammer auferlegt. Insoweit fehlt es dem Antragsgegner jedoch bereits an der erforderlichen Antragsbefugnis (vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 16. April 2018 - 11 Verg 1/18 -, juris, Rdnr. 31). Denn es ist weder dargetan noch sonst irgendwie ersichtlich, dass dem Antragsgegner - wie von § 160 Abs. 2 Satz 2 GWB vorausgesetzt - durch den hier

in Rede stehenden Ausspruch der Vergabekammer ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht (vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 16. April 2018 - 11 Verg 1/18 -, juris, Rdnr. 32).

- 27 Der Antragsgegner ist im Rahmen der angefochtenen Kostenentscheidung zwar formal als Kostenschuldner ausgewiesen worden. Materiell ist mit diesem Ausspruch indes keine Belastung verknüpft (vgl. OLG Frankfurt am Main, a.a.O., Rdnr. 33). Unstreitig unterfällt der Antragsgegner nämlich dem Tatbestand der persönlichen Gebührenfreiheit nach §§ 182 Abs. 1 Satz 2 GWB, 8 Abs. 1 Nr. 3 VwKostG in der am 14. August 2013 geltenden Fassung. Er ist von der Entrichtung der Gebühren für die Amtshandlungen der Vergabekammer befreit, worauf im Übrigen bereits die Vergabekammer sowohl im Tenor als auch in den Gründen ihrer Entscheidung hingewiesen hat. Auslagen sind der Vergabekammer zudem ausweislich Ziffer 17. der Gründe II. des angefochtenen Beschlusses nicht entstanden.
- 28 Die aus alledem resultierende teilweise Verwerfung der sofortigen Beschwerde als unzulässig stellt auch - anders als der Antragsgegner meint - keine unzulässige Aufspaltung des Rechtsmittels bei einheitlicher Beschwer dar. Denn die Aussprüche Ziffer 2. und Ziffer 4. der angefochtenen Entscheidung richten sich nach unterschiedlichen Rechtsnormen (§ 182 Abs. 3 GWB einerseits sowie § 182 Abs. 4 Satz 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2, Abs. 3 Satz 2 VwVfG bzw. §§ 1 Abs. 1 LVwVfG Rh.-Pf., 19 Abs. 2 AGVwGO Rh.-Pf. andererseits) und haben - dem entsprechend - unterschiedliche Voraussetzungen. Es handelt sich mithin um selbst- beziehungsweise eigenständige Regelungen mit unterschiedlichen Regelungsgegenständen und damit auch um unterschiedliche Beschwerdegegenstände.
- 29 Im Übrigen ist die sofortige Beschwerde des Antragsgegners zwar zulässig, insbesondere der gesetzlichen Form (§ 172 Absätze 1 bis 3 GWB) und Frist (§ 172 Abs. 1 GWB) gemäß eingelegt worden, aber unbegründet. Die Vergabekammer hat zu Recht ausgesprochen, dass die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch den Antragsgegner nicht notwendig war.
- 30 Ob die Kosten eines Rechtsanwalts als zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendige Kosten erstattungsfähig sind, ist vorliegend nach § 182 Abs. 4 Satz 4 GWB i.V.m. §§ 1 Abs. 1 LVwVfG Rh.-Pf., 19 Abs. 2 AGVwGO Rh.-Pf. zu entscheiden. Danach sind Gebühren und Auslagen eines Rechtsanwalts erstattungsfähig, wenn die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten in der Kostenentscheidung für notwendig erklärt wird, wenn sie also notwendig war (vgl. *Senat*, Beschluss vom 16. Januar 2017 - Verg 5/16 -, juris, Rdnr. 20).
- 31 Notwendig in diesem Sinne ist die Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes dann, wenn sie von dem Standpunkt eines verständigen, nicht rechtskundigen Beteiligten für erforderlich gehalten werden durfte (vgl. OLG Frankfurt am Main, ZfBR 2018, 198, 199; Ziekow/Völlink-Losch, Vergaberecht, 4. Aufl. 2020, § 182 GWB, Rdnr. 53, m.w.N.). Dies ist dann nicht der Fall, wenn der Beteiligte im konkreten Fall auch selbst in der Lage gewesen wäre, aufgrund der bekannten oder erkennbaren Tatsachen den Sachverhalt zu erfassen, der im Hinblick auf eine Missachtung von Bestimmungen über das Vergabeverfahren von Bedeutung ist, hieraus die für eine sinnvolle Rechtswahrung oder -verteidigung nötigen Schlüsse zu ziehen und das danach Gebotene gegenüber der Vergabekammer vorzubringen (vgl. BGH, Beschluss vom 26. September 2006 - X ZB 14/06 -, juris, Rdnr. 61; *Senat*, Beschluss vom 16. Januar 2017 - Verg 5/16 -, juris, Rdnr. 20).

