



## Verfahrensbevollmächtigte

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX  
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

hat die Vergabekammer Münster durch die Vorsitzende xxxxxxxxxx, den hauptamtlichen Beisitzer xxxxx und den ehrenamtlichen Beisitzer Dipl.-Ing.xxxxxxxx

am **9. September 2009** beschlossen:

1. Auf Antrag der Antragsgegnerin werden die ihr zu erstattenden Aufwendungen auf einen Betrag in Höhe von xxxxxxx € festgesetzt. Im Übrigen wird der Kostenfestsetzungsantrag zurückgewiesen.
2. Auf Antrag der Beigeladenen werden die ihr zu erstattenden Aufwendungen auf einen Betrag in Höhe von xxxxxxx € festgesetzt. Im Übrigen wird der Kostenfestsetzungsantrag zurückgewiesen.
3. Diese Entscheidung ergeht gebührenfrei.

## Gründe

### I.

Mit Beschluss der Vergabekammer Münster vom 25. Juni 2009 sind die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen sowie die Kosten des Verfahrens der Antragstellerin auferlegt worden.

Der Beschluss wurde im Original am 25.6.2009 abgesetzt und zur Poststelle gegeben. Die Antragstellerin erhielt den Beschluss am 30.6.2009. Bereits mit Telefax vom 26.6. 2009 nahm die Antragstellerin den Nachprüfungsantrag zurück.

Mit Schreiben vom 21.7.2009 beantragte die Beigeladene ihre Aufwendungen auf einen Betrag in Höhe von xxxxxxx € festzusetzen. Dabei ging die Beigeladene von einem Gegenstandswert in Höhe von 600.000 € aus und beantragte das 2,5 fache der Geschäftsgebühr. Weiterhin beantragte sie die Abrechnung ihrer Reisekosten. Die Beigeladene ist vorsteuerabzugsberechtigt.

Die Beigeladene meint, dass die 2,5 fache Gebühr vorliegend gerechtfertigt sei, weil das Vergabenachprüfungsverfahren schwierige Rechtsfragen enthielt, was sich auch am Umfang des Vergabekammerbeschlusses zeige.

Mit Schreiben vom 6.8.2009 beantragte die Antragsgegnerin ihre Aufwendungen auf einen Betrag in Höhe von xxxxxxx € festzusetzen. Dabei ging sie ebenfalls von einem Gegenstandswert in Höhe von 600.000 € aus und beantragte das 2,2 fache der Geschäftsgebühr. Die Antragsgegnerin ist nicht vorsteuerabzugsberechtigt.

Demgegenüber meint die Antragstellerin, dass der Beschluss der Vergabekammer vom 25.6.2009 nicht wirksam geworden sei und damit keine Rechtsgrundlage für die Kostenlastentscheidung darstelle. Die Antragstellerin verweist darauf, dass sie vor Bestandskraft den Nachprüfungsantrag zurückgenommen habe. Der BGH habe mit Beschluss vom 24.3.2009, X ZB 29/08, entschieden, dass der Nachprüfungsantrag

zur freien Disposition des Unternehmens stehe, weil ohne Antrag gemäß § 107 Abs 1 GWB keine Nachprüfung stattfindet. Das schließe es als selbstverständliche Folge ein, dass der Antragsteller seinen Antrag jederzeit wieder zurücknehmen kann, solange und soweit eine formell bestandskräftige sachliche Entscheidung über diesen Antrag aussteht. Der Beschluss der Kammer sei auf jeden Fall am 26.6.2009 noch nicht bestandskräftig gewesen, weil die Beschwerdefrist noch nicht abgelaufen war. Im Übrigen könne der Antrag sogar noch im Beschwerdeverfahren zurückgenommen werden; erst recht müsse das möglich sein, solange die Beschwerdefrist noch läuft. Insbesondere, so trägt die Antragstellerin vor, komme es nicht darauf an, dass die Antragsgegnerin der Rücknahme zustimme. § 269 Abs. 1 ZPO gelte nur für Klagerücknahmen, nicht hingegen für Antragsrücknahmen in einem Nachprüfungsverfahren.

Da der Beschluss der Kammer gegenstandslos sei, hätten die Antragsgegnerin und die Beigeladene auch keinen Anspruch auf Erstattung ihrer Aufwendungen für die zweckentsprechende Rechtsverfolgung.