- 32 Über die Notwendigkeit für den öffentlichen Auftraggeber, einen Rechtsanwalt zuzuziehen, ist nicht schematisch, sondern auf der Grundlage einer differenzierenden Betrachtung des Einzelfalls zu entscheiden. Dabei ist - regelmäßig für den Zeitpunkt der Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten - danach zu fragen, ob sich das Nachprüfungsverfahren auf auftragsbezogene Sach- und Rechtsfragen nebst den zugehörigen Vergabevorschriften konzentriert hat. In einem solchen Fall ist die Zuziehung eines Rechtsanwalts durch den öffentlichen Auftraggeber im Allgemeinen nicht erforderlich. Denn in seinem originären Aufgabenbereich muss er sich die für ein Nachprüfungsverfahren notwendigen Sach- und Rechtskenntnisse grundsätzlich selbst verschaffen; er kann dies nicht auf einen Rechtsanwalt abwälzen. Umgekehrt kann die Beteiligung eines Rechtsanwalts dann notwendig sein, wenn sich im Nachprüfungsverfahren darüber hinaus nicht einfach gelagerte Rechtsfragen, insbesondere verfahrensrechtlicher oder solcher Art stellen, die auf einer höheren Rechtsebene als jener der Vergabeordnungen zu entscheiden sind (vgl. zu allem Vorstehenden OLG Düsseldorf, Beschluss vom 31. Januar 2019 - Verg 9/18 -, juris, Rdnr. 23, m.w.N.; OLG Frankfurt am Main, a.a.O.).
- 33 Hier waren im Nachprüfungsverfahren antragsgegnerseits keine schwierigen Rechtsfragen zu erörtern und zu klären. Zu einer effektiven Verteidigung gegen den Nachprüfungsantrag war nämlich der schlichte - und vorliegend ja auch tatsächlich mit Erfolg erhobene - Einwand ausreichend, dass ein Zuschlag antragstellerseits auch bei Einbeziehung des verfahrensgegenständlichen Angebots nicht zu erreichen wäre. Insoweit wird - zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen - auf die nach wie vor zutreffenden Ausführungen zu Ziffer II. 8. der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen. Auf die Rechtmäßigkeit des im Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer zunächst streitgegenständlichen Ausschlusses kam es mithin gar nicht entscheidend an. Dies zu erkennen, den Einwand zu erheben und die entsprechenden Tatsachen vorzutragen, ist als einfach zu beurteilen und kann von einem öffentlichen Auftraggeber wie dem Antragsgegner grundsätzlich erwartet werden. Ausnahmen insoweit sind weder dargetan noch sonst irgendwie ersichtlich.
- 34 Die Anschlussbeschwerde der Antragstellerin ist zwar ebenfalls zulässig, insbesondere statthaft (vgl. BGH, NZBau 2017, 366, 368, Rdnr. 16, m.w.N.) und innerhalb der zur Erwidmung auf die sofortige Beschwerde des Antragsgegners gesetzten Frist (vgl. BGH, a.a.O., Rdnr. 18, m.w.N.) eingelegt worden, aber nur teilweise begründet.
- 35 So hat die Vergabekammer der Antragstellerin zu Unrecht die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgungskosten notwendigen Kosten des Antragsgegners auferlegt. Der entsprechende Ausspruch (Ziffer 2. des Tenors der angefochtenen Entscheidung) ist infolgedessen aufzuheben.
- 36 Dies folgt aus dem in § 182 Abs. 4 Satz 4 GWB enthaltenen Verweis auf das Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes bzw. die entsprechenden Regelungen des Landesrechts, hier mithin auf §§ 1 Abs. 1 LVwVfg Rh.-Pf., 19 Abs. 1 Satz 4 Hs. 2 AGVwGO Rh.-Pf. Danach ist einer grundsätzlich erstattungsberechtigten Partei - hier dem Antragsgegner - der Ersatz solcher Aufwendungen zu versagen, die diese selbst verschuldet hat.
- 37 Hier hat der Antragsgegner das Entstehen seiner zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung im Nachprüfungsverfahren notwendigen Kosten (selbst) verschuldet. Denn er hat die Antragstellerin schuldhaft nicht spätestens in der Erwidmung auf die Rüge vom 19. Februar 2020 über diejenigen Tatsachen informiert, aufgrund derer ein Nachprü-

fungsantrag der Antragstellerin schon zum damaligen Zeitpunkt ganz offensichtlich keinerlei Erfolgsaussichten bot.

- 38 Dabei kann die - in Anbetracht der Gesetzeshistorie (vgl. insoweit MünchKomm-Fett, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, § 134 GWB, Rdnr. 34; Burgi/Dreher-Dreher/Hoffmann, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 134 GWB, Rdnr. 64) zumindest zweifelhafte - Frage, ob eine entsprechende Informationspflicht aus § 134 Abs. 1 Satz 1 GWB beziehungsweise aus § 19 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 EU VOB/A folgt, hier offenbleiben. Eine entsprechende Pflicht, die Antragstellerin durch eine hinreichende entsprechende Information vor der Einleitung eines aus ihrer Sicht und auch objektiv sinnlosen Nachprüfungsverfahrens mit entsprechender Kostenfolge zu bewahren, folgt nämlich jedenfalls aus § 241 Abs. 2 BGB.
- 39 Danach kann ein Schuldverhältnis einen Teil zur Rücksichtnahme auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten. Ein solches Schuldverhältnis entsteht unter anderem auch durch Aufnahme von Vertragsverhandlungen (§ 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB). Gerade darum handelt es sich - in je nach Verfahrensart mehr oder minder stark formalisierter Form - bei der Durchführung eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge (vgl. BGH, Urteil vom 9. Juni 2011 - X ZR 143/10 -, Rdnr. 11) wie des hier in Rede stehenden.
- 40 Folglich kann ein Vergabeverfahren nach § 241 Abs. 2 BGB unter anderem Aufklärungspflichten begründen, die den anderen Teil vor einer Selbstschädigung bewahren sollen (vgl. BeckOK Hau/Poseck-Sutschet, BGB, 54. Edition, Stand: 1. Mai 2020, § 241, Rdnr. 77 f.; MünchKomm-Bachmann, BGB, 8. Aufl. 2019, § 241, Rdnr. 56; Staudinger-Olzen, BGB, Neubearb. 2019, § 241, Rdnr. 438 und Rdnr. 441). Sie verpflichten dazu, unaufgefordert den anderen Teil über erkennbar entscheidungserhebliche Umstände zu informieren (vgl. BeckOK Hau/Poseck-Sutschet, a.a.O., Rdnr. 77; MünchKomm-Bachmann, a.a.O., Rdnr. 121). Zwar besteht bei Vertragsverhandlungen keine allgemeine Rechtspflicht, den anderen Teil über alle Einzelheiten und Umstände aufzuklären, die dessen Willensentscheidung beeinflussen könnten (vgl. BGH, NJW 2017, 3586, 3587, Rdnr. 15; NJW-RR 2016, 859, 860, Rdnr. 12, m.w.N.). Vielmehr ist grundsätzlich jeder Verhandlungspartner für sein (rechtsgeschäftliches) Handeln selbst verantwortlich und muss sich deshalb die für die eigene Willensentscheidung notwendigen Informationen auf eigene Kosten und eigenes Risiko selbst beschaffen (vgl. BGH, a.a.O.). Eine Rechtspflicht zur Aufklärung bei Vertragsverhandlungen auch ohne Nachfrage besteht allerdings bereits dann, wenn der andere Teil nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung redlicherweise die Mitteilung von Tatsachen erwarten durfte, die für ihn offensichtlich von ausschlaggebender Bedeutung sind (vgl. BGH, a.a.O.; NJW 2010, 3362, 3362, Rdnr. 22, m.w.N.; Staudinger-Olzen, BGB, Neubearb. 2019, § 241, Rdnr. 447). Eine Tatsache von ausschlaggebender Bedeutung kann auch dann vorliegen, wenn sie geeignet ist, dem Vertragspartner erheblichen wirtschaftlichen Schaden zuzufügen (vgl. BGH, NJW-RR 2016, 859, 860, Rdnr. 12; NJW 2010, 3362, 3362, Rdnr. 22).
- 41 Ausgehend von diesen Grundsätzen war der Antragsgegner vorliegend verpflichtet, die Antragstellerin spätestens in der Erwiderung auf die Rüge vom 19. Februar 2020 über diejenigen Tatsachen zu informieren, aufgrund derer ein Nachprüfungsantrag der Antragstellerin schon zum damaligen Zeitpunkt ganz offensichtlich keinerlei Erfolgsaussichten bot. So hätte er der Antragstellerin jedenfalls mit seinem Schreiben vom 25. Februar 2020 mitteilen müssen, dass er auch das Angebot des zunächst erstplatzierten Unter-