Denn ein Unterliegen im Sinne von § 128 Abs. 4 Satz 2 GWB sei nach Auffassung des BGH, 25.10.2005, X ZB 26/05, nur gegeben, wenn die Vergabekammer eine Entscheidung getroffen hat, die das sachliche Begehren des Antragstellers ganz oder teilweise als unzulässig oder unbegründet zurückweist. Das sei nicht der Fall, wenn der Nachprüfungsantrag zurückgenommen worden sei.

Die Antragstellerin ist weiterhin der Auffassung, dass die Festsetzung einer 2,0 fachen Gebühr nicht angemessen sei, weil es sich weder um eine umfangreiche noch schwierige Tätigkeit gehandelt habe. Denn den Beteiligten sei der maßgebliche Sachverhalt aus dem Nachprüfungsverfahren Verg 35/08 bestens bekannt gewesen. Gegenstand sei erneut der notarielle Grundstückskaufvertrag und städtebauliche Vertrag gewesen. In beiden Verfahren habe die Nichtigkeit des Vertrags im Mittelpunkt gestanden, so dass auch die Rechtsfragen dieselben gewesen seien. Aus diesem Grund sei allenfalls eine 1,3 fache Gebühr gerechtfertigt.

Zudem seien die von der Beigeladenen geltend gemachten Reisekosten keine zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Kosten gewesen. Unter Hinweis auf eine Entscheidung des OLG Düsseldorf, 15.12.2005, Verg 74/05, trägt die Antragstellerin vor, seien die Beteiligten verpflichtet die Kosten möglichst gering zu halten, so dass die Beauftragung von Verfahrensbevollmächtigten in der Regel im Bezirk der angerufenen Nachprüfungsinstanz oder am Wohn- bzw. Geschäftssitz des Verfahrensbevollmächtigten zu erfolgen habe. Das habe die Beigeladene vorliegend nicht beachtet. Anhaltspunkte dafür, dass aufgrund eines besonderen Vertrauensverhältnisses die Beauftragung erforderlich gewesen sei, seien nicht vorgetragen worden.

Die Parteien hatten Gelegenheit zu Stellungnahmen bis zum 2.9.2009.

## II.

Die Vergabekammer Münster ist für die Entscheidung gemäß § 2 Abs. 3 ZuStVO NpV NRW zuständig, weil die Vergabestelle ihren Sitz im Regierungsbezirk hat.

Die Entscheidung ergeht gemäß § 131 Abs. 8 GWB noch nach der bisherigen Gesetzeslage, weil der Nachprüfungsantrag vor dem 24.4.2009 zugestellt wurde.

1. Rechtsgrundlage für die Kostenlastentscheidung ist der Vergabekammerbeschluss vom 25.6.2009. Entgegen der Auffassung der Antragstellerin ist dieser Beschluss bestandskräftig geworden.

a) Der Beschluss wurde am 25.6.2009 abgesetzt und den Parteien auf dem Postwege übersandt. Die Vergabekammerbeschlüsse sind nach § 114 Abs. 3 GWB Verwaltungsakte, so dass die Wirksamkeit sich nach VwVfG richtet. Gemäß § 41 Abs. 1 VwVfG sind Verwaltungsakte gegenüber denjenigen bekanntzugeben, für die sie bestimmt sind. Ist ein Bevollmächtigter bestellt, so kann die Bekanntgabe ihm gegenüber vorgenommen werden. Da hier gemäß § 114 Abs. 3 in Verbindung mit § 61 Abs. 1 GWB, § 41 Abs. 5 VwVfG der Verwaltungsakt zuzustellen war, erfolgte die Übersendung des Originals gegen Empfangsbekanntnis gegenüber den Verfahrensbevollmächtigten.

b) Bekanntgegebene Verwaltungsakte bleiben gemäß § 43 Abs. 2 VwVfG wirksam, solange und soweit diese nicht zurückgenommen, widerrufen, anderweitig aufgehoben oder durch Zeitablauf oder auf andere Weise sich erledigt haben.

Der Vergabekammerbeschluss ist am 30.6.2009 der Antragstellerin zugestellt worden. Damit begann die Beschwerdefrist gemäß § 117 Abs. 2 GWB zu laufen, so dass mit Ablauf des 14.7.2009 die Bestandskraft des Beschlusses eintrat. Die Rücknahme des Antrages am 26.6.2009 konnte sich darauf nicht mehr auswirken, weil der Kammerbeschluss bereits abgesetzt war und sich nicht mehr im Geschäftsbereich der Kammer befand. Gemäß § 9 VwVfG ist mit Erlass des Verwaltungsaktes das Verwaltungsverfahren abgeschlossen. Da das Verwaltungsverfahren beendet ist, fehlte für eine nach Erlass des VA ausgesprochene Antragsrücknahme das Verfahrensverhältnis, in dem sich die Rücknahme noch auswirken konnte. Eine der Vorschrift des § 269 ZPO entsprechende Regelung fehlt im Verwaltungsverfahren und die Erklärung eines Verwaltungsaktes als gegenstandslos ist jedenfalls in mehrpoligen Entscheidungen, bei denen auch die Interessen Dritter berührt werden, nicht unproblematisch möglich.