nehmens ausgeschieden hatte, weil dieses - wie die Antragstellerin - der Aufforderung, Eignungsnachweise für die benannten Nachunternehmer vorzulegen, nicht vollständig nachgekommen war.

- 42 Dieser Umstand war der Antragstellerin unstreitig bis zum Erhalt der Antragserwiderung vom 9. März 2020 nicht bekannt. Es bestand mithin ein entsprechendes Informationsgefälle zwischen den Beteiligten (vgl. insoweit Staudinger-Olzen, BGB, Neubearb. 2019, § 241, Rdnr. 448).
- 43 Dieses Informationsgefälle war für den Antragsgegner auch ohne Weiteres erkennbar (vgl. insoweit Staudinger-Olzen, a.a.O., Rdnr. 450), was schon daraus folgt, dass Vergabeverfahren als Geheimwettbewerbe durchgeführt werden und dem antragstellenden Unternehmen regulär nur die Bekanntmachung, die Verdingungsunterlagen und gegebenenfalls die Information über die beabsichtigte Zuschlagserteilung als Grundlage für die Abwägung, ob ein Nachprüfungsantrag sinnvoll sein kann, zur Verfügung steht (vgl. MünchKomm-Reider, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, § 182 GWB, Rdnr. 9).
- 44 Die hier in Rede stehende Information war für die Antragstellerin auch ohne jeden Zweifel von wesentlicher Entscheidungserheblichkeit (vgl. insoweit Staudinger-Olzen, BGB, Neubearb. 2019, § 241, Rdnr. 452). Denn bereits aus der nicht unerheblichen Kostenträchtigkeit eines Nachprüfungsverfahrens folgt ohne Weiteres das Interesse eines potentiellen Antragstellers, die (fehlenden) Erfolgsaussichten eines eventuellen Nachprüfungsantrags möglichst zuverlässig einschätzen zu können. Dies gilt jedenfalls dann, wenn ein solcher Nachprüfungsauftrag - wie der vorliegende - von vornherein offensichtlich ohne jede Aussicht auf Erfolg und damit eine nicht unerhebliche Belastung mit Verfahrenskosten zumindest hoch wahrscheinlich ist.
- 45 Die Antragstellerin war vorliegend auch schutzwürdig (vgl. insoweit Staudinger-Olzen, a.a.O., Rdnr. 453). Insbesondere waren Geschäftsgeheimnisse des zunächst erstplatzierten Unternehmens nicht tangiert. Dies hat im Übrigen offenbar auch der Antragsgegner so gesehen, hat er den hier in Rede stehenden Umstand - wenn auch erst im Nachprüfungsverfahren - doch gerade selbst offenbart und auch dem im Verfahren vor der Vergabekammer angebrachten Akteneinsichtsgesuchs der Antragstellerin nicht widersprochen.
- 46 Eine Information der Antragstellerin wie sie hier in Rede steht, war dem Antragsgegner auch zumutbar (vgl. insoweit Staudinger-Olzen, a.a.O., Rdnr. 454). Diese Einschätzung des Senats beruht auf einer Abwägung zwischen dem Prinzip der Eigenverantwortlichkeit auf der einen und der Zumutbarkeit der Haftung als Folge einer Pflichtverletzung auf der anderen Seite (vgl. Staudinger-Olzen, a.a.O.).
- 47 Denn auch insoweit gilt es zu beachten, dass Vergabeverfahren als Geheimwettbewerbe durchgeführt werden und dem antragstellenden Unternehmen regulär nur die Bekanntmachung, die Verdingungsunterlagen und gegebenenfalls die Information über die beabsichtigte Zuschlagserteilung als Grundlage für die Abwägung, ob ein Nachprüfungsantrag sinnvoll sein kann, zur Verfügung steht. Der sachgerechten und umfassenden Information durch den Auftraggeber im Rahmen der Mitteilung über den beabsichtigten Zuschlag oder im anschließenden Rügeverfahren kommt daher hohe Bedeutung zu. Dies gilt umso mehr, als nach § 160 Abs. 3 Nr. 4 GWB dem nicht erfolgreichen Unternehmen nach Zurückweisung der Rüge nur 15 Kalendertage bleiben, um den Nachprüfungsan-

trag zu stellen, da nach Ablauf dieser Frist der Antrag unzulässig wäre. Diese Frist wird in der Regel nicht für umfangreiche oder tiefgründige eigene Ermittlungen eines Unternehmens reichen, das Rechtsschutz in Anspruch nehmen will (vgl. zu allem Vorstehenden MünchKomm-Reider, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, § 182 GWB, Rdnr. 9).

- 48 Des Weiteren ist zu berücksichtigen, dass die hier streitgegenständliche Information und ihr Zweck auch im Interesse des Antragsgegners sein mussten. Denn der Auftraggeber hat - dies liegt auf der Hand - typischerweise ebenfalls kein Interesse an einem - den beabsichtigten Zuschlag zumindest verzögernden - Nachprüfungsverfahren.
- 49 Die ihm nach alledem der Antragstellerin gegenüber obliegende Informationspflicht hat der Antragsgegner verletzt. Denn er hat die hier in Rede stehende Information nicht rechtzeitig erteilt.
- 50 Insoweit handelte er auch schuldhaft. Mit Rücksicht auf den objektiven Fahrlässigkeitsbegriff des Schuldrechts (§ 276 Abs. 1 Satz 2 BGB) steht mit der „objektiven“ Pflichtverletzung in der Regel auch schon das Verschulden des Schuldners fest (vgl. MünchKomm-Ernst, BGB, 8. Aufl. 2019, § 280, Rdnr. 154). Dass der Antragsgegner hier ausnahmsweise schuldlos gehandelt haben könnte, ist weder dargetan noch sonst irgendwie ersichtlich. Dies gilt umso mehr, als die Antragstellerin in ihrer Rüge vom 19. Februar 2020 für den Fall der Nichtabhilfe die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens bereits ausdrücklich und unmissverständlich angekündigt hatte.
- 51 Die schuldhafte Aufklärungspflichtverletzung des Antragsgegners ist hinsichtlich seiner zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung im Nachprüfungsverfahren notwendigen Kosten auch ursächlich geworden. Denn bei einer rechtzeitigen und hinreichenden Information hätte die Antragstellerin - hiervon ist der Senat überzeugt - den das vorliegende Verfahren einleitenden Nachprüfungsantrag nicht gestellt. Das Gegenteil ist in Anbetracht des tatsächlichen Gangs des Verfahrens vor der Vergabekammer schlichtweg fernliegend, hat die Antragstellerin den Nachprüfungsantrag doch nach entsprechender Information aus eigenem Antrieb unverzüglich zurückgenommen.
- 52 Im Übrigen - soweit die Antragstellerin eine ihre zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung im Nachprüfungsverfahren notwendigen Kosten betreffende Kostenentscheidung und insoweit ergänzend die Feststellung der Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten als notwendig begehrt - bleibt das Anschlussrechtsmittel der Antragstellerin in der Sache selbst hingegen ohne Erfolg. Die Vergabekammer hat zu Recht dem Antragsgegner nicht die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung im Nachprüfungsverfahren notwendigen Kosten der Antragstellerin auferlegt. Mithin bedarf es auch nicht der Feststellung, ob die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten antragstellerseits notwendig war.
- 53 Denn die Antragstellerin wäre - dies stellt auch sie nicht in Abrede - bei Fortführung des Nachprüfungsverfahrens in diesem unterlegen. Eine Auferlegung der antragstellerseits aufgewandten zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Kosten auf den Antragsgegner unter Verschuldensgesichtspunkten scheidet hingegen aus.
- 54 Die hier in Rede stehende Kostenentscheidung richtet sich nach § 182 Abs. 4 Satz 3 Hs. 1 GWB. Danach erfolgt nach einer Rücknahme des Nachprüfungsantrags die Entscheidung, wer die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung not-