c) Ausgehend von diesen Grundsätzen konnte die Antragsrücknahme somit nicht mehr berücksichtigt werden. Damit existiert aber eine behördliche Entscheidung in der Sache, die vorliegend das Begehren der Antragstellerin als unbegründet zurückweist. Folglich hat der im Verfahren unterliegende Beteiligte gemäß § 128 Abs. 4 Satz 2 GWB die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegner, wozu auch die Aufwendungen der Beigeladenen gehören können, zu tragen.

Etwas anderes gilt nach BGH, Urteil vom 25.10.2005, ZB 15/05 nur dann, wenn das Nachprüfungsverfahren auf eine andere Weise beendet wird, als durch eine Entscheidung der Vergabekammer über den Antrag. Dann fehlt ein „Unterliegen“, weil es keine Sachentscheidung gibt. In zivilrechtlichen Streitigkeiten muss dann gegebenenfalls im Rahmen des § 91a ZPO noch der bisherige Sach- und Streitstand bei der Festsetzung der Kosten berücksichtigt werden.

Immer dann, wenn während des Nachprüfungsverfahrens der Antrag zurückgenommen oder die Sache für erledigt erklärt wird, fehlt eine Sachentscheidung der Kammer, so dass nach BGH kein Unterliegen festgestellt werden kann und die Aufwen-

dungen der anderen Verfahrensbeteiligten nicht erstattet werden müssen. Ist aber eine Sachentscheidung vorhanden, dann enthält diese auch die maßgeblichen Kostengrundentscheidungen.

d) Unabhängig davon kann ein Antragsteller – so wie vom BGH, Beschluss vom 24.3.2009, X ZB 29/08 ausgeführt- jederzeit seinen Antrag zurücknehmen. Gemäß § 107 Abs. 1 GWB findet ohne Antrag kein Nachprüfungsverfahren statt. Das schließt als selbstverständliche Folge ein, dass der Antragsteller seinen Antrag jederzeit wieder zurücknehmen kann, solange und soweit noch eine formell bestandskräftige Entscheidung über den Antrag aussteht. Damit ist nur gesagt, dass ein Antragsteller, der eine Sachentscheidung einer Kammer erhalten hat, seinen Antrag immer noch zurücknehmen kann. Das steht außer Frage. Das hat aber keine Konsequenzen für den Beschluss, weil dieser als VA erlassen wurde und wirksam bleibt, auch wenn der Antrag zurückgenommen wird. Eine Vergabestelle kann sich beispielsweise jederzeit auch auf einen für sie günstigen Beschluss berufen. Nach Erlass einer Sachentscheidung kann ein Antragsteller die für ihn ungünstigen Folgen aus einem Kammerbeschluss nur dann rückgängig machen, indem er sofortige Beschwerde einlegt.

Im Ergebnis existiert vorliegend eine Sachentscheidung, die Grundlage für die Kostentragungspflicht ist.

e) Etwas anderes nimmt der BGH, 24.3.2009, X ZB 29/08, nur an, wenn der Antrag während eines Beschwerdeverfahrens vor einem Oberlandesgericht zurückgenommen wird. Nach Rücknahme des Antrages in der Beschwerdeinstanz kann der Kammerbeschluss mithin nicht mehr Rechtsgrundlage für eine Kostentragungspflicht sein. Genau so wie ein Urteil, das bereits ergangen, aber noch nicht rechtskräftig ist, muss dieser Kammerbeschluss wirkungslos sein, weil eine Entscheidung des Beschwerdegerichts den Rechtsstreit beendet. Daneben kann es in der Sache nicht noch einen weiteren, möglicherweise von der Entscheidung des OLG abweichenden Titel geben. Nach Rücknahme der Klage (Antrag) wird dann auch umfassend über die Kosten vom Oberlandesgericht entschieden.