wendigen Aufwendungen anderer Beteiligter zu tragen hat, nach billigem Ermessen. Dabei kommt es bei anderweitiger Erledigung in erster Linie darauf an, welcher Beteiligte im materiellen Sinne unterlegen ist oder obsiegt hat beziehungsweise bei einer Fortführung unterlegen wäre oder obsiegt hätte (vgl. BT-Drs. 18/6281, Seite 137; MünchKomm-Reider, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, § 182 GWB, Rdnr. 17; Burgi/Dreher-Krohn, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 182, Rdnr. 39). Eine § 182 Abs. 3 Satz 3 GWB vergleichbare Regelung, wonach auch Verschuldensgesichtspunkte im Rahmen der Kostenverteilung grundsätzliche Bedeutung erlangen können, findet sich hingegen in § 182 Abs. 4 GWB dem Wortlaut nach nicht. Die Norm ist auch insgesamt nicht dahingehend auszulegen.

- 55 Der Gesetzgeber hat zwar ausdrücklich die Neuregelung des GWB-Vergaberechts dazu genutzt, zwischen den Regelungen zur Kostentragung nach § 182 Abs. 3 GWB und denen des Aufwendungsersatzes nach § 182 Abs. 4 GWB insoweit einen Gleichlauf herzustellen, als nunmehr im Rahmen des Aufwendungsersatzes - entsprechend der Regelung zur Kostenverteilung nach § 182 Abs. 3 Satz 5 GWB - auch eine abweichende Kostenverteilung im Falle der sonstigen (nicht durch Rücknahme verursachten) Erledigung möglich ist (vgl. BT-Drs. 18/6281, Seite 136 f.; OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 16. April 2018 - 11 Verg 1/18 -, juris, Rdnr. 57). Hinreichenden Raum für eine entsprechende Anwendung des in Abs. 3 Satz 3 der Vorschrift normierten Rechtsgedankens auf die nach § 182 Abs. 4 Satz 3 Hs. 1 GWB zu treffende Kostenentscheidung besteht indes dennoch nicht (vgl. OLG Frankfurt am Main, a.a.O., Rdnr. 58).
- 56 So entspricht die Verschuldensregelung des § 182 Abs. 3 Satz 3 GWB unverändert der Vorgängerregelung in § 128 Abs. 3 Satz 3 GWB a.F.. Der Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 18/6281, Seite 136 f.) können aber dennoch keine Anhaltspunkte dazu entnommen werden, dass sich der Gesetzgeber grundsätzliche Gedanken zur Übernahme dieser bereits bestehenden Verschuldensregelung auch auf die Erstattungsfähigkeit von Aufwendungsersatzansprüchen gemacht hat (vgl. zu allem Vorstehenden OLG Frankfurt am Main, a.a.O.).
- 57 So verweist der Gesetzgeber zunächst darauf, dass § 182 GWB im Wesentlichen dem bisherigen § 128 GWB a.F. entspreche. Nachfolgend wird zudem ausdrücklich darauf hingewiesen, dass § 182 Abs. 4 S. 3 GWB nunmehr eine Grundlage dafür sei, die notwendigen Aufwendungen eines Beteiligten einem anderen aufzuerlegen. Insoweit erlaube die Vorschrift, materielles Unterliegen unter dem Gesichtspunkt der Billigkeit auch für den Aufwendungsersatz zu berücksichtigen (vgl. zu allem Vorstehenden OLG Frankfurt am Main, a.a.O.).
- 58 Um materielles Unterliegen geht es vorliegend aber gerade nicht. Jegliche Bezugnahme zum Verschuldensprinzip nach § 182 Abs. 3 Satz 3 GWB fehlt dem gegenüber innerhalb der Gesetzesbegründung gerade. Diesbezüglich besteht auch angesichts des insoweit deutlich abweichenden Wortlautes und keiner hinreichend klaren Aussagen im Rahmen der Gesetzesbegründung keine tragfähige Basis für die Annahme einer unbewussten Regelungslücke (vgl. zu allem Vorstehenden OLG Frankfurt am Main, a.a.O.). Die Gesetzesmaterialien bieten zwar einen Anhaltspunkt dafür, dass der Gesetzgeber grundsätzlich einen Gleichlauf der Verteilung von Kosten einerseits und Aufwendungen andererseits für erstrebenswert ansieht. Er hat sich jedoch in keiner Weise dem Wortlaut oder den Gesetzesmaterialien nach mit der Vorschrift des § 182 Abs. 3 Satz 3 GWB und einer mög-

lichen Übernahmenotwendigkeit für den Bereich des Aufwendungsersatzes auseinandergesetzt (vgl. zu allem Vorstehenden OLG Frankfurt am Main, a.a.O., Rdnr. 59).

- 59 Der in § 182 Abs. 4 Satz 4 GWB enthaltene Verweis auf das Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes beziehungsweise die entsprechenden Vorschriften des Landesrechts enthält ebenfalls keine Grundlage, unter Verschuldensgesichtspunkten die notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin dem Antragsgegner aufzuerlegen. § 80 Abs. 1 Satz 4 VwVfG beziehungsweise hier §§ 1 Abs. 1 LVwVfg Rh.-Pf., 19 Abs. 1 Satz 4 Hs. 2 AGVwGO Rh.-Pf. bietet keine Handhabe, einer anderen Partei notwendige Aufwendungen aufzuerlegen. Sie bietet allein Raum, einer grundsätzlich erstattungsberechtigten Partei den Ersatz verschuldeter Aufwendungen zu versagen (vgl. zu allem Vorstehenden OLG Frankfurt am Main, a.a.O., Rdnr. 61).
- 60 Der Verweis auf die vorzitierten verwaltungsverfahrenrechtlichen Normen spricht im Übrigen auch gegen den Willen des Gesetzgebers zu weiter gehenden Berücksichtigung von Verschuldensgesichtspunkten im Rahmen von § 182 Abs. 4 GWB. Sollte nämlich § 182 Abs. 3 Satz 3 GWB auch im Rahmen der nach § 182 Abs. 4 Satz 3 Hs. 1 GWB zu treffenden Billigkeitsentscheidung entsprechende Anwendung finden, hätte es des Verweises auf § 80 Abs. 1 Satz 4 VwVfG beziehungsweise hier §§ 1 Abs. 1 LVwVfg Rh.-Pf., 19 Abs. 1 Satz 4 Hs. 2 AGVwGO Rh.-Pf. nicht bedurft.
- 61 Die Entscheidung über die Kosten des Beschwerdeverfahrens beruht auf §§ 175 Abs. 2, 75 Sätze 1 und 2 GWB. Insoweit war entscheidend zu berücksichtigen, dass beide Beteiligten in nahezu gleichem Umfang obsiegen und unterliegen.
- 62 Die Festsetzung des Beschwerdewerts beruht auf § 3 ZPO analog. Richtet sich ein Rechtsmittel nämlich - wie hier - nur gegen die Kostenentscheidung der Vergabekammer (oder einen Teil davon), findet § 50 Abs. 2 GKG keine Anwendung. Der Gegenstandswert ist vielmehr in entsprechender Anwendung von § 3 ZPO nach freiem Ermessen festzusetzen; es kommt in Wesentlichen darauf an, welches finanzielle Interesse der Rechtsmittelführer mit seinem Bestreben nach Abänderung der angefochtenen Entscheidung verfolgt (vgl. zu allem Vorstehenden *Senat*, Beschluss vom 17. Juni 2020 - Verg 1/20 -; Beschluss vom 16. Januar 2017 - Verg 5/16 -, juris, Rdnr. 25; OLG Brandenburg, Beschluss vom 21. Mai 2012 - Verg W 1/12 -, juris, Rdnr. 21; OLG Dresden, Beschluss vom 10. Juni 2010 - WVerG 0004/10 -, juris, Rdnr. 7).
- 63 Der Wert des vorliegenden Beschwerdeverfahrens ist folglich entsprechend der streitigen Verfahrenskosten zu bemessen. Dabei sind die für das Verfahren vor der Vergabekammer jeweils vermeintlich erstattungsfähigen Gebühren der Verfahrensbevollmächtigten - ausgehend von einem Gegenstandswert in Höhe von [...] € (gemäß § 50 Abs. 2 GKG 5 % der dem Angebot der Antragstellerin zu entnehmenden Bruttoauftragssumme von [...] €) und der Angemessenheit einer 2,0-fachen Gebühr (vgl. insoweit OLG München, Beschluss vom 27. August 2009 - Verg 4/09 -, BeckRS 2009, 27006; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22. Juli 2005 - VII-Verg 83/04 -, juris, Rdnr. 21; Ziekow/Völlink-Losch, Vergaberecht, 4. Aufl. 2020, § 182 GWB, Rdnr. 68, jew. m.w.N.) - hier wie folgt in Ansatz zu bringen:
- 64 [...]
- 65 Ausgehend hiervon ist der sich gegen Ziffer 2. des Tenors der angefochtenen Entscheidung richtende Beschwerdeantrag mit 0,-- € zu bewerten. Denn aufgrund der persönli-