Dies wird man bei einem Nachprüfungsverfahren nicht anders sehen können. Die erstinstanzliche Entscheidung kann nur in Bestandskraft erwachsen, wenn die sofortige Beschwerde zurückgenommen wird. Wird die Klage oder ein Antrag zurückgenommen, kann die bereits ergangene Entscheidung des Gerichts vor dem Hintergrund der Entscheidung in der zweiten Instanz nicht aufrechterhalten bleiben.

§ 50 VwVfG gibt den Behörden in einem Rechtsbehelfsverfahren die Möglichkeit, die Konsequenzen selbst herbei zuführen. Nach GWB gibt es aber kein Rechtsbehelfsverfahren, sondern hier sind Rechtsmittel einzulegen. Damit entfällt diese Dispositionsmöglichkeit aus § 50 VwVfG.

Vorliegend wurde kein Beschwerdeverfahren eingeleitet, sondern der Vergabekammerbeschluss ist nach Ablauf der Fristen bestandskräftig geworden. Es wird deshalb auch keine Entscheidung einer zweiten Instanz geben. Mithin ist allein aufgrund des Kammerbeschlusses, der eine Sachentscheidung enthält, eine Kostenlastentscheidung möglich. Der Sachverhalt, der der BGH Entscheidung vom 24.3.2009 zugrunde lag, liegt hier somit nicht vor.

2. Im Verfahren über Beschwerden gegen Entscheidungen der Vergabekammern beträgt der Gegenstandswert nach § 50 Abs. 2 GKG 5 % der Bruttoauftragssumme. Diese Wertvorschrift gilt nach § 23 Abs. 1 Satz 3 RVG entsprechend auch für das Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer.

Der Gegenstandswert wird auf einen Betrag in Höhe von 600.000 € festgesetzt. Die Kammer hat hier unter Berücksichtigung des Beschlusses des OLG Düsseldorf vom 10.3.2009, Verg 35/08, bei der Bemessung des Gegenstandswertes auf den voraussichtlichen Gesamterlös bei einer Realisierung und Verwertung des Projekts abgestellt.

3. Die festzusetzende Geschäftsgebühr ergibt sich aus §§ 2, 13 und 14 Abs. 1 RVG in Verbindung mit Nr. 2300 VV. Danach ist eine Geschäftsgebühr im Rahmen einer Spannweite von 0,5 bis 2,5 möglich, wobei eine Gebühr von mehr als 1,3 nur gefordert werden kann, wenn die Tätigkeit umfangreich oder schwierig war, d.h. der Umfang oder der Schwierigkeitsgrad muss über dem Durchschnitt liegen (vgl. Begründung zum Entwurf des RVG, BT-Drucksache 15/19721, S. 207).

Gemäß § 14 Abs. 1 RVG bestimmt der Rechtsanwalt bei Rahmengebühren die Gebühr im Einzelfall unter Berücksichtigung aller Umstände, vor allem des Umfangs und der Schwierigkeit der anwaltlichen Tätigkeit, der Bedeutung der Angelegenheit sowie der Einkommensverhältnisse des Auftraggebers nach billigem Ermessen. Ist die Gebühr von einem Dritten zu ersetzen, ist die von dem Rechtsanwalt getroffene Bestimmung nicht verbindlich, wenn sie unbillig ist (§ 14 Abs. 1 Satz 4 RVG), was von der Kammer im Einzelfall zu prüfen ist.

Vorliegend erscheint die Festsetzung einer 2,0 fachen Gebühr für das Nachprüfungsverfahren als angemessen. Das Nachprüfungsverfahren war in der Sache nicht so umfangreich, befasste sich allerdings inhaltlich mit einer Rechtsfrage in Bezug auf Vertretungsregelungen in der Gemeindeordnung, die nicht typisch für ein Nachprüfungsverfahren sind auch nicht ständig vorkommen. Schwerpunkt des Verfahrens waren Fragen im Zusammenhang mit § 64 GO NW, einer Vorschrift, die üblicherweise nicht Prüfgegenstand einer vergaberechtlichen Nachprüfung ist. Dies kam für die Verfahrensbevollmächtigten erschwerend hinzu.

Zutreffend führt die Antragstellerin aus, dass der maßgebliche Sachverhalt allen Verfahrensbeteiligten bereits aus einem vorhergehenden Nachprüfungsverfahren bekannt war. Allerdings hat gerade die Antragstellerin zu der Frage, ob der geschlossene städtebauliche Vertrag nichtig ist, neue rechtliche Gesichtspunkte vorgetragen und sich dabei auf eine Entscheidung des BGH berufen, die zum Zeitpunkt der erstinstanzlichen Entscheidung im ersten Nachprüfungsverfahren überhaupt noch nicht ergangen war. Die Rechtsfragen waren somit keinesfalls dieselben.