chen Gebührenbefreiung des Antragsgegners hat dieser aus wirtschaftlicher Sicht kein geldwertes Interesse an einer Aufhebung oder Änderung des betreffenden Kostenausspruchs.

- 66 Der sich gegen Ziffer 4. des Tenors der angefochtenen Entscheidung richtende Beschwerdeangriff ist hingegen mit [...] € zu bewerten. Denn mit ihm verfolgt der Antragsgegner das Ziel einer Erstattung der von ihm aufgewandten Rechtsanwaltsgebühren.
- 67 Soweit sich die Anschlussbeschwerde gegen Ziffer 3. des Tenors der angefochtenen Entscheidung richtet, ist ihr Gegenstand entsprechend Ziffer 7002 VV-RVG mit 20,- € zu bewerten (vgl. insoweit auch § 162 Abs. 2 Satz 3 VwGO). Denn die der Antragstellerin insoweit auferlegten notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners erschöpfen sich - hiervon ist mangels anderweitiger Anhaltspunkte auszugehen - aufgrund des Ausspruchs in Ziffer 4. der angefochtenen Entscheidung und § 182 Abs. 4 Satz 4 GWB i.V.m. §§ 1 Abs. 1 LVwVfG Rh.-Pf., 19 Abs. 2 AGVwGO Rh.-Pf. in Entgelten für Post- und Telekommunikationsdienstleistungen.
- 68 Soweit die Antragstellerin mit ihrer Anschlussbeschwerde weiter beantragt hat, dem Antragsgegner ihre zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auflagen aufzuerlegen und festzustellen, dass die Hinzuziehung ihres Bevollmächtigten notwendig war, ist ihr Gegenstand hingegen mit [...] € zu bewerten. Denn insoweit verfolgt die Antragstellerin das Ziel einer Erstattung der von ihr aufgewandten Rechtsanwaltsgebühren.
- 69 Der Wert des Beschwerdeverfahrens bemisst sich insgesamt mithin wie folgt:
- 70 [...]