Weiterhin fand eine mündliche Verhandlung statt, die aber zeitlich wie sachlich dem üblichen Rahmen entsprach. Insofern hält die Kammer die Festsetzung einer 2,0 fachen Gebühr für gerechtfertigt.

Im Übrigen werden die Anträge der Antragsgegnerin und der Beigeladenen zurückgewiesen.

4. Die Reisekosten für den Verfahrensbevollmächtigten der Beigeladenen zuzüglich des Abwesenheitsgeldes werden in Höhe von insgesamt xxxxxxxx€ als erstattungsfähig festgesetzt.

Die Reisekosten eines auswärtigen anwaltlichen Verfahrensbevollmächtigten werden nicht ohne weiteres als erstattungsfähig anerkannt, sondern ein Verfahrensbeteiligter hat in der Regel einen im Bezirk der angerufenen Nachprüfungsinstanz oder einen an seinem Wohn- bzw. Geschäftssitz ansässigen Verfahrensbevollmächtigten zu beauftragen, um unnötige Reisekosten zu sparen, OLG Düsseldorf, 15.12.2005, Verg 74/05 mit Hinweisen auf die zivilrechtliche Rechtsprechung des BGH.

Allerdings ist der Ansatz von Reisekosten bis zur Höhe fiktiver Reisekosten eines ortsnahen Rechtsanwalts anerkannt. Auf ein besonderes Vertrauensverhältnis kommt es dabei überhaupt nicht an.

Dabei legt die Kammer den Begriff der Ortsnähe weit aus, weil im Vergaberecht oftmals spezialisierte Anwälte tätig sind, die sich nicht unbedingt im unmittelbaren Umfeld einer Nachprüfungsinstanz oder am Sitz der antragstellenden Firma niedergelassen haben, so VK Münster, 16.2.2009, VK 17/08 K; VK Münster, 9.7.2009, VK 5/09 K. Ein Beteiligter ist nicht verpflichtet, Anwälte direkt vor Ort zu beauftragen, sondern diesbezüglich hat er in einem bestimmten räumlichen Radius die Möglichkeit, sich spezialisierte Anwälte auszusuchen. Vor diesem Hintergrund sind Auslagen für eine Bahnfahrkarte in Höhe von xxx € durchaus angemessen und nicht zu beanstanden. Die anderen Einzelposten der Reisekosten würden im Übrigen gegebenenfalls auch für ortsansässige Anwälte anfallen und sind somit ebenfalls nicht zu beanstanden.

Insofern hält die Kammer die Höhe der Reisekosten der Beigeladenen zuzüglich der Abwesenheitszeiten vorliegend für gerechtfertigt.

### III.

Die danach festzusetzenden Kosten errechnen sich wie folgt:

Auftragssumme (geschätzt)	12.000.000,00 €
davon 5%	600.000,00 €
<b>für die Antragsgegnerin</b>	
2,0 Geschäftsgebühr	xxxxx,00 €
Auslagenpauschale	20,00 €
Summe	<hr/> xxxxxx,00 €
Umsatzsteuer 19%	xxxxx,28 €
<b>Gesamtbetrag</b>	<b>xxxxx,28 €</b>

**für die Beigeladene**

2,0 Geschäftsgebühr	xxxxx,00 €
Auslagenpauschale	20,00 €

Reisekosten und Abwesenheitsgeld für den Verfahrensbevollmächtigten	xxx, 54 €
--	-----------

<b>Gesamtbetrag</b>	<hr/> <b>xxxx,54 €</b>
---------------------	------------------------

### Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen die Entscheidung ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie steht den am Verfahren vor der Vergabekammer Beteiligten zu. Über die Beschwerde entscheidet ausschließlich der Vergabesenat des Oberlandesgerichtes Düsseldorf, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf.

Die sofortige Beschwerde ist binnen einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung dieser Entscheidung beginnt, schriftlich bei dem Beschwerdegericht einzulegen.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss enthalten:

1. die Erklärung, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird,
2. die Angabe der Tatsachen und Beweismittel, auf die sich die Beschwerde stützt.

Die Beschwerdeschrift muss durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Mit der Einlegung der Beschwerde sind die anderen Beteiligten des Verfahrens vor der Vergabekammer vom Beschwerdeführer durch Übermittlung einer Ausfertigung der Beschwerdeschrift zu unterrichten.

---

Diemon-Wies

---

Stolz

---

Hartmann